

Vergaderjaar 2010–2011

32 784

Regels met betrekking tot de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het toezicht op die markten (Wet financiële markten BES)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMEEN

§ 1. Inleiding

Dit wetsvoorstel regelt het toezicht op de financiële markten in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: de openbare lichamen) en strekt ter vervanging van de toezichtwetten die op 10 oktober 2010 voor de openbare lichamen zijn gaan gelden. Tezamen met de reeds in 2010 tot stand gekomen Wet geldstelsel BES en het wetsvoorstel voor de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES (Wwft BES), dat gelijktijdig aan de Tweede Kamer wordt aangeboden, vormt het onderhavige wetsvoorstel het eerder aangekondigde eindmodel voor de regulering van de financiële markten in de openbare lichamen.

Een goede regulering van de financiële markten is voor elke economie van cruciaal belang. Financiële ondernemingen moeten solide, betrouwbaar en stabiel zijn, en bedrijven, consumenten en anderen moeten daarop kunnen vertrouwen. Financiële ondernemingen dienen hun klanten goed voor te lichten over hun producten en diensten en tegenover hen ook verder de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Belangrijk is ook dat de financiële sector integer is en niet wordt gebruikt voor het witwassen van geld, de financiering van terrorisme of andere illegale activiteiten. Tot slot dient sprake te zijn van een goede marktwerking en markttoegang, met ruimte voor nieuwe initiatieven. Deze doelstellingen gelden uiteraard onverkort voor de openbare lichamen. Om deze doelstellingen te realiseren is het nodig de toezichtwetten zoals die per 10 oktober 2010 van kracht zijn geworden, te harmoniseren en op een aantal punten aan te vullen en aan te scherpen.

a. staatkundige hervorming en transitie-model

Sinds de opnemings van Bonaire, Sint Eustatius en Saba in het Nederlandse staatsbestel is de Nederlandse minister van Financiën verantwoordelijk voor goed functionerende en integere financiële markten op de eilanden. Het thans voor die eilanden geldende recht wordt beheerst door de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (IBES) en bestaat voor een belangrijk deel uit overgenomen Nederlands-Antilliaanse regelingen, die door middel van aanpassingswetgeving (o.a. de Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba) zijn omgezet in Nederlands recht. Dit geldt ook voor de huidige toezichtwetten. Slechts op enkele punten is sprake geweest van een beperkte harmonisatie. De belangrijkste inhoudelijke aanpassingen in de toezichtwetten hadden betrekking op de regels ter bestrijding van witwassen en dienden ertoe om te voldoen aan internationale afspraken, met name de aanbevelingen van de *Financial Action Task Force* (FATF).¹

Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba werd reeds aangekondigd dat de per 10 oktober 2010 in te voeren toezichtwetten slechts een tijdelijk karakter zouden hebben en spoedig zouden worden vervangen door nieuwe wetgeving, het zogenoemde eindmodel voor de regulering van de financiële sector.² In het eindmodel vindt verdere harmonisatie plaats en is ook sprake van aanvullingen of aanscherpingen die tot doel hebben om de wetgeving voor de financiële markten meer in overeenstemming te brengen met actuele inzichten en ook beter te doen aansluiten bij de in het Europese deel van Nederland bestaande functionele inrichting van het toezicht (het zgn. *twin peaks*-model). Het was niet haalbaar, en zou mogelijk ook de in beginsel beleidsneutrale omzetting van de Nederlands-Antilliaanse wetgeving in BES-wetgeving teveel hebben belast, om deze vernieuwingen al meteen met ingang van de transitiedatum te realiseren. Het eindmodel heeft zijn neerslag gevonden in het onderhavige wetsvoorstel en, voor wat betreft de regelgeving ter bestrijding van witwassen en de financiering van terrorisme, het gelijktijdig bij uw Kamer ingediende voorstel voor de Wwft BES.

b. bijzondere positie van de openbare lichamen

Artikel 1, tweede lid, van het Statuut bepaalt dat voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba «*regels [kunnen] worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat en andere factoren waardoor deze eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland.*» Impliciet ligt hierin de opdracht besloten om bij het opstellen van wetgeving rekening te houden met de specifieke plaatselijke omstandigheden. Deze omstandigheden kunnen aanleiding zijn om voor de eilanden bijzondere of afwijkende regels te stellen, die zijn afgestemd op de lokale situatie en recht doen aan de bijzondere positie van de eilanden. Factoren die bij de regulering van de financiële markten om zulk maatwerk vragen zijn met name de geringe omvang van de markt, de samenstelling van het productaanbod en de sterke verwevenheid met de financiële sector in Curaçao en Sint Maarten. Waar de regelgeving in het Europese deel van Nederland sterk is geënt op de Europese Unie, is in de openbare lichamen sprake van een natuurlijke oriëntatie op de Caribische regio.

¹ Kamerstukken II, 2009/10, 31 959, nr. 7, blz. 83.

² Kamerstukken II, 2009/10, 31 959, nr. 6, blz. 24.

Financiële dienstverlening is naast toerisme een van de pijlers waarop de economie van de voormalige Nederlandse Antillen rust. In Curaçao is een groot aantal banken, verzekeraars en trustkantoren actief die diensten verrichten ten behoeve van in het buitenland gevestigde klanten, hoofdzakelijk bedrijven. Daarnaast is het aanbieden van administratieve diensten aan buitenlandse beleggingsinstellingen (met name hedge funds) in Curaçao een belangrijke niche.

Ook de financiële ondernemingen die zich richten op de vraag van bedrijven en consumenten in de voormalige Nederlandse Antillen, bevinden zich in hoofdzaak in Curaçao en, in mindere mate, in Sint Maarten. In de openbare lichamen zijn zij voornamelijk actief via plaatselijke filialen: circa twaalf filialen van banken en een kleiner aantal filialen van verzekeraars. Daarnaast is er op Bonaire een zelfstandige bank en een (in consumptief krediet) gespecialiseerde kredietinstelling. De meeste banken bemiddelen eveneens in verzekeringen. Voorts is op de eilanden een aantal zelfstandige assurantiebemiddelaars werkzaam. Er zijn geen beleggingsinstellingen in de openbare lichamen gevestigd; wel enkele geldtransactiekantoren en een aantal trustkantoren. Afhankelijk van de gekozen maatstaf is 5 tot 10 procent van de financiële sector in de voormalige Nederlandse Antillen gelokaliseerd in de openbare lichamen.

Tabel 1: Overzicht financiële sector BES (cijfers 2010)

	Bonaire	St. Eustatius	Saba
Banken	2 zelfstandige banken, 7 bijkantoren	3 bijkantoren	3 bijkantoren
Verzekeraars	7 bijkantoren	Geen	Geen
Assurantiebemiddelaars ¹	4 waarvan 1 bijkantoor	3	1
Beleggingsinstellingen	Geen	Geen	Geen
Geldtransactiekantoren ²	3	Geen	Geen
Trustkantoren	10	Geen	Geen

¹ Niet meegerekend: assurantiebemiddeling door banken.

² Waaronder twee bankkantoren.

De grens tussen Curaçao, respectievelijk Sint Maarten, en de openbare lichamen heeft voor de financiële sector op de eilanden een nieuwe situatie doen ontstaan. De genoemde filialen van banken en verzekeraars in de openbare lichamen zijn sinds de staatkundige hervorming in formele zin bijkantoren van buitenlandse (d.w.z. buiten de openbare lichamen gevestigde) financiële ondernemingen. Zij vallen daarmee in beginsel onder de in de openbare lichamen geldende wetgeving. De wetgever dient er rekening mee te houden dat veel van deze filialen erg klein zijn en in feite slechts functioneren als *front office* (verkoopkantoor) van het hoofdkantoor, dat doorgaans in Curaçao of Sint Maarten gevestigd is. Zij hebben slechts een zeer beperkte zelfstandigheid: administratie, acceptatie en beleid vinden grotendeels of geheel plaats op het hoofdkantoor. Daarnaast zijn er enkele wat grotere bijkantoren die ook een verdergaande zelfstandigheid hebben.

Het product- en dienstenaanbod van financiële ondernemingen op de eilanden bestaat voor het grootste deel uit basisdiensten als betalen, lenen, sparen en verzekeren. Het uitstaande bedrag aan consumptief krediet is relatief hoog, zeker in verhouding tot hypothecair krediet. Betalingen vinden nog vaak in contanten plaats. Beleggingsproducten worden hoogstens in beperkte mate en aan een kleine groep klanten aangeboden. Die situatie kan uiteraard veranderen, onder andere onder

invloed van de staatkundige hervorming. Denkbaar is dat financiële ondernemingen nieuwe afwegingen maken over hun aanwezigheid en activiteiten op de eilanden. Bij het vormgeven van de regulering van de financiële markten is het dan ook zaak met toekomstige scenario's rekening te houden, opdat ook partijen die zich op de markt willen begeven met (voor de eilanden) nieuwe financiële producten of diensten worden gereguleerd.

c. verhouding met de landen Curaçao en Sint Maarten

Vrijwel alle financiële ondernemingen die in de openbare lichamen actief zijn hebben hun zetel of moederbedrijf in Curaçao of Sint Maarten. Deze ondernemingen hebben na de staatkundige hervorming te maken met twee rechtstelsels.¹ Dit is enerzijds het onontkoombare gevolg van de staatkundige hervorming. Anderzijds is het voor de betrokken ondernemingen van groot belang dat de toezichtregimes zo goed mogelijk op elkaar zijn afgestemd, om onnodige administratieve lasten en andere nalevingskosten te voorkomen. Deze afstemming is dan ook een belangrijk aandachtspunt bij de vormgeving en de uitvoering van het toezicht op de financiële sectoren in de Nederlands-Caribische regio.

De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: CBCS) is als toezichthouder voor Curaçao en Sint Maarten verantwoordelijk voor het toezicht op in deze landen gevestigde financiële ondernemingen, waaronder de meeste van de banken en verzekeraars die in de openbare lichamen actief zijn (via een bijkantoor of door middel van dienstverrichting). De CBCS blijft om die reden nauw betrokken bij het toezicht op financiële ondernemingen in de openbare lichamen als «*home country*» toezichthouder. Een goede samenwerking tussen de Nederlandse toezichtautoriteiten en de CBCS is dan ook van groot belang en kan bijdragen aan een effectieve en efficiënte inrichting van het toezicht. Tussen de Nederlandsche Bank (DNB) en de CBCS, en tussen de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de CBCS, zijn met het oog daarop «memoranda of understanding» (MoU's) gesloten. Deze hebben in eerste instantie betrekking op de samenwerking in de huidige overgangsfase. Voor de periode na inwerkingtreding van het nu voorliggende wetsvoorstel zullen aan de dan geldende situatie aangepaste MoU's worden afgesloten.

Een van de terreinen van samenwerking betreft de invoering van het in 2004 door het Bazels Comité van de *Bank for International Settlements* gesloten kapitaalakkoord «Bazel II» en de in dat kader benodigde aanpassing van de rapportagestaten voor banken. De voorganger van de CBCS, de Bank van de Nederlandse Antillen (BNA), werkte al aan dit dossier en de CBCS zet die werkzaamheden in overleg met DNB voort. Inzet van beide instanties is dat marktpartijen dezelfde formats voor die rapportages kunnen gebruiken. Zij kunnen dan tevens volstaan met één intern boekhoudsysteem dat alle benodigde gegevens genereert, zonder de noodzaak om ten behoeve van de andere toezichthoudende instantie aanvullende of afwijkende cijfers te hoeven aanleveren. Een ander terrein betreft de voorgenomen invoering van een gezamenlijk depositogarantiestelsel voor Curaçao, Sint Maarten en de openbare lichamen. In paragraaf 6 wordt hier nader op ingegaan.

Ook voor de effectiviteit en acceptatie van de nieuwe gedragsnormen waarin dit wetsvoorstel voorziet (zie hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel), is het van belang dat deze niet alleen in de openbare lichamen, maar ook in Curaçao en Sint Maarten worden ingevoerd. Het is verheugend dat de CBCS diezelfde mening is toegedaan en heeft aangekondigd soortgelijke regels te willen introduceren in Curaçao en Sint Maarten. Voor een nadere

¹ Het betreft in feite drie rechtstelsels, maar de vooruitzichten zijn dat Curaçao en Sint Maarten bij de regulering van de financiële markten samen zullen blijven optrekken.

toelichting op de nieuwe gedragsnormen en hun achtergronden wordt verwezen naar paragraaf 5.

Vermeldenswaard is verder nog dat de regering van de voormalige Nederlandse Antillen en de toenmalige BNA werkten aan een ontwerp-landsverordening om de bestaande toezichtlandsverordeningen, die met name om historische redenen op veel punten uiteenliepen, te actualiseren en te harmoniseren.¹ Dit initiatief had onder andere tot doel de instrumenten en bevoegdheden van de toezichthouder te verruimen en voor alle toezichtsectoren op uniforme wijze vast te leggen. Ook op andere terreinen, zoals de toezichtrapportages en de rol van de externe deskundige daarbij, was voorzien in actualisering en harmonisatie. Bij het opstellen van het onderhavige wetsvoorstel is rekening gehouden met het ambtelijk concept voor de ontwerp-landsverordening, mede gelet op de wenselijke afstemming tussen de toezichtregelgeving in de openbare lichamen en die in de nieuwe landen Curaçao en Sint Maarten.

d. waarom nu al een eindmodel

In de Slotverklaring van oktober 2006 is met de openbare lichamen afgesproken dat bij aanvang van de nieuwe staatsrechtelijke verhoudingen de Nederlands-Antilliaanse wetgeving niet onmiddellijk door de bestaande Nederlandse wetgeving zal worden vervangen en dat de (Europees-)Nederlandse wetgeving pas geleidelijk zal worden ingevoerd. In lijn met deze afspraak geldt als uitgangspunt dat na transitie een periode van «legislatieve terughoudendheid» van vijf jaar in acht wordt genomen, waarin geen wetgevingsoperaties met ingrijpende effecten voor het openbaar bestuur of voor burgers zullen plaatsvinden. Genoemd uitgangspunt staat er niet aan in de weg om, rekening houdend met het absorptievermogen van de eilanden, op bepaalde deelterreinen al aan een eindperspectief te werken. Bij de parlementaire behandeling van de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba werd door de toenmalige staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in dat verband al op het aangekondigde eindmodel voor regulering van de financiële markten gewezen.²

De redenen om nu al met een – overigens specifiek op de openbare lichamen toegesneden – eindmodel voor de financiële markten te komen zijn de volgende:

- De kredietcrisis heeft geleerd hoe kwetsbaar de financiële sector kan zijn en hoe belangrijk het is dat de wet- en regelgeving voortdurend up-to-date wordt gehouden. Mede om die reden is de BNA/CBCS al langer bezig met de invoering van Bazel II en de bijbehorende aanpassing van de rapportagestaten van kredietinstellingen. Nu Bazel II alweer een vervolg krijgt in Bazel III is er des te meer reden haast te maken met het actualiseren van de toezichtwetten, om zo goed mogelijk voorbereid te zijn op mogelijke nieuwe turbulenties in de financiële sector.
- De huidige toezichtwetten bevatten, net als de voorheen geldende landsverordeningen, slechts weinig gedragsregels. In het Europese deel van Nederland als vanzelfsprekend beschouwde voorschriften, bijvoorbeeld ten aanzien van aan consumenten te verstrekken informatie over de kenmerken en risico's van financiële producten, ontbreken nu nog in de openbare lichamen. Een dergelijk groot verschil in het niveau van consumentenbescherming is moeilijk verdedigbaar.
- Een ander kenmerk van de bestaande toezichtwetten – dat overigens door de regering van de voormalige Nederlandse Antillen al werd onderkend, getuige de eerder genoemde harmonisatie-landsverordening – is dat deze onderling op veel onderdelen verschillen. Deze

¹ Zie de nota van toelichting bij het Landsbesluit financiële staten verzekeringsbedrijf van 11 maart 2010 (PB 2010, no. 9).

² Kamerstukken II, 2009/10, 31 957, nr. 6, pag. 7.

verschillen zijn historisch verklaarbaar, maar houden wel risico's in, bijvoorbeeld doordat bepaalde wezenlijke voorschriften niet voor alle categorieën financiële ondernemingen gelden, dan wel doordat de toezichtautoriteit niet over de juiste instrumenten beschikt. In beide gevallen is het gevolg dat niet altijd adequaat kan worden opgetreden bij mogelijke misstanden.

- Het toezicht op de financiële markten in de openbare lichamen is nu nog ingericht langs sectorale lijnen. Dat doet geen recht meer aan de toegenomen vervlechting van de verschillende vormen van financiële dienstverlening, en past ook niet bij het zogenoemde *twin peaks*-model zoals dat in het Europese deel van Nederland wordt gehanteerd. Aansluiting bij deze meer functionele inrichting van het toezicht betekent dat beter gebruik zal kunnen worden gemaakt van de specifieke expertise van de DNB op het gebied van het prudentieel toezicht, en van de AFM op het gebied van het gedragstoezicht.

e. het eindmodel: een integrale Wet financiële markten BES

Het onderhavige wetsvoorstel bevat een – tot op zekere hoogte door de Wet op het financieel toezicht (Wft) geïnspireerde – moderne en integrale regeling voor de financiële markten in de openbare lichamen, die aansluit bij de in onderdeel b beschreven marktstructuur en een herkenbaar kader biedt voor afstemming en samenwerking tussen de voormalige Nederlands-Antilliaanse eilanden. De voorgestelde bundeling van de toezichtwetten draagt er tevens aan bij de regelgeving inzichtelijker en toegankelijker te maken. Ook is de consistentie beter gewaarborgd als de regels voor verschillende sectoren in één wet zijn opgenomen, en is het eenvoudiger de regels up-to-date te houden.

Overwogen is of hetzelfde kan worden bereikt door de regelgeving voor de openbare lichamen te integreren in de Wft, maar de conclusie luidt ontkennend. De verschillen tussen de kleine, Caribisch-georiënteerde markt in de openbare lichamen en de veel complexere EU-georiënteerde Europees-Nederlandse markt zijn daarvoor te groot. Daar komt bij dat de openbare lichamen (vooral nog) een grotendeels op zichzelf staand rechtsstelsel hebben met eigen, veelal van de voormalige Nederlandse Antillen overgenomen wetgeving. Ook de inrichting van de rechterlijke macht is in de openbare lichamen anders vormgegeven: de openbare lichamen vallen onder de jurisdictie van het Gemeenschappelijke Hof van Justitie. Het procesrecht van de eilanden is om die reden op het Caribische deel van het Koninkrijk georiënteerd. Een en ander betekent dat er ingrijpende aanpassingen van de Wft nodig zouden zijn om die wet ook voor de openbare lichamen te kunnen laten gelden. Aanpassingen die de toch al complexe Wft nog complexer en ook moeilijker leesbaar zouden maken, iets waar noch de gebruiker in de openbare lichamen, noch de gebruiker in het Europese deel van Nederland bij gebaat zou zijn.

Het bovenstaande laat uiteraard onverlet dat aan de Wft veel waardevolle elementen zijn ontleend, bijvoorbeeld waar het gaat om de formulering van bepalingen. Op diverse plaatsen is dan ook bij de Wft aangesloten, waarbij echter steeds de specifieke omstandigheden en behoeften in de openbare lichamen in het oog zijn gehouden.

Opgemerkt zij nog dat de regulering van de financiële sector in de openbare lichamen niet tot doel en evenmin tot gevolg heeft dat aldaar gevestigde financiële ondernemingen toegang krijgen tot de Europees-Nederlandse markt. Het onderhavige wetsvoorstel schept de kaders om in de openbare lichamen actief te zijn. Financiële ondernemingen die hun werkzaamheid in het Europese deel van Nederland willen uitoefenen zullen daarvoor een vergunning op grond van de Wft nodig hebben.

Omgekeerd zullen Europees-Nederlandse financiële ondernemingen die toegelaten willen worden tot de BES-markt, daarvoor een vergunning op grond van de in de openbare lichamen geldende wetgeving nodig hebben.

§ 3. Uitgangspunten en structuur van het wetsvoorstel

a. uitgangspunten van het wetsvoorstel

Bij het opstellen van het wetsvoorstel is ernaar gestreefd het wetsvoorstel inzichtelijk, doelgericht en marktgericht te doen zijn, daarbij telkens de omvang en de kenmerken van de lokale markt in aanmerking genomen.

Inzichtelijk houdt in dit geval in dat de wet eenvoudig toegankelijk is voor in de openbare lichamen actieve marktpartijen en andere belanghebbenden. Voor betrokkenen moet duidelijk zijn welke verplichtingen, bevoegdheden en rechten de wet meebrengt. Tevens dient de wet een logische structuur te kennen, met een eenduidig en consistent begrippenkader en een heldere indeling in niveau van regels. Deze doelstellingen worden bereikt door een aantal wetten samen te voegen, en door waar mogelijk formuleringen te vereenvoudigen en in een aantal gevallen de uitwerking te delegeren naar lagere regelgeving.

Doelgericht wil zeggen dat de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende doelstellingen zo goed mogelijk en op een efficiënte manier worden gerealiseerd. Daartoe is, in navolging van de Wft, het wetsvoorstel geënt op het functionele toezichtmodel. DNB zal verantwoordelijk zijn voor het prudentieel toezicht, dat gericht is op de soliditeit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van de financiële sector als geheel. De AFM zal verantwoordelijk zijn voor het gedragstoezicht, waarin met name de verhouding tussen de financiële onderneming en haar klanten centraal staat. Voorts dienen voorgenomen regels of maatregelen in de juiste verhouding te staan tot het nagestreefde doel. Als teveel nieuwe regels worden opgelegd zal de toegevoegde waarde ervan op zeker moment afnemen en nog maar gering zijn.

Met *marktgericht* wordt bedoeld dat het wetsvoorstel rekening houdt met de specifieke kenmerken van de markt in de openbare lichamen. Dat is nodig om ervoor te zorgen dat regels gericht, uitvoerbaar en effectief zijn. Marktgericht wil daarnaast zeggen dat het wetsvoorstel bijdraagt, of in elk geval geen afbreuk doet aan de concurrentiekracht van de financiële sector in de openbare lichamen. Mede gezien de kwetsbaarheid van die sector dienen complexe regels en onnodige administratieve lasten en andere nalevingskosten te worden vermeden. Ook is het wenselijk, zoals hierboven werd geconstateerd, dat de regelgeving in de openbare lichamen en in Curaçao en Sint Maarten zoveel mogelijk op elkaar wordt afgestemd. Onderling afwijkende regels brengen extra lasten mee voor de financiële ondernemingen die op meerdere markten actief zijn, zoals in casu vaak het geval is. Regels die in het ene gebied wel gelden en in het andere gebied niet, of die in het ene gebied strenger zijn dan in het andere zullen bovendien ontweken kunnen worden en daardoor minder effectief zijn.

b. niveau van regelgeving

Niveau van regelgeving heeft betrekking op de vraag of een bepaalde regel naar zijn aard in de wet thuishoort, in een algemene maatregel van bestuur of in een ministeriële regeling dan wel regeling van de toezichtautoriteit. In de wetten voor de overgangsfase is het niveau van regelgeving in beperkte mate aangepast ten opzichte van de Nederlands-Antilliaanse

landsverordeningen. Hier en daar is bijvoorbeeld een verwijzing naar een landsbesluit vervangen door een verwijzing naar een ministeriële regeling, of omgekeerd. Ook de toezichthouderregelingen zijn op een aantal plaatsen vervangen door formele regelgeving op het niveau van een ministeriële regeling of algemene maatregel van bestuur. Een en ander neemt niet weg dat er tussen de bestaande toezichtwetten nog steeds, soms opvallende, verschillen zijn in niveau van regelgeving.

In het wetsvoorstel is, in navolging van de Wft, als uitgangspunt genomen dat kernbepalingen, belangrijke materiële bepalingen en algemene beginselen steeds in de wet worden geregeld. De nadere uitwerking van die normen vindt plaats bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Juist in een kleine markt als die in de BES is behoefte aan flexibiliteit en maatwerk, om adequaat op nieuwe ontwikkelingen te kunnen inspelen en om de verschillende regels steeds zo goed mogelijk te kunnen afstemmen op de lokale marktkenmerken.

Gaat het om nog meer gedetailleerde regels, dan lenen die zich voor een ministeriële regeling of regeling van de toezichtautoriteiten DNB en AFM. Net als in de Wft is het uitgangspunt daarbij dat DNB of AFM alleen regelgevende bevoegdheid toekomt als het gaat om onderwerpen van technische of organisatorische aard, dan wel om onderwerpen die samenhangen met de uitvoering van het toezicht.

c. reikwijdte van het wetsvoorstel

De wetgeving voor de financiële sector in de openbare lichamen is schematisch weergegeven in onderstaande tabel.

Tabel 2: Wetgeving financiële sector BES

Deelgebied	Overgangsfase (sinds 10 oktober 2010)	Eindmodel
Toezichtwetten	Wet assurantiebemiddelingsbedrijf BES Wet toezicht bank- en kredietwezen 1994 BES Wet toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs BES Wet toezicht effectenbeurzen BES Wet toezicht trustwezen BES Wet toezicht verzekeringsbedrijf BES Wet zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen BES	Wet financiële markten BES
Anti-witwassen	Wet identificatie bij dienstverlening BES Wet melding ongebruikelijke transacties BES Wet grensoverschrijdende geldtransporten BES	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES
Geldstelsel	Wet geldstelsel BES	Wet geldstelsel BES

De middelste kolom bevat de wetgeving die op 10 oktober 2010 van kracht is geworden. De laatste kolom laat zien dat in de eindfase een bundeling plaatsvindt, inhoudende dat alle toezichtwetten worden samengevoegd in een nieuwe Wet financiële markten BES (Wfm BES). De wetten die betrekking hebben op het tegengaan en bestrijden van witwassen en de financiering van terrorisme worden eveneens samengevoegd, in een nieuwe Wwft BES. Laatstgenoemd wetsvoorstel wordt tegelijk met het onderhavige ingediend en blijft hier verder onbesproken.

Dat de *Wet toezicht trustwezen BES* (Wtt BES), anders dan in de Europees-Nederlandse situatie, volgens het voorstel niet als aparte wet blijft bestaan, verdient een nadere toelichting. De Wtt BES is primair gericht op

het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel en is in die zin verwant aan de materie van de anti-witwaswetgeving. Niettemin vertoont de structuur van de wet veel gelijkenis met de andere toezichtwetten: er is sprake van een vergunningstelsel, er worden eisen gesteld aan (onder andere) de deskundigheid en betrouwbaarheid van beleidsbepalers en de bedrijfsvoering, en de naleving wordt op dezelfde manier gehandhaafd als bij (andere) financiële ondernemingen. De Wfm BES vormt zodoende een logisch kader voor de regulering van trustkantoren.

In het Europese deel van Nederland bestaat ook voor *geldtransactiekantoren* een aparte wet (Wet inzake geldtransactiekantoren). Het toezicht op geldtransactiekantoren in de openbare lichamen is thans geregeld in de Wet toezicht bank- en kredietwezen 1994 BES (Wtk BES), en zal tezamen met het eveneens in die wet geregelde toezicht op kredietinstellingen worden opgenomen in de Wfm BES.

De huidige toezichtwetten hebben betrekking op assurantiebemiddelaars, beleggingsinstellingen en administrateurs, kredietinstellingen en geldtransactiekantoren, houders van effectenbeurzen, trustkantoren en verzekeraars. De reikwijdte van deze wetten is daarmee aanmerkelijk kleiner dan die van de Wft. Dat is niet verwonderlijk, omdat het aanbod van producten en diensten in de voormalige Nederlandse Antillen, en zeker in de openbare lichamen, ook minder uitgebreid is. In die situatie kan echter gemakkelijk, en snel, verandering komen. De wetgeving dient met die mogelijkheid rekening te houden en daarop voorbereid te zijn.

Het is vanwege de hiervoor al geschetste verschillen tussen de Europees-Nederlandse markt en de markt in de openbare lichamen niet nodig en ook niet zinvol om de reikwijdte van de Wfm BES volledig te spiegelen aan die van de Wft. Er is wel aanleiding om de reikwijdte van de wet uit te breiden met een aantal nu nog niet gereguleerde categorieën financiële ondernemingen die producten aanbieden of diensten verlenen aan consumenten: toezicht dient in dat geval immers een direct consumentenbelang. Dit is met name het geval bij bemiddelaars die in andere producten dan verzekeringen bemiddelen (bijvoorbeeld krediet of effecten), elektronischgeldinstellingen, financieel adviseurs, kredietaanbieders die niet tevens kredietinstelling zijn, en vermogensbeheerders.

In lijn met de eerder geschetste uitgangspunten is een andere afweging gemaakt ten aanzien van financiële ondernemingen die actief zijn in een interprofessionele markt. Dit is onder andere van toepassing op *herverzekeraars* en *clearinginstellingen*, alsmede andere partijen die werkzaam zijn in specialistische functies op de effectenmarkten. Tot deze functies behoren het overnemen of plaatsen van effecten bij aanbidding, het voor eigen rekening handelen in effecten en het exploiteren van een multilaterale handelsfaciliteit. De regulering van het effectenverkeer heeft in het onderhavige wetsvoorstel betrekking op de volgende categorieën financiële ondernemingen: *houders van een effectenbeurs*, *bemiddelaars in effecten*, *adviseurs in effecten* en *vermogensbeheerders*. Andere soorten beleggingsondernemingen, zoals gedefinieerd in de Wft, vallen om de eerder genoemde reden niet onder de reikwijdte van deze wet.

Het wetsvoorstel heeft evenmin betrekking op *administrateurs*, hoewel die thans nog wel onder de Wet toezicht beleggingsinstellingen en administrateurs BES (Wtba BES) vallen. Administrateurs verrichten administratieve diensten voor beleggingsinstellingen. In Curaçao neemt deze vorm van dienstverlening een prominente plaats in. In de openbare lichamen is dat niet het geval. Tevens is overwogen dat de op beleggingsinstellingen zelf toepasselijke toezichtregels in dit wetsvoorstel op enkele punten worden aangescherpt, onder andere ten aanzien van de beheerder. Er is in

de openbare lichamen dan ook geen direct te beschermen belang dat toezicht op administrateurs, naast dat op beleggingsinstellingen, wenselijk maakt. Vanuit de optiek van een level playing field met Curaçao, en gelet op het internationale karakter van deze sector, is er wel aanleiding alert te zijn op mogelijke vormen van toezichtarbitrage: als mocht blijken dat administrateurs zich in de openbare lichamen willen vestigen om zo toezicht elders te omzeilen, zal de beslissing om deze categorie niet te reguleren, worden heroverwogen.

d. indeling van het wetsvoorstel

De samenvoeging van verschillende wetten maakt het wenselijk, maar ook mogelijk, om te komen tot een structuur waarbij de regels voor elk van de verschillende categorieën financiële ondernemingen zoveel mogelijk onder gemeenschappelijke noemers worden gebracht. Daarbij gaat het zowel om de eisen waaraan nieuwe toetreders moeten voldoen om een vergunning te krijgen, als om de regels waaraan marktpartijen moeten voldoen nadat ze een vergunning hebben gekregen. Voor een belangrijk deel zijn dat uniforme regels die voor alle of de meeste categorieën gelden en die daarom in één hoofdstuk (hoofdstuk 3) zijn bijeengebracht. Het wetsvoorstel kent dan ook een niet-sectorale opzet, al valt er op onderdelen niet aan te ontkomen onderscheid te maken tussen de verschillende categorieën financiële ondernemingen. Hoofdstuk 4 bevat een aantal regels die specifiek zijn voor een bepaalde categorie.

De indeling van het wetsvoorstel is weergegeven in Tabel 3.

Tabel 3: Indeling Wet financiële markten BES

Hoofdstuk 1. Algemene bepalingen

- § 1. Inleidende bepalingen
- § 2. De toezichtautoriteiten
- § 3. Samenwerking tussen toezichthoudende instanties
- § 4. Geheimhoudingsplicht en vertrouwelijke gegevens
- § 5. Vrijstelling en ontheffing

Hoofdstuk 2. Markttoegang

- § 1. Vergunningen
- § 2. Aanvraag van een vergunning
- § 3. Verlening, weigering en intrekking van vergunningen
- § 4. Register financiële markten
- § 5. Bijzondere bepalingen

Hoofdstuk 3. Algemene bepalingen betreffende financiële ondernemingen

- § 1. Zetel en rechtsvorm
- § 2. Bestuur, inrichting en bedrijfsvoering
- § 3. Financiële waarborgen
- § 4. Deelnemingen in financiële ondernemingen
- § 5. Boekhouding en rapportage
- § 6. Externe deskundige en actuaris
- § 7. Financiële groepen

Hoofdstuk 4. Bepalingen betreffende specifieke categorieën financiële ondernemingen

- § 1. Beleggingsinstellingen
- § 2. Effectenbeurzen
- § 3. Kredietinstellingen, elektronischgeldinstellingen en geldtransactiekantoren
- § 4. Verzekeraars
- § 5. Bemiddeling

Hoofdstuk 5. Marktgedrag en effectenverkeer

- § 1. Algemene bepalingen betreffende marktgedrag
- § 2. Kredietverlening
- § 3. Herroepingsrechten van krediet- of verzekeringnemer
- § 4. Aanbieden van effecten
- § 5. Marktmisbruik

Hoofdstuk 6. Zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen

- § 1. Algemene bepalingen
-

-
- § 2. Kennisgeving van zeggenschap
 - § 3. Openbaar bod
 - § 4. Diverse bepalingen
 - § 5. Uitzonderingen

Hoofdstuk 7. Handhaving

- § 1. Inleidende bepalingen
- § 2. Toezicht op de naleving
- § 3. Aanwijzing, benoeming curator en activiteitenverbod
- § 4. Last onder dwangsom
- § 5. Bestuurlijke boete
- § 6. Betaling van dwangsommen en bestuurlijke boeten
- § 7. Verjaring van dwangsommen en bestuurlijke boeten
- § 8. Openbaarmaking van overtredingen

Hoofdstuk 8. Bijzondere prudentiële maatregelen, noodregeling en depositogarantiestelsel

- § 1. Bijzondere prudentiële maatregelen kredietinstellingen
- § 2. Bijzondere prudentiële maatregelen verzekeraars
- § 3. Noodregeling en faillissement
- § 4. Depositogarantiestelsel

Hoofdstuk 9. Strafbepalingen

Hoofdstuk 10. Overgangs- en slotbepalingen

- § 1. Overgangsrecht
 - § 2. Wijziging van andere wetten
 - § 3. Inwerkingtreding en citeertitel
-

§ 4. Het wetsvoorstel op hoofdlijnen

Hoofdstuk 1: algemene bepalingen

In het kader van het onderhavige wetsvoorstel zijn de definities van de diverse categorieën financiële ondernemingen en hun activiteiten, zoals opgenomen in de huidige toezichtwetten, kritisch tegen het licht gehouden. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen een aantal gedetailleerde definities te vereenvoudigen. Bijzonderheden, bijvoorbeeld omtrent de verschijningsvorm van een bepaalde dienst, kunnen dan bij algemene maatregel van bestuur worden ingevuld. Waar nieuwe begrippen moesten worden geïntroduceerd, omdat deze niet voorkomen in de bestaande wetten, is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de Wft, al kon ook in dat geval vaak met vereenvoudigde omschrijvingen worden volstaan.

Het toezicht op in de openbare lichamen werkzame financiële ondernemingen wordt sinds 10 oktober 2010 uitgevoerd door de Nederlandse toezichtautoriteiten. Zoals in paragraaf 2 (onderdeel c) al werd gememooreerd, verloopt de taakverdeling tussen DNB en de AFM nu nog langs sectorale lijnen. In het eindmodel zal sprake zijn van een aangepaste taakverdeling, overeenkomstig het in de Nederlandse Wft verankerde *twin peaks*-model. Dit blijkt ook uit de in paragraaf 1.2 van de wet opgenomen taakomschrijving: DNB wordt verantwoordelijk voor het prudentieel toezicht, ook als het gaat om ondernemingen waarvoor de AFM de vergunningverlenende toezichtautoriteit is, en de AFM wordt verantwoordelijk voor het gedragstoezicht, ook als het gaat om bijvoorbeeld kredietinstellingen en verzekeraars. Voor laatstgenoemde categorieën blijft DNB de vergunningverlenende toezichtautoriteit.

Hoofdstuk 1 regelt tevens de verhouding van DNB en de AFM met de minister van Financiën en de samenwerking met andere toezichthoudende instanties in het Koninkrijk of daarbuiten, evenals de geheimhoudingsplicht en de uitwisseling van informatie. Ook bevat dit hoofdstuk de grondslagen voor het bij ministeriële regeling verlenen van vrijstellingen van het bij of krachtens de wet bepaalde, respectievelijk voor het verlenen van ontheffingen door de bevoegde toezichtautoriteit.

Hoofdstuk 2: markttoegang

Hoofdstuk 2 bepaalt voor welke activiteiten een vergunning vereist is, te verlenen door DNB dan wel de AFM, welke procedure moet worden gevolgd om de vergunning te verkrijgen en aan welke eisen daartoe moet worden voldaan. Ook wordt in dit hoofdstuk geregeld in welke gevallen de bevoegde toezichtautoriteit de vergunning kan weigeren of intrekken. Tevens voorziet hoofdstuk 2 in een register waarin houders van een vergunning worden ingeschreven en bevat het een aantal bijzondere bepalingen, waaronder het verbod voor niet-kredietinstellingen op het gebruik van het woord «bank» en een verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek.

In beginsel kan een financiële onderneming op drie manieren actief zijn in de openbare lichamen: door haar zetel daar te vestigen en van daaruit haar bedrijf uit te oefenen, door een bijkantoor op te richten, of door middel van het verrichten van diensten, dat wil zeggen zonder te beschikken over een lokale vestiging. In het algemeen is in elk van die situaties een vergunning nodig om tot de financiële markten te worden toegelaten.¹ De toegangeisen verschillen per categorie financiële ondernemingen en zijn mede afhankelijk van de vraag of de activiteiten worden verricht vanuit de zetel, een bijkantoor of door middel van dienstverrichting.

Er is aanleiding wat uitgebreider stil te staan bij de voorgestelde regeling voor bijkantoren. Vanuit toezichtoogpunt is de vorm van een bijkantoor niet de meest wenselijke situatie: door het ontbreken van rechtspersoonlijkheid heeft het bijkantoor per definitie slechts een beperkte zelfstandigheid, wat met name het prudentieel toezicht bemoeilijkt. Dit klemmt te meer omdat de openbare lichamen geen deel uitmaken van een interne markt zoals die in de Europese Unie bestaat, met geharmoniseerde toezichtregels, wederzijdse erkenning en toezicht door het land van herkomst.

Een realiteit is niettemin dat de meeste banken en verzekeraars in de openbare lichamen actief zijn door middel van een bijkantoor. De lokale markt in de openbare lichamen is bovendien erg klein, waardoor er mogelijk niet snel een *business case* is voor een lokaal geïncorporeerde onderneming. Het is om die reden niet wenselijk het vestigen van bijkantoren onmogelijk te maken. Wel is er aanleiding op dat gebied een terughoudend beleid te voeren.

Wanneer een financiële onderneming – denk aan een kredietinstelling of verzekeraar – haar zetel in Curaçao of Sint Maarten heeft en een bijkantoor in de openbare lichamen wil openen is er geen reden daarvoor onnodige drempels op te werpen. In de situatie vóór de staatkundige hervorming was de vergunning van de (toen nog) BNA al voldoende om in het gehele gebied van de Nederlandse Antillen actief te kunnen zijn. Inmiddels zijn tussen DNB, respectievelijk de AFM, en de CBCS afspraken gemaakt – die in het eindmodel aan de nieuwe wetgevingstructuur zullen worden aangepast – gericht op samenwerking en informatie-uitwisseling bij het toezicht op de in de voormalige Nederlandse Antillen werkzame financiële ondernemingen. Dit maakt het mogelijk in zulke situaties uit te blijven gaan van het prudentieel toezicht dat door de CBCS wordt uitgeoefend op het gehele bedrijf van de betrokken kredietinstelling of verzekeraar. Het bijkantoor hoeft dan niet zelfstandig aan (aanvullende) prudentiële eisen te voldoen.

¹ Een verzekeraar die vanuit een vestiging in het buitenland verzekeringen wil aanbieden in de openbare lichamen kan volstaan met de notificatieprocedure van artikel 2:23.

Een andere situatie doet zich voor als de financiële onderneming haar zetel buiten de voormalige Nederlandse Antillen heeft. Oprichten van een bijkantoor in de openbare lichamen zal dan slechts onder strikte voorwaarden mogelijk zijn. Een belangrijke voorwaarde zal in elk geval zijn dat de Nederlandse toezichtautoriteit voldoende vertrouwen moet hebben in de toezichtwetgeving van het land van herkomst en in het toezicht dat daar op die onderneming wordt uitgeoefend. Ook zal sprake moeten zijn van een samenwerkingsovereenkomst met de betrokken toezichthoudende instantie. Dit alles is van des te meer belang, gelet op de hierboven gesignaleerde moeilijkheid om effectief prudentieel toezicht uit te oefenen op (kleine) bijkantoren. Praktijk is immers dat een in de openbare lichamen opererend bijkantoor in het algemeen te klein is om, naast de eisen die in het land van herkomst aan de hoofdvestiging worden gesteld, zelfstandig aan allerlei aanvullende regels te voldoen.

Een financiële onderneming met zetel in Aruba wordt ingevolge het wetsvoorstel vooralsnog behandeld als elke andere financiële onderneming met zetel buiten de voormalige Nederlandse Antillen. Hoewel Aruba onderdeel is van het Caribische deel van het Koninkrijk bestaan er tussen de financiële markten in Aruba en die in de openbare lichamen slechts zeer beperkte verbindingen. Ook speelt een rol dat, waar het voor de openbare lichamen voorgestelde toezichtstelsel in belangrijke mate is geënt op het Antilliaanse stelsel zoals dat blijft bestaan in Curaçao en Sint Maarten, Aruba al langer een eigen toezichtstelsel heeft. Niettemin heeft ook Aruba belangstelling om gezamenlijk te streven naar harmonisatie van de toezichtwetgeving en gecoördineerde uitvoering van het toezicht in de Caribische delen van het Koninkrijk. Naarmate die harmonisatie ook feitelijk inhoud krijgt opent dat de weg om in de toekomst geen onderscheid meer te maken tussen financiële ondernemingen afkomstig uit Curaçao of Sint Maarten enerzijds en Aruba anderzijds.

De voorgestelde bijzondere behandeling van bijkantoren, die in beginsel niet aan zelfstandig prudentieel toezicht worden onderworpen¹, zal alleen van toepassing zijn op kleine bijkantoren van financiële ondernemingen die hun zetel, behoudens de hiervoor genoemde uitzonderingen, in Curaçao of Sint Maarten hebben. Als een bijkantoor de daartoe vastgestelde omvang overschrijdt en niet meer als klein kwalificeert, zal het moeten worden omgezet in een lokaal geïncorporeerde onderneming. De grens tussen kleine en grote bijkantoren zal, net als thans, worden gekoppeld aan de omvang van de toevertrouwde middelen (voor banken), respectievelijk de bruto premie-inkomsten (voor verzekeraars).

Een andere voorwaarde die aan bijkantoren wordt gesteld is dat zij geen offshore-activiteiten mogen verrichten. Dat houdt in dat een financiële onderneming die zich in substantiële mate richt tot personen of partijen buiten de voormalige Nederlandse Antillen dat dus niet via een bijkantoor kan doen maar daartoe een rechtspersoon zal moeten oprichten. Er is geen reden om toe te staan dat buitenlandse ondernemingen zaken doen met bedrijven of particulieren in een ander (buiten)land en daarvoor in de openbare lichamen gevestigde, grotendeels van het lokale toezicht vrijgestelde bijkantoren als vehikel gebruiken.

Hoofdstuk 3: algemene bepalingen betreffende financiële ondernemingen

Hoofdstuk 3 bevat een aantal algemene bepalingen waaraan alle of althans de meeste categorieën financiële ondernemingen dienen te voldoen, zowel in het kader van de vergunningverlening als in het kader van het doorlopend toezicht. Daartoe behoren regels met betrekking tot de governance en de bedrijfsvoering van financiële ondernemingen, de

¹ Buitenlandse financiële ondernemingen die in hun staat van zetel onder prudentieel toezicht staan, worden vermoed te voldoen aan de prudentiële eisen (zie artikel 3:20).

vereiste solvabiliteit en andere financiële waarborgen. Ook ziet dit hoofdstuk op deelnemingen in financiële ondernemingen, rapportages en boekhouding en de rol van de accountant en de actuaaris, en bevat het enkele bijzondere voorschriften voor kredietinstellingen en verzekeraars die deel uitmaken van een groep.

Op het gebied van het prudentieel toezicht is in de afgelopen jaren veel gebeurd. Voor kredietinstellingen (en beleggingsondernemingen) is wereldwijd Bazel II als de geldende standaard geaccepteerd, al heeft de kredietcrisis wel aanleiding gegeven tot aanscherpingen die hun beslag zullen krijgen in de zogeheten Bazel III-akkoorden. Voor verzekeraars vormt het nieuwe toezichtkader zoals neergelegd in de Solvency II-richtlijn een vergelijkbare moderniseringslag. De kredietcrisis en de lessen die daaruit zijn en worden getrokken, hebben de gedachtevorming over de toezichtregels nieuwe impulsen gegeven. Eerder in deze toelichting is al opgemerkt dat de CBCS werkt aan de invoering van Bazel II. Ook DNB is daarbij betrokken, opdat in Curaçao, Sint Maarten en de openbare lichamen zoveel mogelijk dezelfde regels worden gehanteerd. Onderdeel van deze exercitie is tevens een vernieuwing van de rapportagestaten voor kredietinstellingen.

Invoering van Bazel II en vernieuwing van de rapportagestaten zijn ook in het eindmodel centrale elementen bij het actualiseren van de prudentiële regels voor kredietinstellingen. De invoering van Solvency II en Bazel III is op dit moment nog niet aan de orde. Het voorliggende wetsvoorstel voorziet tevens in enkele andere aanpassingen die er met name toe strekken de toepasselijke normen in een duidelijk kader te plaatsen, opdat de financiële ondernemingen waarop die normen betrekking hebben, precies weten wat de norm inhoudt en waar en hoe deze eventueel verder is uitgewerkt in lagere regelgeving of in regels van DNB.

Het bedoelde kader houdt allereerst in dat elektronischgeldinstellingen, kredietinstellingen, vermogensbeheerders en verzekeraars, evenals bepaalde beleggingsinstellingen en bemiddelaars in effecten, dienen te beschikken over een minimum eigen vermogen en voldoende solvabiliteit. Voor kredietinstellingen en bepaalde beleggingsinstellingen gelden daarnaast liquiditeitsvoorschriften. Verzekeraars dienen toereikende technische voorzieningen aan te houden ter dekking van hun verzekeringsverplichtingen. Bij algemene maatregel van bestuur wordt nader bepaald welke vermogensbestanddelen onder welke voorwaarden mogen meetellen bij het bepalen van de aanwezige solvabiliteit. Ook de regels voor de berekening van de vereiste solvabiliteit, de liquiditeit en de hoogte van de technische voorzieningen worden bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld. Belangrijk is tevens dat in de bedrijfsvoering systematisch aandacht wordt besteed aan alle risico's, zowel in het financiële als operationele vlak, die de soliditeit van financiële ondernemingen kunnen beïnvloeden of bedreigen. Voor banken en verzekeraars die deel uitmaken van een groep zullen aanvullende regels van toepassing zijn om ervoor te waken dat hun financiële positie niet in gevaar wordt gebracht door intragroeptransacties en de financiële relaties binnen de groep.

Hoofdstuk 4: bepalingen betreffende specifieke categorieën financiële ondernemingen

Waar hoofdstuk 3 de onderwerpen regelt die voor alle of de meeste categorieën financiële ondernemingen relevant zijn, bevat hoofdstuk 4 aanvullende regels die specifiek betrekking hebben op een bepaalde categorie. Deze regels weerspiegelen het feit dat, niettegenstaande de nodige overeenkomsten, elke categorie financiële ondernemingen eigen

kenmerken heeft die vragen om een daarop afgestemde regulering. Het gaat dan om regels voor beleggingsinstellingen, effectenbeurzen, kredietinstellingen, elektronischgeldinstellingen en geldtransactiekantoren, verzekeraars, (assurantie)bemiddelaars en (onder)gevolmachtigde agenten. Enkele voorbeelden uit de opeenvolgende paragrafen van dit hoofdstuk zijn: voorschriften voor de beheerder en de bewaarder van een beleggingsinstelling; voorschriften waaraan beursregels moeten voldoen; de verplichting voor kredietinstellingen om te zijn aangesloten bij een voor de BES-eilanden in te stellen depositogarantiestelsel; het verbod voor verzekeraars om de uitoefening van het schade- of levensverzekeringsbedrijf te combineren met andere activiteiten; het portefeuillerecht van assurantiebemiddelaars. In het artikelsgewijze deel van deze toelichting worden de achtergronden van de voorschriften uit hoofdstuk 4 nader uiteengezet.

Hoofdstuk 5: marktgedrag en effectenverkeer

Hoofdstuk 5 bestaat uit twee delen: de paragrafen 5.1 tot en met 5.3 bevatten gedragsregels voor financiële ondernemingen die een financieel product aanbieden of een financiële dienst verlenen aan een consument of cliënt – de zogenoemde financieledienstverleners (zie artikel 5:1) – terwijl in de paragrafen 5.4 en 5.5 het aanbieden van en de handel in effecten wordt gereguleerd.¹

Met gedragsregels wordt in de eerste drie paragrafen bedoeld op voor het merendeel publiekrechtelijke regels voor financieledienstverleners, gericht op het belang van de consument of cliënt. Voor het Europese deel van Nederland is dit geregeld in deel IV van de Wft. De regels beogen goed gedrag en de in acht te nemen zorgvuldigheid van financiële marktpartijen ten opzichte van de consument of cliënt te bevorderen. Gedragsregels zijn grotendeels nieuw in de openbare lichamen. De thans geldende, op Nederlands-Antilliaanse landsverordeningen gebaseerde, BES-wetgeving kent slechts een beperkt aantal gedragsregels, waaronder een prospectusplicht voor beleggingsinstellingen, een verplichting voor kredietinstellingen om de effectieve rente te publiceren en een vakbekwaamheidsver-eiste voor assurantiebemiddelaars. Het wetsvoorstel voegt daar een aantal nieuwe en uitgebreidere bepalingen aan toe. Opgemerkt zij overigens dat ook in de voormalige Nederlandse Antillen al voornemens bestonden om de consumentenbescherming op het terrein van de financiële diensten uit te breiden.

De kenmerken van effecten en de handel in effecten verschillen in meerdere opzichten van financiële producten met als gevolg dat de bescherming van beleggers ten dele een andere invulling behoeft. Daarom zijn in de paragrafen 5.4 en 5.5 separate en specifieke gedragsregels voor spelers op de effectenmarkten opgenomen. De dienstverlening van een effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder valt daarentegen wel weer onder de reikwijdte van de eerste drie paragrafen van hoofdstuk 5. Dit vanwege het feit dat bedoelde financiële ondernemingen in direct contact staan met cliënten en hen in dat kader een zorgplicht jegens die cliënten toekomt.

De bepalingen in de paragrafen 5.4 en 5.5 hebben tot doel het vertrouwen in en het functioneren van zowel de primaire als de secundaire effectenmarkt te bevorderen. Paragraaf 5.4 bevat daartoe transparantieregels. Deze regels bestonden in de voormalige Nederlandse Antillen nog niet en ontbreken dus ook in de wetgeving voor de overgangsfase. Er is wel aanleiding thans in dergelijke regels te voorzien, aangezien het voorkomt dat effecten worden aangeboden aan het publiek. Dit aanbod zou in de toekomst kunnen toenemen nu in Curaçao de *Dutch Caribbean Securities*

¹ Effecten worden vanwege de bijzondere regels die op het aanbieden daarvan van toepassing zijn, in het wetsvoorstel niet aangemerkt als financieel product; een samenstel van effecten en een of meer financiële producten geldt wel als financieel product (zie definitie van financieel product in artikel 1:1).

Exchange van start is gegaan, wat de belangstelling voor effecten kan vergroten.

De bepalingen in paragraaf 5.5 komen overeen met het hoofdstuk inzake gebruik van voorwetenschap in de Wet toezicht effectenbeurzen BES (Wte BES), aangevuld met een verbod op koersmanipulatie. Deze aanvulling brengt de regels meer in overeenstemming met de regels inzake marktmisbruik in de Wft, al zijn de Wft-regels, die voor een groot deel mede dienen ter uitvoering van Europese richtlijnen, aanmerkelijk gedetailleerder.

Hoofdstuk 6: zeggenschap in beursgenoteerde vennootschappen

Hoofdstuk 6 bevat regels inzake de verkrijging van een kapitaalbelang of zeggenschap in beursgenoteerde vennootschappen die gevestigd zijn in de openbare lichamen. Daartoe is met een paar kleine aanpassingen de tekst van de Wet zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen BES (Wmz BES), die correspondeert met de oude Nederlands-Antilliaanse Landsverordening zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen, overgenomen.

Genoemde landsverordening, die dateert uit 1991, had blijkens de bijbehorende toelichting vooral tot doel vijandelijke overnames tegen te gaan, nadat deze in de jaren tachtig van de vorige eeuw tot een ernstig probleem waren geworden. De inhoud van de landsverordening was gebaseerd op richtlijn 88/627/EEG¹, die een gecoördineerde regeling bevatte om de transparantie van de effectenmarkten te vergroten, en op het toenmalige voorstel voor een dertiende richtlijn vennootschapsrecht inzake overnamebiedingen. De voorschriften dienden er zowel toe om heimelijke opbouw van grote kapitaalbelangen te voorkomen, als om beleggers beter inzicht te verschaffen in de verhoudingen in aandelenbezit. In Nederland is richtlijn 88/627/EEG geïmplementeerd door middel van de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen (Wmz 1991).

De materie van hoofdstuk 6 is voor het Europese deel van Nederland geregeld in hoofdstuk 5.3 van de Wft, voor wat betreft het melden van kapitaalbelangen en stemrechten in beursgenoteerde vennootschappen, en in hoofdstuk 5.5 van die wet, voor wat betreft het openbare bod op effecten. Waar de landsverordening in de loop der jaren inhoudelijk vrijwel ongewijzigd is gebleven, verschillen de regelingen in de Wft op veel punten van die in de Wmz 1991. Laatstgenoemde wet is in 1996 vervangen door de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996, waarvan hoofdstuk 5.3 van de Wft een andermaal ingrijpend herziene versie vormt. In hoofdstuk 5.5 van de Wft is bovendien de dertiende richtlijn vennootschapsrecht geïmplementeerd, die te langen leste in 2004 tot stand is gekomen.

In het licht van het voorgaande dient de vraag zich aan of nu kan worden volstaan met een regeling die nog grotendeels berust op het gedachtegoed van 1991. Niettemin zijn er goede redenen om af te zien van een ingrijpende aanpassing van de voorliggende regeling. De regeling is in lijn met die in Curaçao en Sint Maarten, wat bijdraagt aan een gelijk speelveld in de regio, en is bovendien in de context van de openbare lichamen hooguit van zijdelings belang. Aan een meer geavanceerde regeling, uit te voeren onder toezicht van de AFM, bestaat dan ook geen behoefte.

¹ Richtlijn nr. 88/627/EEG van de Raad van 12 december 1988 betreffende de gegevens die moeten worden gepubliceerd bij verwerving en bij overdracht van een belangrijke deelneming in een ter beurze genoteerde vennootschap (PbEG L 348).

Hoofdstuk 7: handhaving

Voor de goede werking van het toezicht is het van belang dat de toezicht-
autoriteiten (DNB en de AFM) over adequate bevoegdheden en een
adequaat toezichtinstrumentarium beschikken. De voorheen geldende
landsverordeningen liepen op dat punt nog uiteen: al naar gelang de
landsverordening van recentere datum was, voorzag deze in uitgebreidere
bevoegdheden en een moderner instrumentarium. De regering van de
voormalige Nederlandse Antillen had dit onderkend en een ontwerp-
landsverordening voorbereid om de bevoegdheden en instrumenten van
de toezichthouder (BNA) aan te vullen en gelijk te trekken. In de toezicht-
wetten voor de overgangsfase is al een beperkte harmonisatie doorge-
voerd die ten dele ook op dit onderwerp betrekking had.

Op grond van hoofdstuk 7 van de onderhavige wet kunnen de met het
toezicht op de naleving van de wet belaste personen en de toezichtautori-
teiten over dezelfde bevoegdheden en instrumenten beschikken als
waarover zij op grond van de Wft kunnen beschikken bij de uitvoering van
de in die wet aan hen opgelegde taken. Daarbij gaat het om:

- de bevoegdheden die in het Europese deel van Nederland toekomen
aan toezichthouders in de zin van artikel 5:11 van de Algemene wet
bestuursrecht (Awb), waaronder het vorderen van inlichtingen en het
vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden (§ 7.2);
- het geven van een aanwijzing, het aanstellen van een curator en het
opleggen van een activiteitenverbod (§ 7.3);
- het opleggen van een last onder dwangsom (§ 7.4) of een bestuurlijke
boete (§ 7.5);
- het doen uitgaan van een openbare waarschuwing en het openbaar
maken van beslissingen tot het opleggen van een last onder dwang-
som of een bestuurlijke boete (§ 7.8).

Het feit dat de Awb niet van toepassing is in de openbare lichamen, is
aanleiding geweest om in hoofdstuk 7 een aantal bepalingen uit (met
name) hoofdstuk 5 van de Awb over te nemen. Overwogen is om
bepaalde artikelen uit de Awb van overeenkomstige toepassing te
verklaren. Met het oog op de kenbaarheid is er echter voor gekozen om de
desbetreffende bepalingen in dit wetsvoorstel uit te schrijven. Dit geldt
met name voor de hierboven aangehaalde bevoegdheden van de
toezichthouder, die zijn ontleend aan titel 5.2 van de Awb, en voor de
procedureregels en waarborgen die bij het opleggen van een last onder
dwangsom (afdeling 5.3.2 Awb) of een bestuurlijke boete (titel 5.4 Awb) in
acht moeten worden genomen. Ook de in paragrafen 7.6 en 7.7
opgenomen regelingen voor de betaling en verjaring van dwangsommen
en bestuurlijke boeten zijn aan de Awb ontleend.

Hoofdstuk 8: bijzondere prudentiële maatregelen, noodregeling en depositogarantiestelsel

Paragraaf 8.1 bevat een aantal bijzondere bepalingen met betrekking tot
het prudentieel toezicht op kredietinstellingen. Hiertoe behoort de door
DNB uit te voeren zogeheten *supervisory review*, die onderdeel vormt van
Bazel II (artikel 8:1). Op basis van deze periodieke evaluatie van de
maatregelen, strategieën en procedures voor een beheerste bedrijfs-
voering en de door de kredietinstelling aan te houden solvabiliteit kan
DNB beoordelen of de kredietinstelling haar risico's goed monitort en
beheerst, en of zij over een bij haar risicoprofiel passende solvabiliteit
beschikt. Als een kredietinstelling niet meer aan alle prudentiële eisen
voldoet, of als de genoemde evaluatie daartoe aanleiding geeft, kan DNB
bijzondere maatregelen nemen (artikel 8:2).

Paragraaf 8.2 bevat soortgelijke bepalingen voor verzekeraars. Op grond daarvan kan DNB maatregelen nemen, indien een verzekeraar niet meer over toereikende technische voorzieningen of de vereiste solvabiliteitsmarge beschikt. Ook kan zij in individuele gevallen preventief ingrijpen door een herstelplan voor te schrijven.

In het geval een bank of verzekeraar in financiële moeilijkheden komt, bestaat tevens de mogelijkheid dat DNB het Gerecht verzoekt de noodregeling uit te spreken (zie paragraaf 8.3). Het aanvragen van de noodregeling is het meest vergaande toezichtinstrument en wordt in het algemeen pas gebruikt nadat meerdere andere maatregelen, waaronder de hierboven genoemde, zijn geprobeerd, maar niet tot het gewenste resultaat hebben geleid. De noodregeling is te vergelijken met surséance van betaling, met dit verschil dat in de noodregeling DNB over een bijzondere machtiging beschikt om tot overdracht van verbintenissen dan wel liquidatie over te gaan. In het eerste geval zal DNB onderzoeken in hoeverre door overdracht van verbintenissen of gelden sanering mogelijk is en een daadwerkelijk faillissement nog voorkomen kan worden. In het geval van een liquidatieprocedure zal DNB gemachtigd worden om verbintenissen en gelden van de instelling te liquideren. In een dergelijk geval zal ook de vergunning van de instelling door DNB worden ingetrokken.

De noodregeling voor kredietinstellingen is nu nog geregeld in de Wtk BES, die voor verzekeraars in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf BES (Wtv BES). In dit wetsvoorstel zijn beide regelingen geïntegreerd in een nieuwe, zoveel mogelijk uniforme regeling, waarbij uiteraard rekening is gehouden met relevante verschillen tussen kredietinstellingen en verzekeraars. Formuleringen zijn in een aantal gevallen ontleend aan afdeling 3.5.5 van de Wft, die een soortgelijke opzet kent.

Om depositohouders te beschermen en de stabiliteit van het financiële stelsel te vergroten is het wenselijk dat ook in de openbare lichamen een depositogarantiestelsel (DGS) wordt ingevoerd. Hierin wordt door paragraaf 8.4 van het wetsvoorstel voorzien. In paragraaf 6 van deze toelichting zal nader op het DGS worden ingegaan.

Hoofdstuk 9: strafbepalingen

Hoewel in dit wetsvoorstel het accent ligt op bestuurlijke handhaving van de bij of krachtens de wet gestelde regels, is het wenselijk om in bepaalde gevallen tevens in de mogelijkheid van strafrechtelijke vervolging te voorzien. Met het oog hierop wordt in de artikelen 9:1 en 9:2 overtreding van een aantal centraal staande normen en verbodsbepalingen strafbaar gesteld. Het gaat onder meer om overtreding van een vergunningplicht of de niet-naleving van een opgelegd activiteitenverbod.

Hoofdstuk 10: overgangs- en slotbepalingen

Aangezien de onderhavige wet diverse bestaande wetten vervangt en daarnaast op verschillende terreinen nieuwe voorschriften introduceert, bestaat de noodzaak tot het treffen van een aantal overgangsmaatregelen. Overgangsrecht is bijvoorbeeld nodig om te regelen dat op basis van de huidige toezichtwetten verleende vergunningen, ontheffingen en verklaringen van geen bezwaar na inwerkingtreding van deze wet geldig blijven, zodat daarvoor geen nieuwe aanvragen behoeven te worden ingediend. Het voorgestelde overgangsrecht zorgt ervoor dat ook andere besluiten van de beide toezichtautoriteiten hun geldigheid behouden. Hierbij valt met name te denken aan besluiten waarbij de betrouw-

baarheid of de deskundigheid van een beleidsbepaler is vastgesteld, gegeven aanwijzingen en opgelegde bestuurlijke boeten.

Met het oog op de nieuwe verplichtingen die het wetsvoorstel introduceert, voorziet hoofdstuk 10 in de mogelijkheid om de wet gefaseerd in werking te laten treden ten einde marktpartijen een overgangstermijn te bieden om zich op die nieuwe verplichtingen voor te bereiden, alvorens deze van kracht worden. In dat verband dient onder meer gedacht te worden aan de nieuwe gedragsregels uit hoofdstuk 5. Een overgangstermijn is ook op zijn plaats, waar het gaat om activiteiten waarvoor voorheen geen vergunning benodigd was, maar die op grond van de wet vergunningplichtig worden. Het gaat dan om adviseurs, bemiddelaars in andere producten dan verzekeringen, elektronischgeldinstellingen, kredietaanbieders en vermogensbeheerders (voor zover zij niet reeds over een vergunning als kredietinstelling of verzekeraar beschikken). Het is de bedoeling om voor dergelijke nieuwe verplichtingen een overgangstermijn van ten minste zes maanden te bieden, gerekend vanaf het moment waarop de wet in het Staatsblad wordt gepubliceerd.

Hoofdstuk 10 regelt verder de intrekking van de bestaande toezichtwetten en voorziet in de benodigde aanpassingen van een aantal andere wetten waarin naar de bestaande toezichtwetten wordt verwezen.

§ 5. Gedragsnormen voor financiële dienstverleners

In paragraaf 4 is reeds kort ingegaan op de introductie van gedragsnormen voor financiële dienstverleners. Deze paragraaf licht de achtergrond en hoofdlijnen van deze normen nader toe. In de artikelsgewijze toelichting worden de afzonderlijke normen besproken.

a. het belang van gedragsnormen

Achtergrond van de gedragsnormen is het belang van de consument (of, afhankelijk van het financiële product, de cliënt¹; in deze paragraaf wordt kortheidshalve steeds van «consument» gesproken). De noodzaak tot regelgeving ter bescherming van de consument is ingegeven door de belangrijke rol van financiële producten in het leven van de consument. Te denken valt aan de mogelijkheid om zonder over voldoende middelen te beschikken noodzakelijke en/of dure producten aan te schaffen door een krediet af te sluiten, het verzekeren van (potentiële) gebeurtenissen die grote negatieve financiële gevolgen met zich kunnen brengen, voorzieningen ten behoeve van behoud van een bepaald niveau aan inkomsten in de toekomst, alsook de mogelijkheid om kapitaal dat de consument niet direct nodig heeft te beleggen, bijvoorbeeld door deel te nemen in een beleggingsinstelling. De meeste consumenten hebben dan ook meerdere financiële producten. In de openbare lichamen betreft het voornamelijk betaalrekeningen, kredieten en verzekeringen.

Gedragsnormen beogen daarnaast het vertrouwen van de consument in de financiële markten te waarborgen, zodat zij bereid blijven hun geld aan financiële ondernemingen toe te vertrouwen. Dit komt het aanbod van risicodragend kapitaal ten goede, zijnde een belangrijke voorwaarde voor een goed functionerende economie. Incidenten kunnen dit vertrouwen ondermijnen en kunnen bovendien een schadelijke uitstraling hebben naar concurrerende financiële ondernemingen. Gelet op de omvang van de eilanden, is de kans op reputatieschade eerder aanwezig.

Gelet op het hiervoor geïllustreerde belang van menig financieel product voor de consument, is het wenselijk dat de aanschaf zorgvuldig geschiedt en dat het product aansluit bij de behoefte en situatie van de consument.

¹ Zie de begrippen «consument» en «cliënt» in artikel 1:1.

Daarnaast dient de consument zich bewust te zijn van de kosten en de mogelijke risico's van het financiële product. Geld lenen is in de regel niet gratis en beleggen in effecten bergt meer risico in zich om het ingelegde kapitaal (deels) te verliezen dan sparen. De consument heeft evenwel niet altijd voldoende kennis en ervaring om het financiële product of de dienst adequaat te kunnen beoordelen, zeker niet als het producten betreft die complex zijn of die niet frequent of zelfs eenmalig worden aangeschaft, waardoor er geen leereffect optreedt. De interesse om zich uitgebreid te verdiepen in een product of in de verschillen tussen producten, al dan niet van verschillende aanbieders, kan eveneens ontbreken. Financiële producten worden bovendien soms impulsief of ondoordacht aangeschaft, bijvoorbeeld omdat de consument eenzijdig gefocust is op hetgeen hij ermee kan kopen (bij een krediet) of op het mogelijk haalbare, doch onzekere, rendement (bij een beleggingsproduct). Dit wetsvoorstel komt hieraan tegemoet door gedragseisen te stellen aan de aanbieder van een financieel product en de verlener van een financiële dienst, waarbij goede voorlichting en een zorgvuldige behandeling van de consument vooropstaan.

b. reikwijdte van de gedragsnormen

Een deel van de normen in paragraaf 5.1 van het wetsvoorstel is van toepassing op alle financiële dienstverleners, dus ongeacht het financiële product dat ze aanbieden of de financiële dienst die ze verlenen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kan dit evenwel gedifferentieerd worden uitgewerkt, oftewel verschillend per product of dienst. Andere normen zijn specifiek gericht tot een bepaalde categorie financiële dienstverleners. Zoals reeds in paragraaf 4 opgemerkt, vallen aanbieders van effecten buiten de reikwijdte van de eerste drie paragrafen van hoofdstuk 5 van het wetsvoorstel; voor het aanbieden van effecten gelden bijzondere voorschriften, die zijn opgenomen in paragraaf 5.4. Bemiddelaars in effecten vallen daarentegen wel gewoon onder de reikwijdte van de paragrafen 5.1 tot en met 5.3.

De normen zijn zogenoemd distributie- en cross-sectorconsistent. Dat wil zeggen dat het product dat een financiële dienstverlener aanbiedt of de dienst die hij verleent, bepalend is voor de vraag of een verplichting op hem van toepassing is. Dit is nieuw in de openbare lichamen: de thans geldende, voormalig Nederlands-Antilliaanse wet- en regelgeving is sectoraal ingericht. Het uitgangspunt bij de gedragsnormen is evenwel dat het voor de consument niet moet uitmaken bij welk type instelling en via welk distributiekanaal hij zijn product aanschafft. Hiermee wordt niet alleen de consument op gelijke wijze beschermd, maar het bewerkstelligt evenzeer een gelijk speelveld voor de aanbieders van het desbetreffende product of de desbetreffende dienst. In de openbare lichamen zal dit bijvoorbeeld relevant zijn voor verzekeringen. De informatie die een consument ontvangt over een verzekering moet hetzelfde zijn ongeacht of hij de verzekering rechtstreeks bij de verzekeraar afsluit dan wel via een bemiddelaar of gevolmachtigd agent. Daarnaast moet het evenmin uitmaken of die assurantiebemiddelaar de hoedanigheid van een zelfstandige bemiddelaar heeft of kredietinstelling is. Een ander voorbeeld is het verlenen van een krediet. De relevante normen zijn van toepassing op kredietinstellingen en andere kredietaanbieders, waaronder verzekeraars voor zover zij krediet verlenen.

c. inhoud van de gedragsnormen

Zoals ook voor andere deelgebieden geldt, is de Europees-Nederlandse wet- en regelgeving niet onverkort overgenomen, maar slechts voor zover dit relevant is voor de openbare lichamen en aansluit bij de marktomstan-

digheden, cultuur en specifieke behoeften aldaar. Daarnaast is gekeken naar de kosten van naleving van een verplichting in relatie tot de verwachte baten en mogelijke alternatieven. Enkele illustraties. Een kredietregistratiesysteem zou, net als in Europees Nederland (BKR), een bijdrage kunnen leveren aan het toetsen van de kredietwaardigheid van potentiële kredietnemers en daarmee aan een verantwoorde kredietverlening. De kosten die gemoeid zijn met het opzetten en het effectief en efficiënt laten functioneren van een dergelijk systeem maken het realiseren ervan vooralsnog moeilijk haalbaar. Een door de consument gepercipieerde onheuse bejegening door de financiële dienstverlener kan voorts in korte tijd bekend worden op het gehele eiland en zo relatief makkelijk tot reputatieschade leiden. De betrokken onderneming zal klachten ook om die reden serieus nemen, met als gevolg dat er onvoldoende aanleiding is om de hoge kosten van een klachteninstituut voor de openbare lichamen te rechtvaardigen. De internetpenetratie ligt daarnaast veel lager dan in het Europese deel van Nederland, waardoor er minder overeenkomsten via internet worden afgesloten en de informatievoorziening via websites een beperkter bereik heeft. Een overeenkomst tussen een financiële dienstverlener en de consument zal ook niet snel op afstand worden gesloten. De leesvaardigheid varieert in de openbare lichamen, ook al omdat men veelal meerdere talen leert. Een financiële dienstverlener dient zich hiervan bewust te zijn. Als de informatie niet in de eerste taal van de consument geschreven is of als de consument moeite heeft met lezen, dan verdient het aanbeveling om de voornaamste kenmerken van de financiële dienst of het product mondeling met de consument te bespreken. In de artikelsgewijze toelichting wordt hier nader op ingegaan.

Uitgangspunt van de gedragsnormen is de zorgvuldige behandeling van de consument. Transparantie is hier een belangrijk onderdeel van. De consument dient bijvoorbeeld duidelijk geïnformeerd te worden over onder meer de kenmerken, kosten en risico's van het financiële product en zich bewust te zijn van de positie van zijn adviseur of bemiddelaar ten opzichte van de aanbieder(s) voor wie hij adviseert of bemiddelt. Voor bepaalde situaties vult het wetsvoorstel de zorgplicht nader in, bijvoorbeeld bij advisering in financiële producten of kredietverlening. De onderzoeksplicht van de financiële dienstverlener naar de (financiële) positie van de consument wordt dan verzaamd. Het wetsvoorstel introduceert voorts herroepingsrechten voor de consument. Nieuw is eveneens de verplichting om klachten van consumenten op zorgvuldige en adequate wijze te behandelen. Daarnaast beogen de voorwaarden die gesteld worden aan het verkrijgen van een vergunning en waaraan doorlopend voldaan moet worden, zoals de betrouwbaarheids- en deskundigheidseisen en voor sommige financiële ondernemingen vermogensscheiding en een minimum aan eigen vermogen, de consument te beschermen tegen onder meer ondeskundige advisering of misbruik (zie voor een uitgebreidere toelichting de artikelsgewijze toelichting bij de relevante bepalingen uit de hoofdstukken 2, 3 en 4).

De gedragsnormen laten onverlet dat de consument ook een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de aanschaf van financiële producten en diensten. Met dit wetsvoorstel wordt niet beoogd om de financiële dienstverlener plaats te laten nemen op de stoel van de consument. Het is evenwel niet generiek vast te stellen waar de grens ligt. Dit hangt onder andere af van de dienst, de financiële risico's verbonden aan het product, de kennis en kunde van de consument, en de omstandigheden van het specifieke geval.

Financiële ondernemingen zijn overigens vanuit het privaatrecht reeds bekend met vergelijkbare normen. Te denken valt dan in eerste instantie aan de bepalingen uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek BES (BW BES)

inzake verbintenissenrecht en onrechtmatige daad, waaronder met name de bepalingen inzake misleidende reclame, alsook de bepalingen uit Boek 7 van het BW BES inzake de overeenkomst van opdracht. Het publiek toezicht dat voortvloeit uit dit wetsvoorstel vormt hierop een zinvolle aanvulling, zeker voor financiële ondernemingen die stelselmatig de wet niet naleven of fraudeleuze bedoelingen hebben. Een civiele procedure neemt veel tijd in beslag, is kostbaar, en zal alleen succesvol zijn als er een causaal verband is tussen de schade van de consument en de bekritiseerde gedraging. De financiële onderneming kan voorts lopende het proces ook nog veel schade berokkenen. Het publiek toezicht beoogt preventief, in het kader van de vergunningverlening, en ook daarna, in het kader van het doorlopend toezicht, malafide of ondeskundige marktpartijen uit de markt te houden en weren. Daarnaast wordt toezicht gehouden op aspecten die individueel lastig aan te vechten zijn vanwege de hiervoor genoemde redenen. Zo kan het bijvoorbeeld wenselijk zijn dat de aanbieder bepaalde kenmerken van een product noemt in de reclame en/of de precontractuele informatie, maar zal het lastig zijn voor de consument om aan te tonen dat het niet vermelden ervan tot verkeerde beslissingen en schade heeft geleid. Publiekrechtelijk kan er dan wel tegen opgetreden worden.

§ 6. Depositogarantiestelsel

Voor de BES-eilanden geldt, evenals voor Curaçao en Sint Maarten, thans geen depositogarantiestelsel (DGS). Ook in de Nederlandse Antillen bestond geen DGS. Wel had de BNA op grond van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 een wettelijk mandaat om in overleg met de financiële sector een DGS in de Nederlandse Antillen tot stand te brengen, doch hiervan was ten tijde van de opheffing van het land de Nederlandse Antillen nog geen gebruik gemaakt.

Om depositohouders te beschermen en de stabiliteit van het financiële stelsel te vergroten acht de regering het van belang dat er ook voor de BES-eilanden een depositogarantiestelsel zal gaan gelden. Met het oog hierop voorziet paragraaf 8.4 van het wetsvoorstel in de instelling van een DGS. De bedoeling is om dit DGS gelijktijdig met de inwerkingtreding van de wet van kracht te laten worden.

De op de BES-eilanden aangehouden deposito's kunnen op een drietal wijzen onder de bescherming van een DGS worden gebracht. Een eerste mogelijkheid is het oprichten van een separaat DGS voor de BES-eilanden. Gezien de beperkte omvang van de markt (de BES-eilanden hebben slechts 18 000 inwoners) en de aanwezigheid van slechts één zelfstandige bank, is deze weg in de praktijk moeilijk begaanbaar. De uitvoeringskosten die aan deze optie kleven, zijn buitenproportioneel en ook moet de overheid in dit scenario de facto als verzekeraar van de deposito's van de ene zelfstandige bank optreden. Dit laatste leidt tot ongezonde prikkels en marktverstoring.

Een tweede mogelijkheid is deelname van de kredietinstellingen met zetel in de openbare lichamen aan het Europees-Nederlandse DGS. Vanwege het feit dat de regels voor prudentieel toezicht op de BES-eilanden anders zijn dan in Europees Nederland, ligt deze optie minder voor de hand. Ook de aanzuigende werking van het in verhouding tot landen in de regio hoge Nederlandse garantiebedrag en het risico van marktverstoring maken dit scenario minder aantrekkelijk.

Vanwege de grote verwevenheid van de financiële markten op de BES-eilanden met die van Curaçao en Sint Maarten is deelname van de in de openbare lichamen gevestigde banken aan een regionaal DGS de beste

oplossing. Omdat de op de BES gevestigde bijkantoren alle moederbedrijven op Curaçao en Sint Maarten hebben, zal van marktverstoring geen sprake zijn. Momenteel werken DNB en het Ministerie van Financiën in overleg met de CBCS en de bankiersverenigingen van Curaçao, Sint Maarten en Bonaire aan de totstandkoming van een gemeenschappelijk DGS, dat zowel voor de openbare lichamen als voor Curaçao en Sint Maarten moet gaan gelden. In beginsel staat dit DGS ook open voor toekomstige deelname door Aruba, indien daar vanuit Aruba belangstelling voor bestaat.

De in het wetsvoorstel opgenomen regeling van het DGS valt in twee delen uiteen. De bepalingen die de instelling van het DGS regelen, zijn opgenomen in paragraaf 8.4 van het wetsvoorstel. De verplichting voor banken om, indien zij actief zijn op de BES-eilanden, deel te nemen aan het DGS is opgenomen in paragraaf 4.3, waarin ook de overige meer sectorspecifieke verplichtingen voor banken zijn opgenomen.

§ 7. Gevolgen voor het bedrijfsleven

a. doorberekening van toezichtkosten

Marktpartijen kunnen met twee soorten kostendoorberekening te maken krijgen. Voor het aanvragen van een beschikking, zoals een vergunning, is steeds een vergoeding verschuldigd waarvan de hoogte bij ministeriële regeling wordt vastgesteld. Daarnaast kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur tevens regels worden gesteld met betrekking tot de (gehele of gedeeltelijke) doorberekening van de overige toezichtkosten. De gedachten gaan in dat verband uit naar een jaarlijks terugkerende bijdrage in de kosten van het doorlopend toezicht, waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de systematiek en tarieven die gehanteerd worden door de CBCS. Het is immers van belang, zoals in paragraaf 2 is toegelicht, dat de toezichtregimes van Curaçao en Sint Maarten enerzijds en de openbare lichamen anderzijds zoveel mogelijk op elkaar zijn afgestemd vanwege de verwevenheid van de financiële markten en het behoud van een gelijk speelveld. Het voorgaande leidt ertoe dat de kosten van het door DNB en de AFM uit te oefenen toezicht slechts ten dele zullen kunnen worden doorberekend aan onder toezicht staande instellingen. Het niet door te berekenen deel van de toezichtkosten komt voor rekening van de Staat.

b. administratieve lasten

Administratieve lasten zijn de kosten die bedrijven en burgers moeten maken om te voldoen aan informatieverplichtingen die voortvloeien uit wet- en regelgeving van de overheid. Daaronder vallen in het onderhavige kader:

- de vergunningplicht voor financiële ondernemingen die in de openbare lichamen werkzaam zijn of willen worden, ook als zij eerder een vergunning hadden die voor het hele gebied van de voormalige Antillen geldig was (artikelen 2:1 en 2:3);
- de verplichting voor beleggingsinstellingen en hun beheerders en bewaarders, bemiddelaars in effecten, elektronischgeldinstellingen, kredietinstellingen, vermogensbeheerders en verzekeraars om de jaarrekening en het jaarverslag over het afgelopen boekjaar in te dienen bij de bevoegde toezichtautoriteit (artikel 3:35);
- de verplichting voor elektronischgeldinstellingen, kredietinstellingen en verzekeraars om periodieke rapportagestaten in te dienen bij DNB (artikel 3:36).

De kosten die financiële dienstverleners moeten maken om te voldoen aan hun informatieverplichtingen tegenover hun klanten vallen niet onder de definitie van administratieve lasten. Zij worden aangemerkt als overige nalevingskosten en komen in onderdeel c aan de orde. Deze wet brengt geen administratieve lasten voor burgers met zich.

Veranderingen in de administratieve lasten zijn moeilijk te kwantificeren, ook al omdat voor de openbare lichamen een nulmeting ontbreekt. Wel is het mogelijk, met enig voorbehoud, een vergelijking te maken tussen de situatie na invoering van de onderhavige wet en de huidige situatie. Ook nu al is immers toezichtwetgeving van kracht, grotendeels ontleend aan de Nederlands-Antilliaanse wetgeving van voor de staatkundige hervorming. Bij het nu voorliggende wetsvoorstel is ernaar gestreefd de administratieve lasten zo beperkt mogelijk te houden en waar mogelijk zelfs terug te dringen.

De staatkundige hervorming heeft tot gevolg gehad dat de voormalige Nederlandse Antillen zijn ontmanteld en drie nieuwe jurisdicties zijn ontstaan. Een in de openbare lichamen gevestigd bank- of verzekeringskantoor, dat voorheen een filiaal was van een in de Nederlandse Antillen werkzame kredietinstelling of verzekeraar, moet nu formeel worden aangemerkt als bijkantoor van een buitenlandse financiële onderneming. Het bijkantoor valt onder de wetgeving van de openbare lichamen, de hoofdvestiging onder de wetgeving van (doorgaans) Curaçao of Sint Maarten. Waar voorheen één vergunning volstond, is nu tevens een vergunning voor het bijkantoor nodig. Dit is evenwel een consequentie van de nieuwe grenzen tussen de voormalige gebiedsdelen van de Nederlandse Antillen.

De volgende maatregelen beogen ervoor te zorgen dat de geschetste situatie niet tot onnodige administratieve lasten leidt.

- Op de transitiedatum (10 oktober 2010) hebben financiële ondernemingen die voordien vanuit een lokale vestiging in de openbare lichamen actief waren op basis van een door de BNA verleende vergunning, van rechtswege een vergunning gekregen om hun activiteiten te kunnen voortzetten. Deze overgangsregeling gold zowel voor marktpartijen die hun zetel in de openbare lichamen hadden, als voor degenen die op de eilanden actief waren door middel van een bijkantoor. Zij behoefden daarvoor dus geen aanvraag in te dienen. Bij de overgang naar het eindmodel zal in beginsel eenzelfde regeling van toepassing zijn.
- Een financiële onderneming die meerdere vergunningplichtige activiteiten verricht (denk aan een kredietinstelling die tevens bemiddelt in verzekeringen of hypotheek) heeft doorgaans slechts één vergunning nodig. Zij dient wel aan de voor elke activiteit geldende voorschriften te voldoen, maar hoeft slechts eenmaal een vergunningprocedure te doorlopen.

Ook ten aanzien van de rapportageverplichtingen is de inzet erop gericht geen of zo weinig mogelijk nieuwe administratieve lasten op te leggen. Dit wordt als volgt gerealiseerd.

- Er zullen geen aparte rapportageverplichtingen voor bijkantoren gelden: bijkantoren van kredietinstellingen en verzekeraars zullen, net als in de huidige overgangsfase, worden vrijgesteld van (onder andere) de hierboven genoemde rapportageverplichtingen. De cijfers van de bijkantoren worden verwerkt in de rapportages van de hoofdvestiging, die als voorheen kunnen worden ingediend bij de toezichthoudende instantie in het land van zetel (veelal de CBCS).
- Kredietinstellingen en verzekeraars met zetel in de openbare lichamen zullen, net als nu, jaarstukken en periodieke rapportages moeten indienen, zij het niet meer bij de BNA, maar bij DNB. Dit leidt niet tot

een verandering in de administratieve lasten. Zoals eerder opgemerkt wordt door de CBCS en DNB gezamenlijk gewerkt aan een vernieuwing van de rapportagestaten, die tevens moet uitmonden in het gebruik van dezelfde formats voor financiële ondernemingen in Curaçao, Sint Maarten en de openbare lichamen. Dit voorkomt dat marktpartijen die op meerdere markten actief zijn, met verschillende eisen worden geconfronteerd, wat tot een lastenverzwaring zou hebben geleid.

- Beleggingsinstellingen kunnen volstaan met de indiening van jaarstukken en behoeven geen periodieke staten meer in te dienen.
- Assurantiebemiddelaars behoeven ook geen periodieke staten meer in te dienen, en evenmin een jaarrekening. Dergelijke verplichtingen gelden op grond van het wetsvoorstel alleen als dat aangewezen is ter wille van het prudentieel toezicht. Het wetsvoorstel wijkt in dat opzicht af van de in paragraaf 2, onderdeel c, genoemde ontwerp-landsverordening, op grond waarvan alle financiële ondernemingen in de Nederlandse Antillen een jaarrekening en periodieke rapportages zouden moeten indienen.
- Zoals vermeld in paragraaf 3, onderdeel c, vallen administrateurs niet onder de reikwijdte van deze wet. Zij behoeven derhalve geen jaarstukken in te dienen en evenmin een jaarlijks compliance rapport zoals nu nog voorgeschreven in de Wtba BES (artikel 17).

Uit het voorgaande moge blijken dat dit wetsvoorstel in het algemeen niet tot een noemenswaardige lastenverzwaring leidt, en voor sommige categorieën tot een lastenverlichting.

Over de aan het wetsvoorstel verbonden administratieve lasten heeft overleg plaatsgevonden met het Adviescollege toetsing administratieve lasten (Actal). Actal heeft besloten het voorstel voor de Wet financiële markten BES niet te selecteren voor een toets, gelet op het feit dat het voorstel slechts beperkte gevolgen heeft voor de administratieve lasten voor het bedrijfsleven en omdat (zo) goed (mogelijk) is getracht om de minst belastende opties voor wat betreft de administratieve lasten te kiezen.

c. overige nalevingskosten

De overige nalevingskosten zijn de kosten die financiële ondernemingen moeten maken om aan de inhoudelijke eisen van de wet te voldoen. Ook hier doet zich de moeilijkheid voor dat er geen nulmeting bestaat, en dat het alsnog verrichten van een nulmeting voor marktpartijen een belasting bij uitstek zou zijn. Aan afzonderlijke gegevens over de activiteiten op de BES-eilanden bestond voorheen bij hen immers nauwelijks behoefte, zodat zulke gegevens veelal niet voorhanden zijn. De bedoelde overige nalevingskosten zijn daardoor niet goed te kwantificeren. Wel is het mogelijk in kaart te brengen op welke punten sprake is van nieuwe of zwaardere regels, en welke kosten dat eventueel voor de betrokken marktpartijen meebrengt.

- Zoals hiervoor al aan de orde kwam, hebben in de openbare lichamen gevestigde filialen van banken en verzekeraars sinds de staatkundige hervorming de status van bijkantoor en vallen zij als zodanig onder de in de openbare lichamen van kracht zijnde toezichtwetgeving.
- De reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel is ruimer dan die van de bestaande toezichtwetten, waardoor adviseurs, bemiddelaars in andere producten dan verzekeringen, elektronischgeldinstellingen, kredietaanbieders en vermogensbeheerders vergunningplichtig worden en met nieuwe voorschriften te maken krijgen.
- De invoering van nieuwe gedragsregels leidt tot nalevingskosten voor financiële dienstverleners, bijvoorbeeld als gevolg van de informatie

die zij hun klanten moeten verstrekken over hun producten en diensten, en de informatie die zij bij hun klanten moeten inwinnen wanneer zij kredieten verlenen, financiële adviezen geven of vermogens beheren. (Overigens hebben veel marktpartijen op deze onderdelen al een bepaalde praktijk ontwikkeld, al zal deze waarschijnlijk aanscherping of aanpassing behoeven.)

- Kredietinstellingen en verzekeraars moeten rekening houden met aanpassingen op het gebied van het prudentieel toezicht, waarbij voor kredietinstellingen in het bijzonder de introductie van Bazel II en III van belang is en voor verzekeraars (op iets langere termijn) de introductie van Solvency II.

Over de genoemde onderdelen kan het volgende worden opgemerkt. De meeste, of zelfs alle bijkantoren van banken en verzekeraars in de openbare lichamen zijn te klein om in redelijkheid aan alle toezichteisen te kunnen voldoen. Als de rechtspersoon of de hoofdvestiging in het land van de zetel voldoet aan de daar geldende toezichtregels, hoeven die regels in het algemeen niet nog eens aan het bijkantoor te worden opgelegd. Voor wat betreft de eisen inzake financiële waarborgen bepaalt artikel 3:20 dan ook dat het bijkantoor wordt vermoed aan die eisen te voldoen als de desbetreffende kredietinstelling of verzekeraar in het land of de staat van de zetel aan de overeenkomstige eisen voldoet.

De activiteiten die nu nog niet vergunningplichtig zijn, maar dat ingevolge de onderhavige wet wel worden, worden in de praktijk vaak verricht door kredietinstellingen, assurantiebemiddelaars en verzekeraars, die uit hoofde daarvan reeds over een vergunning dienen te beschikken. Voor zover dat niet het geval is zal de desbetreffende onderneming een vergunning dienen aan te vragen en bij haar bedrijfsuitoefening aan de toepasselijke toezichteisen dienen te voldoen. De uitbreiding van de wet is mede bedoeld om voorbereid te zijn op mogelijke nieuwkomers in de markt, die anders gebruik zouden kunnen maken van een lacune in de wetgeving. Vooralsnog is de omvang van de hier bedoelde groep te schatten op niet meer dan een enkele financiële onderneming.

Zowel de voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte, als de introductie van nieuwe gedragsregels heeft te maken met het niveau van consumentenbescherming, dat door deze wet meer in overeenstemming wordt gebracht met dat in het Europese deel van Nederland. Een andere lijn zou niet te verdedigen zijn nu de openbare lichamen inmiddels onderdeel vormen van Nederland. De inwoners van de openbare lichamen hebben er evenals de inwoners van het Europese deel van Nederland recht op goed geïnformeerd te worden, als zij financiële producten aanschaffen of financiële diensten afnemen. Ook zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de financiële dienstverleners met wie zij zaken doen financieel solide zijn, vakbekwame medewerkers hebben en oog hebben voor de belangen van de consument. De hiermee samenhangende nalevingskosten mogen geen reden zijn consumenten in de openbare lichamen een als redelijk te beschouwen bescherming te onthouden. Dit doet er niet aan af dat de regels, overeenkomstig de in paragraaf 3, onderdeel a, geschetste uitgangspunten, proportioneel moeten zijn en niet leiden tot een onnodige cumulatie van voorschriften en verplichtingen voor financiële ondernemingen.

De introductie van Bazel II, en op termijn van Solvency II en Bazel III, is te beschouwen als een noodzakelijke aanscherping van het prudentieel toezicht, waarmee de regels in lijn worden gebracht met internationaal aanvaarde standaarden. Dit biedt verbeterde waarborgen tegen de financiële risico's waarmee kredietinstellingen en verzekeraars worden

geconfronteerd en tegen mogelijke nieuwe markturbulenties. De bijbehorende nalevingskosten zijn hiervan het logische gevolg.

Kwantificering van de hierboven genoemde nalevingskosten is op dit moment niet goed mogelijk. Dit hangt ten dele samen met het al gememoreerde ontbreken van een nulmeting, en tevens met het feit dat een groot deel van de regelgeving die tot nalevingskosten leidt of kan leiden, pas bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt uitgewerkt.

§ 8. Consultatiereacties

Sinds de staatkundige hervorming maken Bonaire, Sint Eustatius en Saba als openbare lichamen deel uit van het Nederlandse staatsbestel. Voor de regulering van de financiële markten in de openbare lichamen is bijzondere wetgeving van kracht, gebaseerd op de voorheen bestaande toezichtlandsverordeningen. Al in een vroegtijdig stadium is onderkend dat het wenselijk zou zijn deze wetgeving binnen een redelijke termijn te vervangen door meer permanente regelingen. In de zomer van 2009 is een consultatiedocument opgesteld waarin de voornemens daartoe zijn neergelegd. Het document bevat een schets op hoofdlijnen van het beoogde eindmodel en de wijzigingen ten opzichte van de huidige wetgeving die noodzakelijk of wenselijk zouden zijn.

Het consultatiedocument is uitgezet bij de representatieve organisaties van marktpartijen in de (toenmalige) Nederlandse Antillen en bij de (toen nog geheten) BNA. De uitkomsten van deze consultatieronde zijn meegenomen bij de voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel. Ook tijdens een in het voorjaar van 2010 in Curaçao gehouden seminar is met genoemde marktpartijen en andere betrokkenen van gedachten gewisseld over het toezicht in de openbare lichamen en de toekomstige inrichting daarvan. In dit wetsvoorstel is zo goed mogelijk rekening gehouden met de uitgewisselde opvattingen en de tot nu toe opgedane kennis over de financiële sector in de openbare lichamen en de positie daarvan binnen de regio en met name in relatie tot Curaçao en Sint Maarten.

Het wetsvoorstel is tot stand gekomen in nauw overleg met DNB en de AFM. Daarnaast is het wetsvoorstel, met de bijbehorende toelichting, ter consultatie voorgelegd aan de CBCS en de hiervoor genoemde representatieve organisaties van marktpartijen. Ook de bestuurscolleges zijn, in overeenstemming met artikel 209, derde lid, van de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba, uitgenodigd commentaar te geven op het wetsvoorstel. De ontvangen consultatiereacties hebben op een aantal plaatsen aanleiding gegeven tot aanpassing of verduidelijking van deze toelichting.

ARTIKELSGEWIJS

Hoofdstuk 1. Algemene bepalingen

§ 1.1 Inleidende bepalingen

Artikel 1:1 (begripsbepalingen)

De in deze wet gehanteerde definities zijn opgenomen in artikel 1:1 voor zover ze van belang zijn voor een goed begrip van de wet als geheel. In enkele gevallen zijn, om artikel 1:1 niet onnodig lang te maken, definities die uitsluitend relevant zijn binnen een bepaald hoofdstuk aan het begin van het desbetreffende hoofdstuk opgenomen.

Aanbieden is een begrip dat op veel plaatsen in de wet wordt gebruikt om de activiteiten van de verschillende categorieën financiële ondernemingen aan te duiden. Veel van de bepalingen in de onderhavige wet hebben betrekking op het aanbieden van financiële producten (zie aldaar). Het tweede deel van de definitie ziet specifiek op het aanbieden van effecten. De regels dienaangaande zijn te vinden in paragraaf 5.4.

Adviseren en *adviseur* zijn begrippen die niet voorkomen in de huidige toezichtwetten. De definities zijn ontleend aan de Wft, evenwel zonder de onderverdeling in de Wft-definitie van *adviseren*, die in de context van deze wet geen functie heeft. Aangezien effecten niet als financiële producten in de zin van dit wetsvoorstel worden aangemerkt, worden zij in de definitie van *adviseren* apart genoemd. *Adviseren* kan dus zowel betrekking hebben op financiële producten als op effecten.

De definities van *beheerder*, *beleggingsfonds*, *beleggingsinstelling* en *beleggingsmaatschappij* zijn inhoudelijk gelijk aan de overeenkomstige definities in de Wtba BES en in de Wft. De afwijkingen zijn van redactionele aard.

Veel van de regels voor bemiddelaars hebben betrekking op bemiddeling in alle producten, zowel financiële producten als effecten. Dit wordt weerspiegeld in de definities van *bemiddelaar* en *bemiddelen*. Effectenbemiddelaars vallen in dit wetsvoorstel dan ook onder de regulering voor bemiddelaars. Het gaat dan om het in de uitoefening van een beroep of bedrijf voor rekening van een cliënt ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot effecten. Voor vermogensbeheer of advisering in effecten is een separate vergunning vereist.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat iemand die bemiddelt voor een andere bemiddelaar, en in die hoedanigheid werkzaamheden verricht gericht op de totstandkoming van overeenkomsten inzake financiële producten, de totstandkoming van effectentransacties dan wel het beheer of de uitvoering van zulke overeenkomsten of transacties, ook zelf kwalificeert als bemiddelaar. Alle bepalingen ten aanzien van bemiddelen en de bemiddelaar, waaronder de vergunningplicht en de relevante gedragsnormen, zijn dan ook evenzeer van toepassing op de onderbemiddelaar. De verhouding tussen de bemiddelaar en de onderbemiddelaar is geregeld in artikel 4:41.

Het begrip *bijkantoor* wordt ook in de bestaande toezichtwetten gebruikt, evenwel zonder begripsomschrijving. De voorgestelde definitie is afgeleid van die volgens de Wft, met achterwege laten van het daarin gemaakte onderscheid tussen verschillende categorieën financiële ondernemingen, dat in de onderhavige context niet relevant is.

Onder *buitenland* dient in deze wet mede te worden verstaan een ander land in het Koninkrijk, dan wel het Europese deel van Nederland. Dit laatste heeft te maken met het feit dat de openbare lichamen en de rest van Nederland, hoewel onderdelen van hetzelfde staatsbestel, gescheiden jurisdicties zijn. Een op grond van de onderhavige wet verleende vergunning geeft geen toegang tot de financiële markten in het Europese deel van Nederland, net zo min als een Wft-vergunning toegang geeft tot de financiële markten in de openbare lichamen. Vergunningaanvragen worden over en weer behandeld als afkomstig van een buitenlandse aanvrager.

In deze wet wordt, net als in de Wft, onderscheid gemaakt tussen de *consument* en *cliënt*. Veel van de voorgestelde nieuwe gedragsregels zijn (alleen) van toepassing als de financiële onderneming of financiële dienst-

verlener een financieel product aanbiedt of een financiële dienst verleent aan een consument: een natuurlijke persoon die niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt. Sommige gedragsregels hebben echter een ruimer toepassingsbereik. Bepalingen die betrekking hebben op verzekeringen of rechten van deelneming in beleggingsinstellingen, respectievelijk op het bemiddelen in en het adviseren over effecten, beogen niet alleen de consument een bepaalde bescherming te bieden, maar ook natuurlijke personen die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen en rechtspersonen die niet zijn aan te merken als professionele marktpartij. In die gevallen wordt in deze wet, in navolging van de Wft, het begrip cliënt gehanteerd.

De definities van *effecten* en *effectenbeurs* zijn gelijk aan die volgens de Wte BES. Door aan te sluiten bij de bestaande definities is sprake van nauwe afstemming met de regulering in Curaçao en Sint Maarten. Dit is te meer van belang aangezien de effectenhandel in de voormalige Nederlandse Antillen zich, mede door de oprichting van de Dutch Caribbean Securities Exchange, in Curaçao concentreert. Het begrip *effecten* in de zin van deze wet omvat mede opties, futures en soortgelijke instrumenten en sluit daarmee qua reikwijdte aan bij het brede, aan het Europese recht ontleende begrip financieel instrument zoals dat in de Wft wordt gehanteerd.

Elektronisch geld en *elektronischgeldinstelling* zijn begrippen die niet in de bestaande toezichtwetten voorkomen. De definities zijn overgenomen uit de Wft. Om te kwalificeren als elektronischgeldinstelling moet elektronisch geld onmiddellijk na ontvangst van de gelden worden uitgegeven. Hiermee wordt benadrukt dat bij de uitgifte van elektronisch geld geen sprake is van het ter beschikking krijgen van al dan niet op termijn opvorderbare gelden, maar van het wisselen van het ene betaalmiddel in het andere.

Externe deskundige is de Antilliaanse benaming voor een accountant die voldoet aan de in artikel 121 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek BES (BW BES) genoemde kwaliteitswaarborgen.

Financieel product en *financiële dienst* zijn centrale begrippen in deze wet, die tezamen bepalend zijn voor de reikwijdte van het gedragstoezicht. De definitie van *financieel product* werkt door in de definities van aanbieden, adviseren en bemiddelen, en langs die weg ook in het begrip *financiële dienst*. De definitie van *financieel product* is, hoewel de formulering op enkele punten afwijkt, grotendeels gelijk aan de definitie in de Wft, met dien verstande dat het onderdeel beleggingsobject ontbreekt (in deze wet is vooralsnog afgezien van het reguleren van beleggingsobjecten). Voorts is ervoor gekozen effecten niet aan te merken als financieel product. Dit heeft ermee te maken dat voor het aanbieden van effecten andere regels zullen gelden (zie paragraaf 5.4) dan voor het aanbieden van financiële producten (zie met name paragraaf 5.1). Voor de duidelijkheid zij opgemerkt dat een recht van deelneming in een beleggingsinstelling wel een financieel product in de zin van dit wetsvoorstel is. De toepasselijke regels zijn in dit geval dan ook te vinden in paragraaf 5.1 en, waar het gaat om beleggingsinstellingen in meer specifieke zin, in paragraaf 4.1. Een samenstel van twee of meer andere financiële producten kwalificeert ook als financieel product. Datzelfde geldt voor een samenstel van een financieel product en effecten.

Onder het verlenen van een *financiële dienst* wordt verstaan: adviseren en bemiddelen, en daarnaast het optreden als vermogensbeheerder. Gevolg is dat de regels in hoofdstuk 5, voor zover gericht tot financiële dienstverleners, behalve op aanbieders van financiële producten van toepassing

zijn op alle genoemde activiteiten. Adviseurs, bemiddelaars, gevolmachtigde en ondergevolmachtigde agenten en vermogensbeheerders dienen zich bijvoorbeeld te houden aan de regels in paragraaf 5.1 inzake een zorgvuldige behandeling van de consument of cliënt, informatieverstrekking en klachtbehandeling.

Financiële onderneming is de verzamelterm voor alle entiteiten die de in artikel 2:1 en 2:3 genoemde activiteiten verrichten en die, voor zover de plaats waar of van waaruit zij dat doen binnen de reikwijdte van die artikelen valt, dienen te beschikken over een vergunning van DNB dan wel de AFM om in de openbare lichamen actief te mogen zijn. Aan een dergelijke verzamelterm bestaat behoefte omdat veel bepalingen in deze wet een brede reikwijdte hebben. Om diezelfde reden worden ook trustkantoren als financiële onderneming in de zin van deze wet aange-merkt. Regels inzake (bijvoorbeeld) de betrouwbaarheid en deskundigheid van beleidsbepalers en medebeleidsbepalers en de bedrijfsvoering gelden ook voor trustkantoren. Aangezien trustkantoren geen financiële producten aanbieden of financiële diensten verlenen zijn de desbetreffende bepalingen uiteraard op deze categorie niet van toepassing.

De Wtk BES is (via de Aanpassingswet Bonaire, Sint Eustatius en Saba) zo aangepast dat ook *geldtransactiekantoren* onder de reikwijdte van die wet vallen. De definities van *geldtransactie* en *geldtransactiekantoor* zijn, behoudens redactionele aanpassingen, overgenomen uit die wet. Een geldtransactiekantoor houdt zich bezig met het beroeps- of bedrijfsmatig uitvoeren van geldtransacties of het verrichten van werkzaamheden, gericht op de totstandkoming van zulke transacties. Het tweede deel van deze omschrijving verwijst naar de volgende activiteiten: het op eigen naam maar voor rekening en risico van derden verrichten van geldtransacties; het op naam en voor rekening en risico van derden verrichten van geldtransacties; het als gevolmachtigde voor derden aanbrengen van geldtransacties bij geldtransactiekantoren; en het aanbrengen van derden bij geldtransactiekantoren. Dit houdt in dat tussenpersonen, intermediairs en agenten die voor een geldtransactiekantoor ten behoeve van of op verzoek van derden geldtransacties uitvoeren of overeenkomsten afsluiten, ook als dat niet hun hoofdactiviteit is, zelf eveneens als geldtransactiekantoor kwalificeren.

Een *gevolmachtigd agent* is een gevolmachtigde vertegenwoordiger van een verzekeraar die, op grond van zijn volmacht, voor rekening van die verzekeraar het verzekeringbedrijf uitoefent. De gevolmachtigde agent kan niet gelijkgesteld worden met een bemiddelaar. Een gevolmachtigde agent is immers anders dan een bemiddelaar bevoegd om namens de verzekeraar verzekeringen te sluiten. Denkbaar is dat een verzekeraar die niet in de openbare lichamen gevestigd is, zijn verzekeringen via een lokale gevolmachtigde agent aanbiedt. Regels inzake de volmacht zijn opgenomen in artikel 4:47. De gevolmachtigde agent kan op zijn beurt een ondervolmacht afgeven: zie de definitie van ondergevolmachtigde agent. Artikel 4:46 ziet op de verhouding tussen de verzekeraar en de gevolmachtigde agent, respectievelijk op die tussen de gevolmachtigde agent en diens ondergevolmachtigde agent.

De definitie van *groep* komt grotendeels overeen met die volgens artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, met dien verstande dat rekening is gehouden met de mogelijkheid dat natuurlijke personen deel uitmaken van de groep. Dit houdt verband met het feit dat het groepsbegrip in deze wet mede wordt gebruikt in relatie tot een groep trustkantoren (zie artikel 2:2). Trustdiensten kunnen, behalve bedrijfsmatig, ook beroepsmatig door natuurlijke personen worden verleend.

Bij gebreke van een definitie van *krediet* in de Wtk BES is de voorgestelde definitie gebaseerd op die in de Wft. De definitie omvat zowel geldkrediet als goederenkrediet. Bij een geldkrediet ontvangt de consument (kredietnemer) een geldsom die hij gehouden is in een of meer termijnen terug te betalen. Bij een goederenkrediet ontvangt de consument het genot van een roerende zaak – bijvoorbeeld een auto of een televisie – dan wel een geldsom waarmee hij die roerende zaak kan aanschaffen. Ook dan is hij gehouden het geleende al dan niet in termijnen terug te betalen.

In deze wet worden regels gesteld met betrekking tot het aanbieden van krediet. In verband daarmee wordt het begrip *kredietaanbieder* gehanteerd. De definitie spreekt voor zichzelf.

De definitie van *kredietinstelling* komt overeen met die van bank volgens de Wft. De voorgestelde definitie wijkt af van die in de Wtk BES doordat deze zich aan de passiefkant beperkt tot het ter beschikking verkrijgen, buiten besloten kring, van opvorderbare gelden van het publiek. De definitie volgens de Wtk BES is op drie punten ruimer: 1) doordat daarin sprake is van «*in belangrijke mate* haar bedrijf maakt van»; 2) doordat de beperking tot «*anderen dan professionele marktpartijen*» ontbreekt; en 3) doordat gelden ook kunnen worden aangetrokken «*tegen uitgifte van een of meer soorten schuldbewijzen*». Als gevolg van deze ruime definitie zou een kredietaanbieder al snel tevens als kredietinstelling kwalificeren, ook als er geen noodzaak is van crediteurenbescherming.

Er is van afgezien een definitie op te nemen van het begrip «besloten kring». Dit begrip is een element van de definitie van kredietinstelling, en komt tevens voor in artikel 2:22 (verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden door anderen dan kredietinstellingen) en in artikel 5:19 (verbod op het aanbieden van effecten tenzij een prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld). Besloten kring dient in het kader van de onderhavige wet te worden uitgelegd in de context van de openbare lichamen, rekening houdend met de bevolkingsomvang en de sociale en maatschappelijke structuren op de eilanden. Het begrip heeft in die context een eigen betekenis, die mogelijk niet geheel overeenkomt met de definitie in de Wft. Opgemerkt zij overigens nog dat de definitie in de Wft alleen betrekking heeft op het aantrekken van opvorderbare gelden, en niet op het aanbieden van effecten.

Het voorgaande neemt niet weg dat de betrokken toezichtautoriteit, wanneer zij in een concreet geval dient te besluiten of al dan niet sprake is van een besloten kring, mede te rade zal gaan bij de Wft-definitie en de daarin onderscheiden (cumulatieve) criteria, te weten:

- de kring, bestaande uit natuurlijke personen of rechtspersonen, is nauwkeurig omschreven;
- de toetredingscriteria zijn vooraf bepaald en toetsbaar, en personen die niet tot de kring behoren kunnen niet eenvoudig toetreden;
- de tot de kring behorende personen staan in een zodanige rechtsbetrekking tot degene die opvorderbare gelden vraagt of verkrijgt (respectievelijk tot de aanbieder van de effecten), dat zij redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van diens financiële toestand (respectievelijk in staat zijn het aanbod te beoordelen).

Daarnaast, en zo nodig in afwijking van de genoemde criteria, zal de toezichtautoriteit rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval, binnen de context van de openbare lichamen.

De definities van *levensverzekeraar* en *levensverzekering* sluiten aan bij de terminologie van de Wtv BES, zij het dat daarin niet het begrip levensverzekering wordt gebruikt maar overeenkomst van levensverze-

kering, en niet levensverzekeraar maar verzekeraar en levensverzekeringsbedrijf. Inhoudelijk maakt dat geen verschil.

De definitie van *natura-uitvaartverzekering* is ontleend aan de Wtv BES (artikel 8). De definitie van *natura-uitvaartverzekeraar* sluit daarbij aan.

Een *ondergevolmachtigde agent* sluit voor rekening van een verzekeraar verzekeringen met cliënten op grond van een door een gevolmachtigde agent afgegeven ondervolmacht. Voor het niveau van consumentenbescherming maakt het niet uit of de verzekering wordt afgesloten bij een gevolmachtigde dan wel een ondergevolmachtigde agent.

Het begrip *opvorderbare gelden* wordt in de Wtk BES niet gedefinieerd. De voorgestelde definitie komt overeen met die volgens de Wft.

De definitie van *premie* komt overeen met die volgens de Wtv BES. Het wetsvoorstel bevat een aantal bepalingen die betrekking hebben op verzekeringspremies, waaronder artikel 3:19, tweede lid, op grond waarvan een levensverzekeraar zijn premies op adequate wijze dient vast te stellen, en de artikelen 4:44 en 4:45, die een regeling bevatten inzake de incasso van verzekeringspremies.

Het begrip *professionele marktpartij* speelt een rol in de definities van cliënt en kredietinstelling, en in het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden (artikel 2:22). De achterliggende gedachte is daarbij steeds dezelfde: wanneer een financieel product wordt aangeboden of een financiële dienst wordt verleend aan een professionele marktpartij, of wanneer opvorderbare gelden worden aangetrokken van een professionele marktpartij, is er geen noodzaak voor (consumenten)beschermende regulering. Kenmerkend voor een professionele marktpartij is dat deze in staat is zelfstandig financiële producten en diensten te beoordelen en daarover besluiten te nemen. Dit geldt voor de in de definitie genoemde categorieën financiële ondernemingen, en daarnaast voor pensioenfondsen en eventueel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere partijen, zoals grote ondernemingen.

Voor *schadeverzekeraar* en *schadeverzekering* geldt mutatis mutandis hetzelfde als hiervoor is opgemerkt ten aanzien van levensverzekeraar en levensverzekering. Een schadeverzekering is een verzekeringsovereenkomst die niet een levensverzekering of een natura-uitvaartverzekering is, met inbegrip van ongevallenverzekering.

Dat voor *staat van zetel* een definitie is opgenomen heeft te maken met het feit dat het begrip staat in de gewoonlijke betekenis niet toereikend is om recht te doen aan de gewijzigde staatkundige verhouding binnen het koninkrijk. De definitie verduidelijkt dat in deze wet onder staat (van zetel) mede de landen van het Koninkrijk of, in het geval van Nederland, de openbare lichamen (die tezamen het Caribisch deel van Nederland vormen) dan wel het Europese deel van Nederland dienen te worden verstaan.

DNB en de AFM zijn de *toezichtautoriteiten* die belast zijn met de uitvoering of handhaving van het in deze wet bepaalde. Voor buitenlandse instanties met een soortgelijke taak wordt de term *toezichthoudende instantie* gebruikt. DNB en de AFM zijn geen toezichthoudende instantie, ook niet wanneer zij taken uitoefenen uit hoofde van de Wft of een andere Europees-Nederlandse toezichtwet. Daarmee wordt bereikt dat geen onnodige belemmeringen worden opgeworpen, in de vorm van Chinese walls of anderszins, ten aanzien van de informatie-uitwisseling binnen de

beide toezichtautoriteiten. Een dergelijke scheiding is ook tussen andere toezichtwetten niet gebruikelijk.

De definitie van *trustdienst* is ten opzichte van de Wtt BES meer in lijn gebracht met de (Europees-Nederlandse) Wet toezicht trustkantoren (Wtt). Daarbij is inhoudelijk aangesloten bij de herziene formulering in de bij de Tweede Kamer aanhangige Wijzigingswet financiële markten 2010.¹ Conform Nederlands-Antilliaans recht is de Wtt BES nog beperkt tot dienstverlening aan zogenoemde buitengaatse ondernemingen, verricht door een ingezetene van een openbaar lichaam. In lijn met de Wtt voorziet dit voorstel in een ruimere definitie, zonder die beperkingen. Deze aanpassing strookt met de reikwijdte van de FATF-aanbevelingen. Daarbij is ten opzichte van de Wtt een beknoptere formulering gehanteerd. Zo is onder 2° het begrip «administratieve of adviserende werkzaamheden» gehanteerd in plaats van de opsomming ter zake in de Wtt. De definitie van *trustkantoor* behoeft geen nadere toelichting.

De definitie van *uitgevende instelling* komt overeen met die volgens de Wft. Dit begrip is met name van belang voor paragraaf 5.4 inzake het aanbieden van effecten en is tevens onderdeel van de definitie van voorwetenschap in artikel 5:24.

Onder *vermogensbeheerder* in de zin van deze wet wordt verstaan degene die individuele vermogens in effecten beheert. De definitie is inhoudelijk gelijk aan die volgens de Wft. Aangezien het optreden als vermogensbeheerder is begrepen in de definitie van financiële dienst, zijn de tot financiële dienstverleners gerichte bepalingen tevens van toepassing op vermogensbeheerders.

De definities van *vestiging* en *zetel* luiden conform de Wft en behoeven geen verdere toelichting.

Artikel 1:2 (toepassingsbereik)

Het onderhavige artikel regelt dat de wet van toepassing is in de openbare lichamen. De noodzaak voor deze bepaling vloeit voort uit artikel 2 van de IBES, waarin is geregeld dat een wettelijke regeling, om te gelden in de openbare lichamen, uitdrukkelijk moet bepalen dat zij van toepassing of mede van toepassing is in de openbare lichamen.

Artikel 1:3 (uitzonderingen)

Deze wet is niet van toepassing op de in het eerste lid, genoemde instellingen (vergelijk de artikelen 5a en 6 van de Wtv BES). Het tweede lid bepaalt voor alle duidelijkheid dat DNB geen financiële onderneming is in de zin van deze wet (vergelijk artikel 1, tweede lid, van de Wtk BES). Pensioenfondsen oefenen het verzekeringsbedrijf uit, maar zij doen dat binnen het raamwerk van de Pensioenwet BES en behoren in die zin niet tot de financiële marktsector. Zij worden daarom voor de toepassing van de onderhavige wet niet als verzekeraar aangemerkt (derde lid). Ingevolge het vierde lid kunnen nog andere categorieën ondernemingen geheel of gedeeltelijk van de toepassing van de wet worden uitgezonderd.

Artikel 1:4 (rechtsgeldigheid privaatrechtelijke rechtshandelingen)

Dit artikel is gelijk aan artikel 1:23 van de Wft, dat antwoord geeft op de vraag of de financiële toezichtwet de strekking heeft om ermee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Bij de totstandkoming van de Wft is besloten tot de hoofdregel dat rechtshandelingen die worden verricht in

¹ Kamerstukken II 2008/09, 32 036, nr. 2.

strijd met de van toepassing zijnde toezichtregels uit dien hoofde niet aantastbaar zijn. Alleen in bepaalde, bij wet te regelen gevallen is er aanleiding op deze hoofdregel een uitzondering te maken. Nu ten aanzien van dit onderwerp in de Wft een duidelijke keuze is gemaakt, ligt het voor de hand in de onderhavige wet dezelfde lijn te volgen.

§ 1.2 De toezichtautoriteiten

Artikelen 1:5 en 1:6 (taakstelling DNB en AFM)

De artikelen 1:5 en 1:6 geven aan waar het prudentieel toezicht en het gedragstoezicht op zijn gericht, waarbij in de eerste leden van de artikelen de doelstellingen van het prudentieel toezicht en het gedragstoezicht worden vermeld. De prudentiële toezichtregels bestaan vooral uit bedrijfseconomische normen. Hiertoe behoren onder andere de solvabiliteit- en liquiditeitsvereisten, de eisen voor de technische voorzieningen van verzekeraars en de aanvullende prudentiële eisen voor kredietinstellingen en verzekeraars die deel uitmaken van een groep. De gedragsregels scheppen in de eerste plaats voorwaarden voor marktplaatsen waar vraag en aanbod bijeen kunnen komen (ordelijkheid). Voor een efficiënte financiële markt is het vervolgens van belang dat iedere deelnemer toegang heeft tot de relevante informatie om beslissingen te nemen (transparantie) en dat er regels zijn op basis waarvan deelnemers overeenkomsten met elkaar kunnen aangaan en regels die bijdragen aan het bereiken van marktevenwicht (zuivere verhoudingen).

DNB beslist over de markttoegang van financiële ondernemingen waarop toezicht wordt uitgeoefend dat voornamelijk prudentieel van aard is (artikel 1:5, derde lid) en de AFM over de markttoegang van financiële ondernemingen waarop voornamelijk gedragstoezicht wordt uitgeoefend (artikel 1:6, derde lid). Voorts beslist DNB in navolging van de praktijk in het Europese deel van Nederland over de markttoegang van financiële ondernemingen waarop voornamelijk integriteitstoezicht wordt uitgeoefend (geldtransactiekantoren en trustkantoren). DNB beslist dus over de markttoegang van bijvoorbeeld kredietinstellingen, verzekeraars en trustkantoren en de AFM over de markttoegang van bijvoorbeeld adviseurs, bemiddelaars en vermogensbeheerders. DNB is tevens verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de artikelen 2:21 (verbod op het gebruik van het woord bank), 2:22 (verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden) en 2:23 (notificatieplicht voor dienstverrichtende verzekeraars).

Bij de beslissing over markttoegang moet in bepaalde gevallen de bevoegde toezichtautoriteit advies vragen aan de andere toezichtautoriteit (artikel 1:14). Zo moet DNB advies vragen aan de AFM als zij in het kader van de markttoegang moet beoordelen of een financiële onderneming zal voldoen aan een typische gedragseis (artikel 1:14, eerste lid). Andersom moet de AFM advies aan DNB vragen als zij in het kader van de markttoegang moet beoordelen of een financiële onderneming zal voldoen aan een eis van prudentiële aard (artikel 1:14, tweede lid).

De toezichtautoriteit die beslist over de markttoegang van een financiële onderneming, oefent in beginsel ook het toezicht uit op de naleving van het bij of krachtens dit wetsvoorstel bepaalde voor die onderneming. (Denk bijvoorbeeld aan de voorschriften inzake bestuur, inrichting en bedrijfsvoering in paragraaf 3.2.) Dit lijdt alleen uitzondering als het desbetreffende toezicht op het terrein ligt van de andere toezichtautoriteit (artikel 1:5, derde lid jo. artikel 1:6, tweede lid, en artikel 1:6, derde lid jo. artikel 1:5, tweede lid). Dit is een uitvloeisel van het feit dat het toezicht in dit wetsvoorstel, net als in de Wft, functioneel in plaats van sectoraal is

ingericht. Het functionele toezichtmodel houdt in dat DNB in den brede verantwoordelijk is voor het prudentieel toezicht en de AFM voor het gedragstoezicht. Dit is neergelegd in het tweede lid van de artikelen 1:5 en 1:6. Het voorgaande houdt dus bijvoorbeeld in dat DNB het in artikel 1:5, tweede lid, neergelegde prudentieel toezicht uitoefent op zowel kredietinstellingen als vermogensbeheerders en dat de AFM het in artikel 1:6, tweede lid, neergelegde gedragstoezicht uitoefent op beide soorten ondernemingen.

Artikel 1:7 (bevoegdheid inlichtingen te vorderen)

Op grond van artikel 1:7, eerste lid, kan de toezichtautoriteit van een ieder inlichtingen vorderen voor zover dat nodig is voor de vervulling van een haar in deze wet opgedragen taak of voor de uitvoering van verdragen, bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties of met buitenlandse toezichthoudende instanties gesloten overeenkomsten tot uitwisseling van gegevens of inlichtingen. Deze bevoegdheid moet onderscheiden worden van de in artikel 7:8 van dit wetsvoorstel opgenomen bevoegdheid van toezichthouders om inlichtingen te vorderen. Toezichthouders zijn de ingevolge artikel 7:4 bij besluit van de toezichtautoriteit aangewezen personen die belast zijn met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens deze wet bepaalde, oftewel: de bij besluit aangewezen medewerkers van de toezichtautoriteit. Het eerste lid van artikel 1:7 heeft betrekking op de toezichtautoriteit zelf.

De bevoegdheid van de toezichtautoriteit tot het vorderen van inlichtingen is niet onbeperkt. De toezichtautoriteit dient daarbij het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. In de aanhef van het eerste lid wordt dit tot uitdrukking gebracht door de zinsnede «voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor». Uit het evenredigheidsbeginsel vloeit voort dat de toezichtautoriteit haar bevoegdheid op de voor een persoon minst belastende wijze moet uitoefenen.

De verplichting tot medewerking is geregeld in het tweede lid. De zinsnede «binnen de door haar gestelde redelijke termijn» is opgenomen om te bewerkstelligen dat de toezichtautoriteit steeds een duidelijke termijn stelt binnen welke de betrokken persoon aan de toezichtvordering moet voldoen. Het tweede lid beoogt alle denkbare vormen van medewerking te omvatten, echter wel met de beperking dat de medewerkingsplicht alleen geldt als deze verband houdt met de uitoefening van de in het eerste lid bedoelde, wettelijk toegekende, inlichtingenbevoegdheid.

Het derde lid ontheft in het bijzonder artsen, advocaten, notarissen en geestelijken van de medewerkingsplicht, bedoeld in het tweede lid.

Artikel 1:8 (begroting, verantwoording en jaarverslag)

DNB dient jaarlijks een begroting, een verantwoording en een jaarverslag op te stellen op grond van het eerste lid en de AFM een begroting, een jaarrekening en een jaarverslag op grond van het tweede lid. De verdere uitwerkingen van deze verplichtingen zijn te vinden in de artikelen uit de Wft die in het eerste en het tweede lid van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Voor de begroting van DNB en de AFM betreft dat de artikelen 1:30 tot en met 1:32, voor de jaarrekening van de AFM artikel 1:33, voor de verantwoording van DNB artikel 1:34 en voor het jaarverslag van DNB en de AFM artikel 1:36. Voor de toelichting bij deze artikelen wordt verwezen naar de toelichting bij de Wft.

In het derde lid wordt beroep tegen besluiten van de minister inzake instemming met de begroting, de jaarrekening of de verantwoording uitgesloten. Een beroepsgang past niet in de begroting- en verantwoordingscyclus. Zo moet een begroting worden ingediend voor 1 december van het jaar voorafgaand aan het begrotingsjaar. In de loop van de maand december beslist de minister vervolgens of hij in zal stemmen. Zou er tegen de negatieve beslissing van de minister beroep openstaan, dan zou het tot ver in begrotingsjaar kunnen duren alvorens er duidelijkheid bestaat, onder meer bij de sector, over de rechtmatigheid van het besluit inzake instemming. Daarnaast past het niet bij de interbestuurlijke verhouding tussen de minister en de toezichtautoriteiten om een conflict over de instemming met de begroting, de jaarrekening of de verantwoording voor te leggen aan een rechter. Volgens vaste praktijk vindt er nauwgezet informeel overleg plaats over een ontwerp van de begroting, de jaarrekening of de verantwoording, alvorens het document wordt vastgesteld en ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de minister. Eventuele verschillen van inzicht over de begroting, de jaarrekening of de verantwoording kunnen in die voorbereidingsfase al aan de orde komen en tot een voor beide bestuursorganen bevredigende oplossing worden gebracht. Mocht dit laatste niet lukken, dan is het de minister die bij zijn besluitvorming inzake instemming de knoop doorhakt.

Overigens toetst de minister de vastgestelde begroting, jaarrekening of verantwoording uitsluitend met het oogmerk om na te gaan of er sprake is van strijd met het recht of het algemeen belang. De instemming van de minister met de begroting, de jaarrekening of de verantwoording is van groot belang voor de doorberekening van de toezichtkosten (artikel 1:10). Het is van belang om de behandeling van bedenkingen tegen de hoogte van de door te berekenen kosten zoveel mogelijk te concentreren in één beroepsgang: die van de beschikking. Een afzonderlijke beroepsgang tegen de instemmingbeslissing zou ertoe leiden dat bedenkingen van onder toezicht staande ondernemingen in twee in plaats van in één beroepsgang aan de orde kunnen worden gesteld. Vanuit het oogpunt van efficiënte bestuursrechtelijke procedures is dat niet wenselijk.

De inrichting van het bestuur en de Raad van Commissarissen wordt voor de AFM geregeld in de Wft en voor DNB in de Bankwet 1998 en in de statuten van DNB, en hoeft dus niet nogmaals in dit wetsvoorstel opgenomen te worden. Hetzelfde geldt voor de eis dat de toezichtautoriteit een voorgenomen statutenwijziging ter instemming moet voorleggen aan de minister. Dit is reeds opgenomen in artikel 1:37 van de Wft en behoeft geen herhaling in dit wetsvoorstel.

Artikel 1:9 (zorgvuldige taakuitvoering)

De toezichtautoriteiten zijn gehouden de aan hen opgedragen taken op zorgvuldige wijze uit te voeren. Artikel 1:9 draagt aldus bij aan de kwaliteit van het handelen van de toezichtautoriteit en aan de kwaliteit van de relatie van de toezichtautoriteit met de onder toezicht staande ondernemingen en met het publiek. Een ieder die in aanraking komt met een van beide toezichtautoriteiten dient in de gelegenheid te zijn daarover opmerkingen te maken en voorstellen ter verbetering van werkwijzen of procedures te doen, bijvoorbeeld via een daarvoor bij de toezichtautoriteit beschikbaar emailadres (tweede lid). De toezichtautoriteit dient in het jaarverslag melding te maken van hetgeen door haar ter uitvoering van haar taken uit hoofde van deze wet is verricht (derde lid). Vertrouwelijke gegevens zullen, vanwege de geheimhoudingsplicht, niet in het jaarverslag worden opgenomen.

Artikel 1:10 (doorberekening toezichtkosten)

Marktpartijen kunnen met twee soorten heffingen te maken krijgen. Voor het aanvragen van een beschikking, zoals een vergunning, is een vergoeding verschuldigd waarvan de hoogte bij ministeriële regeling wordt vastgesteld. Daarnaast kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat marktpartijen voor het doorlopend toezicht een jaarlijks terugkerende vergoeding zijn verschuldigd. De intentie is daarbij zoveel mogelijk aan te sluiten bij de systematiek en tarieven die gehanteerd worden door de CBCS. Het is immers van belang, zoals eerder is toegelicht, dat de toezichtregimes van Curaçao en Sint Maarten enerzijds en de openbare lichamen anderzijds zoveel mogelijk op elkaar zijn afgestemd vanwege de verwevenheid van de financiële markten en het behoud van een gelijk speelveld. Het voorgaande leidt ertoe dat de kosten van het door DNB en de AFM uit te oefenen toezicht slechts ten dele worden doorberekend aan onder toezicht staande instellingen. Het niet door te berekenen deel van de toezichtkosten komt voor rekening van de Staat. De toepasselijke tarieven zullen bij ministeriële regeling worden vastgesteld. Daarbij kan tevens worden bepaald dat de vergoeding voor het aanvragen van (bijvoorbeeld) een vergunning bij vooruitbetaling verschuldigd is.

Artikel 1:11 (inlichtingenrecht minister i.v.m. beleidsvoornemens)

Artikel 1:11 betreft een zogenoemde uitvoerbaarheidstoets. De uitvoerbaarheid is een aspect dat nadrukkelijk bij de voorbereiding van regelgeving dient te worden betrokken. Waar het gaat om voorgenomen wettelijke voorschriften waarin de taak van de toezichtautoriteit wordt gewijzigd of uitgebreid, is de betrokkenheid van de toezichtautoriteit onontbeerlijk bij een goede beoordeling van de uitvoerbaarheid. Dit artikel regelt dat de toezichtautoriteit gehouden is desgevraagd een oordeel te geven over de uitvoerbaarheid van dergelijke voorgenomen wettelijke voorschriften en beleidsvoornemens. De verplichting laat uiteraard de in paragraaf 1.4 van dit wetsvoorstel opgenomen geheimhoudingsbepalingen onverlet.

Artikel 1:12 (onderzoek naar toereikendheid of uitvoering van de wet)

Het onderhavige artikel regelt de verplichting van de toezichtautoriteit om de minister desgevraagd de gegevens en inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor een onderzoek naar de toereikendheid van deze wet of de wijze waarop de toezichtautoriteit deze wet uitvoert. De verplichting tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen aan de minister is niet algemeen van aard. De geheimhoudingsplicht van artikel 1:20, eerste lid, staat daaraan in de weg. Het eerste lid bevat daarom een restrictieve verplichting voor de toezichtautoriteit tot het verstrekken van gegevens en inlichtingen. Gegevens die niet vallen onder de geheimhoudingsplicht, bedoeld in artikel 1:20, eerste lid, moeten zonder meer door de toezichtautoriteit aan de minister worden verstrekt. Als de minister vraagt naar gegevens of inlichtingen die wel onder de geheimhoudingsbepaling vallen, dan mogen de gegevens of inlichtingen niet worden verstrekt als deze voldoen aan de criteria zoals opgenomen in de onderdelen a en b van het eerste lid. De uitzondering van het eerste lid, onderdeel a, geldt weer niet als het gegevens betreft die betrekking hebben op of herleidbaar zijn tot een financiële onderneming waarvan de vergunning is ingetrokken, ten aanzien waarvan de noodregeling is uitgesproken, die failliet is verklaard of is ontbonden (tweede lid).

Omdat de gegevens die de minister of een in zijn opdracht werkende derde uit hoofde van dit artikel onder zich heeft, niet bekend mogen worden aan derden, wordt in het vierde lid – in aansluiting bij de Wft – bepaald dat de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), de Wet openbaarheid van bestuur BES, de Wet Nationale ombudsman (WNo) en titel 9.2 van de Awb niet van toepassing zijn op bedoelde gegevens. Dat in deze opsomming ook de Nederlandse Wob wordt genoemd, hangt samen met het feit dat DNB en de AFM hun zetel in het Europese deel van Nederland hebben. Opgemerkt zij nog dat ook het Besluit bestuursorganen WNo en Wob zal worden aangepast, opdat DNB en de AFM ook voor wat betreft hun taken op grond van de onderhavige wet van de werking van de WNo en de Wob worden uitgezonderd.

Artikel 1:13 (taakverwaarlozing door toezichtautoriteit)

Artikel 1:13 geeft de minister de bevoegdheid om in te grijpen als de toezichtautoriteit haar taak ernstig verwaarloost. Behoudens spoedeisende gevallen zal de minister aan de toezichtautoriteit een termijn geven waarbinnen deze alsnog de gelegenheid krijgt haar taak naar behoren uit te voeren. Indien vervolgens blijkt dat de toezichtautoriteit haar taak nog niet naar behoren uitvoert, kan de minister de noodzakelijke voorzieningen treffen. Daarbij kan worden gedacht aan het (tijdelijk) doen uitvoeren van een of meer (onderdelen van) taken van die toezichtautoriteit door de minister zelf of door de andere toezichtautoriteit. De Tweede Kamer der Staten-Generaal moet hierover onverwijld door de minister worden geïnformeerd. De getroffen voorzieningen dienen van tijdelijke aard te zijn. Indien de voorzieningen een permanent karakter krijgen dan ligt het voor de hand om de taken van de betreffende toezichtautoriteit te heroverwegen of om de getroffen voorzieningen wettelijk te regelen. Gelet op de bestaande verhouding tussen de minister en de toezichtautoriteiten zal van de bevoegdheid in dit artikel slechts in uitzonderlijke, thans niet voorzienbare, omstandigheden gebruik worden gemaakt. Vanwege de veelheid van situaties waarin het toegepast moet kunnen worden is het artikel noodgedwongen ruim geformuleerd.

§ 1.3 Samenwerking tussen toezichthoudende instanties

Artikel 1:14 (advies bij vergunningverlening)

De taken van DNB en de AFM zoals neergelegd in de artikelen 1:5 en 1:6 noodzaken ertoe dat beide toezichtautoriteiten nauw met elkaar samenwerken. In het kader van de vergunningverlening zal vaak een beoordeling aan de orde zijn die raakt aan de verantwoordelijkheid van de andere toezichtautoriteit. Dit is het geval als de aanvraag voor een vergunning wordt behandeld door DNB en DNB dient te beoordelen of de aanvrager zal voldoen aan bepaalde gedragsvoorschriften, respectievelijk als de aanvraag wordt behandeld door de AFM en de AFM dient te beoordelen of de aanvrager zal voldoen aan bepaalde prudentiële voorschriften. Artikel 1:14, dat correspondeert met artikel 1:48 van de Wft, voorziet voor die situaties in de noodzakelijke afstemming. Deze houdt in dat de toezichtautoriteit die de vergunningaanvraag behandelt de andere toezichtautoriteit raadpleegt over aspecten die tot diens competentie behoren, zodat zij het advies van de andere toezichtautoriteit kan betrekken in haar beoordeling. Als zij overweegt van het ontvangen advies af te wijken is dat aanleiding tot nader overleg.

Artikel 1:15 (advies over verklaring van geen bezwaar)

Artikel 1:15 regelt de samenwerking tussen DNB en de AFM wanneer DNB op grond van artikel 3:28 een beslissing moet nemen over een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar ter zake van een gekwalificeerde deelneming in een beleggingsinstelling of een vermogensbeheerder. Aangezien de AFM de vergunningverlenende toezichtautoriteit is voor deze ondernemingen is het aangewezen dat DNB de AFM over de aanvraag om advies vraagt. Uit artikel 1:14, derde lid, dat in dit geval van overeenkomstige toepassing is, vloeit voort dat de AFM gehouden is dit advies schriftelijk binnen vier weken uit te brengen. Als DNB overweegt van het advies af te wijken treedt zij daarover met de AFM in overleg (vergelijk artikel 1:14, vierde lid). Artikel 1:15 correspondeert met artikel 47b van de Wft, dat wordt ingevoerd door middel van het voorstel van Wet implementatie richtlijn deelnemingen in de financiële sector.¹

Artikel 1:16 (advies over bestuurlijke maatregelen)

Dit artikel regelt de samenwerking tussen de toezichtautoriteiten wanneer een van hen voornemens is een maatregel als bedoeld in het eerste lid te treffen. Het gaat dan om het intrekken van een vergunning, het geven van een aanwijzing tot het heenzenden van een bestuurder of commissaris, het benoemen van een curator of het opleggen van een activiteitenverbod. In een dergelijke situatie wordt de andere toezichtautoriteit in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven. Dezelfde procedure geldt als een toezichtautoriteit het faillissement van een financiële onderneming of een noodregeling op grond van artikel 8:9 wil aanvragen. Artikel 1:16 is ontleend aan artikel 1:47 van de Wft.

Artikel 1:17 (kennisgeving van negatieve bestuurderstoets)

Artikel 1:17 ziet op de samenwerking wanneer een toezichtautoriteit constateert dat een beleidsbepaler of medebeleidsbepaler van een financiële onderneming waaraan de andere toezichthouder vergunning heeft verleend, niet meer over de vereiste deskundigheid beschikt, dan wel dat zijn betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat. In dat geval stelt zij de andere toezichtautoriteit daarvan in kennis en doet zij een aanbeveling voor een te nemen maatregel. Het is vervolgens aan de toezichtautoriteit die de vergunning heeft verleend om te besluiten of zij naar aanleiding van de kennisgeving en de aanbeveling een maatregel zal treffen en om haar collega-toezichtautoriteit daarover te informeren. Aangezien de zienswijze van deze laatste bekend is, is de procedure van artikel 1:16 dan niet meer van toepassing. Artikel 1:17 is ontleend aan artikel 1:49 van de Wft.

Artikel 1:18 (samenwerking met andere toezichthoudende instanties)

Artikel 1:18 regelt de samenwerking met buitenlandse toezichthoudende instanties. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de toezichthoudende instanties van de landen binnen het koninkrijk en van staten buiten het koninkrijk. De in het algemene deel van de toelichting al gemenoteerde verwevenheid tussen de financiële markten in de openbare lichamen en die in Curaçao en Sint Maarten vraagt in het bijzonder om nauwe samenwerking tussen DNB en de AFM enerzijds, en de CBCS anderzijds. Het belang daarvan wordt door elk van hen onderkend, en heeft er al toe geleid dat tussen DNB en de BNA (CBCS) evenals tussen de AFM en de BNA (CBCS) samenwerkingsovereenkomsten, in de vorm van memoranda of understanding, zijn gesloten. Ook met de Centrale Bank van Aruba (CBA) vindt op regelmatige basis overleg plaats in het

¹ Kamerstukken II, 2009/10, 32 292.

zogeheten college van koninkrijkstoezichthouders, om kennis en ervaring uit te wisselen en te onderzoeken op welke wijze en op welke terreinen samenwerking wenselijk en nuttig zou zijn. Tussen de CBCS en de CBA is al sprake van intensievere samenwerking, vanwege het feit dat veel financiële ondernemingen zowel in Curaçao als in Aruba actief zijn. Van directe banden tussen Aruba en de openbare lichamen is in dat opzicht nog geen sprake.

Het eerste en tweede lid bevat een dwingend kader voor de samenwerking binnen het Caribische deel van het Koninkrijk. Het derde lid maakt het mogelijk dat de toezichtautoriteiten informatie kunnen verstrekken aan toezichthoudende instanties buiten het koninkrijk. Aangezien daartoe, anders dan binnen het koninkrijk, nog geen samenwerkingsovereenkomsten bestaan of anderszins afspraken zijn gemaakt, is het derde lid geformuleerd als een kan-bepaling.

Informatieverstrekking door de toezichtautoriteiten aan andere toezichthoudende instanties zal in alle gevallen slechts mogelijk zijn met inachtneming van het bepaalde in artikel 1:20.

Artikel 1:19 (nadere regels betreffende samenwerking)

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de samenwerking tussen de toezichtautoriteiten onderling, en hun samenwerking met buitenlandse toezichthoudende instanties.

§ 1.4 Geheimhoudingsplicht en vertrouwelijke gegevens

Artikel 1:20 (geheimhoudingsplicht)

Dit artikel regelt de – in toezichtwetten gebruikelijke – geheimhoudingsplicht voor ieder die een taak heeft of heeft gehad bij de uitvoering van deze wet en uit dien hoofde over vertrouwelijke informatie beschikt. De formulering van dit artikel komt, behoudens redactionele verschillen, overeen met de overeenkomstige bepalingen in de huidige toezichtwetten.

Artikel 1:21 (gegevensuitwisseling met andere instanties)

Artikel 1:21 bevat de, al even gebruikelijke, uitzondering op de geheimhoudingsplicht voor zover het gaat om het verstrekken van vertrouwelijke informatie aan de andere toezichtautoriteit of buitenlandse toezichthoudende instanties. Dergelijke informatie kan worden verstrekt, tenzij een van de in het eerste lid genoemde clausules van toepassing is, en in voorkomend geval mits de andere toezichtautoriteit of de toezichthoudende instantie van wie de gegevens zijn verkregen, met de verstrekking instemt (tweede lid).

Het derde lid bevat een regeling voor het geval een buitenlandse toezichthoudende instantie verzoekt de gegevens die zij van DNB of de AFM heeft ontvangen te mogen gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze zijn verstrekt. De betrokken toezichtautoriteit mag dat verzoek alleen inwilligen als aan de in dit lid genoemde, cumulatieve voorwaarden is voldaan.

Het regime van artikel 1:21 is ingevolge het vierde lid van overeenkomstige toepassing op de informatie-uitwisseling tussen organisatieonderdelen van de toezichtautoriteit die met verschillende taken zijn belast. Ook

in die situatie is uitwisseling van vertrouwelijke informatie mogelijk, met inachtneming van de in dit artikel neergelegde waarborgen.

In de huidige toezichtwetten zijn met het onderhavige artikel vergelijkbare, maar onderling niet gelijklopende bepalingen opgenomen. Dit artikel, waarvan de formulering is gebaseerd op artikel 1:90 van de Wft, zorgt op dit terrein voor een uniforme regeling.

Artikel 1:22 (gegevensuitwisseling met opsporingsinstanties)

Artikel 1:22 ziet op de gegevensuitwisseling met opsporingsinstanties. Het strekt ertoe dat de toezichtautoriteit in situaties die onder het strafrecht vallen bevoegd is vertrouwelijke gegevens te verstrekken aan de daartoe geëigende instanties (vergelijk artikel 1:92, eerste lid, van de Wft). In de Wwft BES wordt geregeld dat de toezichtautoriteit tevens informatie kan verstrekken aan het Meldpunt ongebruikelijke transacties indien zij feiten ontdekt die kunnen wijzen op witwassen van geld of de financiering van terrorisme.

Artikel 1:23 (bewindvoerder, curator en rechter-commissaris)

Een uitzondering op het geheimhoudingsregime geldt op grond van dit artikel eveneens voor het verstrekken van vertrouwelijke informatie aan de rechter-commissaris, bewindvoerder of curator die optreedt in het kader van een faillissement of een noodregeling. Daarbij dient wel het bepaalde in het tweede lid in acht te worden genomen. Analoog aan artikel 1:91, derde en vierde lid, van de Wft is de curator bevoegd op grond van het eerste lid verkregen vertrouwelijke informatie door te geven aan het Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Aangezien de betrokken financiële onderneming in de praktijk haar zetel veelal buiten de openbare lichamen zal hebben, is het van belang dat de bevoegde toezichtautoriteit ook informatie kan uitwisselen met een rechter-commissaris, bewindvoerder of curator die is benoemd of aangesteld naar het recht van een ander deel van het Koninkrijk. Dit is geregeld in het vierde lid.

Artikel 1:24 (monetaire autoriteiten, externe deskundigen e.a.)

Artikel 1:25 bepaalt onder welke voorwaarden de toezichtautoriteit vertrouwelijke gegevens mag verstrekken aan andere personen of instanties dan al voorzien in de voorafgaande artikelen. De in onderdeel a bedoelde monetaire autoriteiten kunnen behoefte hebben aan financiële informatie over een afzonderlijke onderneming of over een categorie financiële ondernemingen ten behoeve van hun monetaire taak.

Ook mag de toezichtautoriteit aan een accountant of een actuaris die belast is met de wettelijke controle van een jaarrekening van een financiële onderneming, vertrouwelijke informatie verstrekken. Daartoe strekt onderdeel b. De te verstrekken informatie dient beperkt te blijven tot de afzonderlijke onderneming waarvan de accountant of de actuaris de jaarrekening controleert of heeft gecontroleerd.

Onderdeel c voorziet in de bevoegdheid van de toezichtautoriteit om informatie te verstrekken aan de houder van een effectenbeurs. Deze informatieverstrekking kan van belang zijn voor de eigen controletaken van de houder van de effectenbeurs op tot die markt toegelaten instellingen die over een vergunning beschikken ingevolge deze wet.

Artikel 1:25 (verklaringen in burgerlijke zaken)

Artikel 1:25 is ontleend aan artikel 1:91, vijfde lid, van de Wft, en zorgt ervoor dat werknemers van de toezichtautoriteit of andere betrokkenen bij de uitvoering van toezichttaken, in de in dit artikel genoemde gevallen een verklaring mogen afleggen omtrent vertrouwelijke gegevens die zij bij de uitvoering van hun taak hebben verkregen, zonder in strijd te komen met artikel 1:20.

§ 1.5 Vrijstelling en ontheffing

Artikel 1:26 (vrijstelling)

Artikel 1:26 bevat een grondslag op grond waarvan bij ministeriële regeling vrijstelling kan worden verleend van de in dit artikel genoemde artikelen en hoofdstukken van deze wet. Het gaat daarbij om de bepalingen die gericht zijn tot financiële ondernemingen en andere marktpartijen. De vrijstellingsmogelijkheid kan worden benut om te voorkomen dat bepaalde categorieën van zulke ondernemingen en marktpartijen moeten voldoen aan voorschriften die niet voor hen bedoeld zijn of die in hun specifieke situatie een onnodige belasting zouden vormen. Voorwaarde is uiteraard steeds dat een te verlenen vrijstelling geen afbreuk mag doen aan de belangen die de wet beoogt te beschermen.

Artikel 1:27 (ontheffing)

Het eerste lid geeft de toezichtautoriteit de bevoegdheid op aanvraag geheel of gedeeltelijk ontheffing te verlenen van de in dit lid genoemde bepalingen. Onderdeel a heeft betrekking op artikelen en delen van artikelen uit de wet zelf. Onderdeel b strekt ertoe dat de bevoegde toezichtautoriteit eveneens ontheffing kan verlenen van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde regels. Die ontheffingsmogelijkheid zal dan in diezelfde maatregel worden opgenomen. Het kan voorkomen dat geen ontheffing mogelijk is van een bepaald wetsartikel, als dat bijvoorbeeld een algemene norm bevat waaraan in alle gevallen dient te worden voldaan, terwijl wel ontheffing kan worden verleend van bepaalde regels ter uitwerking van die norm.

De aanvrager moet telkens aantonen dat door de ontheffing de belangen die de wet beoogt te beschermen niet worden geschaad dan wel dat de doeleinden ervan op een andere manier worden bereikt.

Ingevolge het derde lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder ontheffingen kunnen worden verleend.

Het vierde lid bepaalt dat voor ontheffingen en het aanvragen ervan dezelfde formele en procedurele regels gelden als voor vergunningen en vergunningaanvragen. Dit betekent dat een ontheffing persoonlijk is en niet overdraagbaar (vergelijk artikel 2:5), dat bepaalde beslistermijnen gelden (vergelijk de artikelen 2:8 en 2:9), dat aan een ontheffing voorschriften kunnen worden verbonden en beperkingen kunnen worden gesteld (vergelijk artikel 2:12), dat een ontheffing in bepaalde gevallen kan worden gewijzigd of ingetrokken (vergelijk artikel 2:14), en dat een beslissing op een aanvraag om een ontheffing met redenen omkleed moet zijn en schriftelijk aan de aanvrager bekend moet worden gemaakt (vergelijk artikel 2:16).

Hoofdstuk 2. Markttoegang

§ 2.1 Vergunningen

Artikel 2:1 (vergunning van de Nederlandsche Bank)

De in het eerste lid van dit artikel genoemde activiteiten mogen slechts worden verricht nadat daartoe door DNB vergunning is verleend. De vergunningplicht heeft betrekking op de uitoefening van het bedrijf van kredietinstelling, elektronischgeldinstelling, geldtransactiekantoor, levensverzekeraar, natura-uitvaartverzekeraar en schadeverzekeraar, en daarnaast op het werkzaam zijn als trustkantoor. Nieuw in deze opsomming, in vergelijking met de Wtk BES, zijn de elektronischgeldinstellingen. Er is aanleiding deze categorie onder het bereik van het toezicht te brengen, nu elektronisch geld niet meer is weg te denken uit het moderne betalingsverkeer.

De in het eerste lid, onderdeel a, genoemde activiteiten zijn vergunningplichtig als zij worden verricht in of vanuit de openbare lichamen. Een kredietinstelling, elektronischgeldinstelling of geldtransactiekantoor heeft dus in elk van de volgende gevallen een vergunning nodig: indien de desbetreffende financiële onderneming haar zetel in de openbare lichamen heeft, wanneer zij in de openbare lichamen actief is via een bijkantoor, of wanneer zij daar actief is door middel van dienstverrichting, dat wil zeggen vanuit een vestiging buiten de openbare lichamen. De verbodsbepaling is dus ruim geformuleerd, opdat op een effectieve manier toezicht kan worden gehouden, ongeacht de wijze waarop de onderneming haar activiteiten heeft georganiseerd. Tevens wordt hiermee voorkomen dat in de praktijk onduidelijkheid zou kunnen ontstaan over de reikwijdte van de verbodsbepaling.

Ook de verbodsbepaling ten aanzien van het werkzaam zijn als trustkantoor omvat mede de werkzaamheden die worden verricht vanuit een vestiging buiten de openbare lichamen. Op dit punt is aangesloten bij de uitkomsten van de evaluatie van de Wtt in 2009 door het Ministerie van Financiën.¹ In die evaluatie is geconstateerd dat in het Europese deel van Nederland ook trustdiensten worden verricht door buiten Nederland gevestigde kantoren. Die praktijk kent naar haar aard bijzondere risico's op het terrein van witwassen en financiers van terrorisme.

Verzekeraars (eerste lid, onderdeel b) hebben, anders dan de hiervoor genoemde categorieën financiële ondernemingen, alleen een vergunning nodig voor de uitoefening van het verzekeringsbedrijf vanuit een vestiging (zetel of bijkantoor) in de openbare lichamen. Dit is in overeenstemming met de regeling in de Wtv BES en in de Wft. Het toezicht op de bedrijfsvoering van een verzekeraar die door middel van dienstverrichting verzekeringen aanbiedt in (in dit geval) de openbare lichamen, komt toe aan de staat waar deze is gevestigd. Wel is in dat geval de verzekeraar verplicht om DNB in kennis te stellen van het feit dat hij door middel van dienstverrichting actief is in de openbare lichamen (zie artikel 2:23). Het feit dat voor dienstverrichting vanuit het buitenland geen vergunning nodig is, laat bovendien onverlet dat de verzekeraar dient te voldoen aan alle gedragsregels die in de openbare lichamen op verzekeraars van toepassing zijn. Zo dient hij de verzekeringnemer (of de kredietnemer, voor zover hij ook kredieten aanbiedt) voor het sluiten van de verzekeringsovereenkomst (of kredietovereenkomst) en ook tijdens de looptijd van de overeenkomst steeds goed te informeren en klachten op een zorgvuldige manier te behandelen. Ook de herroepingsrechten van de artikelen 5:17 en 5:18 zijn gewoon van toepassing als het krediet of de verzekering wordt aangeboden door een dienstverrichtende verzekeraar.

¹ Het verslag van de evaluatie is begin 2010 aan de Tweede Kamer gezonden, zie: Kamerstukken II 2009/10, 32 384, nr. 1.

Een kredietinstelling zal in de praktijk vaak mede elektronisch geld uitgeven of geldtransacties verrichten. Voor zover dat het geval is zal zij moeten voldoen aan de eisen die in deze wet aan de bedoelde activiteiten worden gesteld. Het is evenwel niet nodig dat een kredietinstelling daarvoor over afzonderlijke vergunningen beschikt. In het tweede lid wordt daarom bepaald dat het een kredietinstelling die in het bezit is van een vergunning op grond van het eerste lid, onderdeel a, onder 1°, tevens is toegestaan het bedrijf van elektronischgeldinstelling of geldtransactiekantoor uit te oefenen, tenzij dat in de vergunning uitdrukkelijk is uitgesloten.

Artikel 2:2 (groepsvergunning trustkantoren)

Artikel 2:2 geeft de toezichtautoriteit de mogelijkheid een groepsvergunning te verlenen in geval zich binnen een groep verscheidene trustkantoren bevinden. Zoals toegelicht bij de definitie van groep kunnen trustdiensten ook worden verleend door natuurlijke personen. Om die reden is met het oog op dit artikel voorzien dat ook natuurlijke personen deel kunnen uitmaken van een groep. Een aanwijzing dat een natuurlijke persoon tot een bepaalde groep behoort, is dat hij zijn werkzaamheden (nagenoeg) uitsluitend voor die groep verricht of een gekwalificeerde deelneming houdt in een rechtspersoon of vennootschap die tot die groep behoort. Het artikel is ontleend aan artikel 2, vijfde lid, van de Nederlandse Wtt.

Artikel 2:3 (vergunning van de Autoriteit Financiële Markten)

Degene die in de openbare lichamen een in het eerste lid van dit artikel genoemde activiteit wil verrichten dient te beschikken over een vergunning van de AFM. In vergelijking tot de bestaande situatie is dit nieuw voor adviseurs, bemiddelaars in andere producten dan verzekeringen, (onder)gevolmachtigde agenten en voor kredietaanbieders.

Assurantiebemiddelaars dienen op grond van de Wet assurantiebemiddelingsbedrijf BES (Wabb BES) te zijn ingeschreven in het register van de AFM. In het onderhavige wetsvoorstel is er, in navolging van de Wft, voor gekozen ook voor deze categorie voortaan een vergunning verplicht te stellen in plaats van een registerinschrijving. Voor andere vormen van bemiddeling is tot nu toe geen vergunning vereist. Dat is historisch verklaarbaar, maar doet geen recht meer aan de feitelijke situatie. In toenemende mate is sprake van integratie van verschillende diensten bij één bemiddelaar of aanbieder. Een assurantiebemiddelaar zal zich in de praktijk mogelijk niet beperken tot de verkoop van schade- en levensverzekeringen maar kan ook bemiddelen in bijvoorbeeld (hypothecair) krediet. Daarnaast bemiddelen sommige aanbieders eveneens in producten van andere aanbieders. Te denken valt aan de kredietinstelling die ten behoeve van een hypothecair krediet bemiddelt bij het afsluiten van een levensverzekering. Overigens kan bij bemiddelaar eveneens gedacht worden aan een bedrijf dat een hoofdfunctie buiten de financiële sector heeft, zoals een reisbureau.

Het eerste lid, onderdeel a, heeft dan ook betrekking op alle soorten bemiddelaars, en daarnaast op adviseurs en gevolmachtigde of ondergevolmachtigde agenten. Gelet op het vertrouwen dat consumenten veelal stellen in hun adviseur, is het van belang dat de adviseur betrouwbaar en deskundig is. Gevolmachtigde agenten kunnen worden gezien als verlengstuk van de verzekeraar. Omdat de consument de verzekeringsovereenkomst afsluit met de gevolmachtigde agent namens de verzekeraar is het hierbij evenzeer van belang dat hij vertrouwen in deze

persoon kan stellen, reden om deze categorie in de onderhavige wet zelfstandig vergunningplichtig te maken, zoals zij dat ook in de Wft is.

Vermogensbeheer wordt in het eerste lid, onderdeel b, als aparte activiteit vergunningplichtig gesteld. Op deze wijze wordt bereikt dat het beheren van individuele vermogens aan toezicht is onderworpen, ook als dit niet door een kredietinstelling wordt gedaan maar door een aparte vermogensbeheerder. In de regel worden de vermogensbeheerder verhoudingsgewijs grote sommen toevertrouwd, waarbij de beheerder binnen de grenzen van zijn machtiging zelfstandig kan beschikken over het geld en de effecten van zijn cliënten. Hierbij loopt de cliënt het risico om de waarde hiervan geheel of ten dele te verliezen. Het is dan ook van belang dat de dienstverlening van een vermogensbeheerder met adequate waarborgen omgeven is. De vermogensbeheerder moet om een vergunning te verkrijgen niet alleen voldoen aan de betrouwbaarheids- en deskundigheidsvoorschriften, maar ook aan het vereiste van financiële waarborgen. In combinatie met de toepasselijke voorschriften uit hoofdstuk 5 draagt dit eraan bij dat het beheer op zorgvuldige wijze geschiedt en in overeenstemming met de belangen van de bezitter van het vermogen.

Voor onderdeel c geldt een vergelijkbare argumentatie. Zoals elders in deze memorie wordt toegelicht is het van belang het aanbieden van krediet zo te reguleren dat overkreditering wordt tegengegaan. Deze regulering dient betrekking te hebben op alle aanbieders van krediet, dus niet alleen op kredietinstellingen, maar ook op gespecialiseerde krediet-aanbieders en verzekeraars, voor zover zij krediet aanbieden.

Ook de houder van een effectenbeurs dient over een vergunning van de AFM te beschikken (eerste lid, onderdeel d). De vergunningplicht is niet nieuw. Wel nieuw is dat de vergunning niet door de minister wordt verleend maar door de AFM. Overwogen is dat een eventueel in de openbare lichamen op te richten effectenbeurs niet een zodanige omvang of een zodanige betekenis zal hebben dat er reden is de beslissing omtrent het verlenen van een vergunning aan de minister voor te behouden. De positie van een eventuele effectenbeurs in de openbare lichamen zal in dat opzicht in elk geval niet te vergelijken zijn met die van Euronext binnen de Europees-Nederlandse financiële sector.

Het tweede lid heeft betrekking op beleggingsinstellingen. In de voormalige Nederlandse Antillen is de vergunningplicht voor deze categorie in 2003 geïntroduceerd vanwege enerzijds de bescherming van beleggers en anderzijds het ongemak dat beleggingsinstellingen uit de Nederlandse Antillen ondervonden vanwege het gebrek aan een wettelijk kader. Beleggingsinstellingen spelen nog altijd een belangrijke rol als intermediair tussen vragers en aanbieders van kapitaal. Het is zodoende zowel op macro- als microniveau van belang dat misstanden zoveel mogelijk voorkomen worden. Hoewel er op dit moment geen beleggingsinstellingen actief zijn in de openbare lichamen, is het zeer wel mogelijk dat dit in de toekomst wijzigt. Daarnaast is het niet wenselijk dat beleggingsinstellingen zich in de openbare lichamen zouden vestigen vanwege gebrek aan een wettelijk kader. De formulering van de verbodsbepaling wijkt af van die van het eerste lid en is daarom ondergebracht in een apart tweede lid.

Een bemiddelaar zal zijn klanten in de regel tevens adviseren. Het derde lid bepaalt daarom dat degene die over een vergunning als bemiddelaar beschikt tevens mag adviseren, zonder daarvoor een aparte vergunning nodig te hebben. Hij dient wel te voldoen aan de regels die voor adviseurs gelden, zoals de norm inzake passend advies (artikel 5:7).

Ingevolge het vierde lid wordt de vergunning van een beleggingsinstelling, ingeval dat een beleggingsfonds is, toegekend aan de beheerder, omdat het beleggingsfonds geen juridische entiteit is. Zie in dat verband eveneens artikel 4:1, derde lid van deze wet, waarin is bepaald dat de beheerder zorg draagt voor de verplichtingen die op het beleggingsfonds rusten.

Artikel 2:4 (voorkomen dubbele vergunningplicht DNB en AFM)

Dit artikel zorgt ervoor dat:

- kredietinstellingen en verzekeraars geen afzonderlijke vergunning nodig hebben als zij adviseren over, bemiddelen in, of optreden als (onder)gevolmachtigde agent met betrekking tot financiële producten die door henzelf of door met hen verbonden groepsmaatschappijen worden aangeboden;
- kredietinstellingen geen afzonderlijke vergunning nodig hebben om individuele vermogens te kunnen beheren (zie ook de toelichting bij artikel 2:3); en dat
- kredietinstellingen en verzekeraars geen afzonderlijke vergunning nodig hebben om krediet te mogen aanbieden.

In de genoemde gevallen heeft de betrokken DNB-vergunninghouder niet tevens een AFM-vergunning nodig. Er is een parallel met artikel 2:1, tweede lid, en artikel 2:3, derde lid, met dien verstande dat deze laatste bepalingen voorkomen dat de desbetreffende financiële onderneming over twee vergunningen van DNB, dan wel twee vergunningen van de AFM zou moeten beschikken.

De genoemde uitzonderingen op de vergunningplicht laten onverlet dat de betrokken financiële ondernemingen voor elk van hun activiteiten aan de (overige) daarvoor geldende gedragsregels en andere voorschriften moeten voldoen.

Artikel 2:5 (overdraagbaarheid)

Dit artikel bepaalt voor alle duidelijkheid dat op grond van de wet verleende vergunningen persoonlijk en niet overdraagbaar zijn. De Wft kent eenzelfde bepaling (artikel 2:1) die eveneens tot doel heeft mogelijke misverstanden daarover te voorkomen.

Artikel 2:5 ziet op overdracht als bedoeld in artikel 3:84 van het BW BES, een van de wijzen van verkrijging van goederen krachtens bijzondere titel als bedoeld in artikel 3:80, derde lid, van het BW BES. Een verkrijging onder algemene titel in de zin van het eerste lid van artikel 3:80 van het BW BES – zoals een fusie als bedoeld in artikel 2:308 van het BW – brengt wel met zich dat ook de vergunning van rechtswege overgaat met de overige goederen die krachtens die algemene titel overgaan naar de nieuwe rechtspersoon. Indien overgang onder algemene titel met zich brengt dat tevens wijzigingen plaatsvinden in de activiteiten die door de rechtsoptvolger worden verricht op de financiële markten – zodat de oorspronkelijke vergunning «de lading niet meer dekt» – dan is dit aanleiding om de vergunning opnieuw te beoordelen en daaraan bijvoorbeeld nieuwe voorschriften te verbinden, dan wel een geheel nieuwe vergunning te verlenen.

Artikel 2:6 (indiening aanvraag)

Paragraaf 2.2 bevat in hoofdzaak een aantal formele bepalingen omtrent de aanvraag van een vergunning. De formulering is ontleend aan de afdelingen 4.1.1 tot en met 4.1.3 van de Awb die de aanvraag tot het geven van een beschikking en de daarbij in acht te nemen procedures en beslistermijnen regelen. Hier wordt daarom met een beknopte toelichting volstaan.

Artikel 2:6 bepaalt dat de aanvraag wordt ingediend bij de toezichtautoriteit die op grond van de artikelen 2:1 en 2:3 bevoegd is daarop te beslissen. Welke gegevens en bescheiden de aanvrager dient te overleggen wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur. De toezichtautoriteit kan bepalen in welke vorm deze informatie moet worden aangeleverd, bijvoorbeeld door het invullen van een aanvraagformulier dan wel langs elektronische weg. De over te leggen stukken moeten de toezichtautoriteit in staat stellen te beoordelen of aan alle vereisten voor het verkrijgen van een vergunning is voldaan.

Artikel 2:7 (niet in behandeling nemen aanvraag)

De toezichtautoriteit kan besluiten een aanvraag niet in behandeling te nemen als de aanvraag niet aan de gestelde regels voldoet of niet voldoende informatie bevat, dan wel indien de aanvrager de verschuldigde vergoeding (voor zover bij vooruitbetaling verschuldigd) niet heeft voldaan. Hij dient daarbij de in het tweede en derde lid neergelegde waarborgen in acht te nemen. Vergelijk artikel 4:5 van de Awb.

Artikelen 2:8 en 2:9 (beslistermijn en opschorting daarvan)

Deze artikelen regelen de beslistermijn waarbinnen de toezichtautoriteit een beslissing dient te nemen over een ingediende vergunningaanvraag. De in artikel 2:8, eerste lid, genoemde termijn van dertien weken komt overeen met de termijn volgens de Wtk BES en de Wtv BES en is gelijk aan de termijn die in de Wft wordt gehanteerd. Hiermee is voor alle categorieën financiële ondernemingen sprake van een vaste termijn en komen de op dit moment nog bestaande verschillen te vervallen (de Wtba BES en de Wtt BES kennen een termijn van 60 dagen).

De beslistermijn wordt opgeschort in de in artikel 2:9 genoemde gevallen. De formulering van dit artikel is ontleend aan artikel 4:15 van de Awb.

Artikel 2:10 (aanhouden beslissing in verband met vvgb)

Denkbaar is dat tegelijk met de vergunningaanvraag van een financiële onderneming een aanvraag van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) is ingediend ten behoeve van de houder van een gekwalificeerde deelneming in die financiële onderneming (zie artikel 3:28). In dat geval houdt de toezichtautoriteit, in afwijking van artikel 2:8, de beslissing op de vergunningaanvraag maximaal zes weken aan, te rekenen vanaf het tijdstip waarop de beslissing op de aanvraag van de vvgb is bekendgemaakt. Deze termijn heeft mede ten doel de aanvrager van de vvgb in de gelegenheid te stellen het Gerecht om een voorlopige voorziening te verzoeken als de aanvraag wordt afgewezen. Ingevolge het tweede lid houdt de toezichtautoriteit de beslissing op de vergunningaanvraag dan aan tot uiterlijk twee weken nadat het Gerecht op dat verzoek heeft beslist. Daarmee wordt bereikt dat de financiële onderneming, als deze zich niet kan verenigen met de afwijzing van de vvgb-aanvraag, een tweede

procedure zou moeten starten om bezwaar te maken tegen het afwijzen van de vergunningaanvraag. Dat laatste zou immers het normale gevolg zijn van het ontbreken van de vereiste vvgb.

§ 2.3 Verlening, weigering en intrekking van de vergunning

Artikel 2:11 (verlening van de vergunning)

Artikel 2:11 bevat de voorwaarden waaraan een financiële onderneming, afhankelijk van de categorie waartoe zij behoort, dient te voldoen om een vergunning te verkrijgen. De vergunningvoorwaarden worden in dit artikel niet per categorie financiële ondernemingen opgesomd, maar weergegeven in de vorm van een verwijzing naar de relevante artikelen in de hoofdstukken 3 en 4. In overeenstemming daarmee bestaan de vergunningvoorwaarden uit twee delen: in de aanhef van artikel 2:11 worden de algemene bepalingen genoemd, corresponderend met hoofdstuk 3, die in beginsel op alle categorieën financiële ondernemingen van toepassing zijn, terwijl in de onderdelen a tot en met d de ingevolge hoofdstuk 4 per categorie van toepassing zijnde specifieke bepalingen staan vermeld.

Elke financiële onderneming die een vergunning aanvraagt zal derhalve moeten voldoen aan de voorschriften van paragraaf 3.1 van de wet inzake zetel en rechtsvorm, paragraaf 3.2 inzake bestuur, inrichting en bedrijfsvoering (met uitzondering van artikel 3:7, dat naar zijn aard van toepassing is op financiële ondernemingen die reeds in het bezit zijn van een vergunning), paragraaf 3.3 inzake financiële waarborgen (met uitzondering van de artikelen 3:26 en 3:27, die in het kader van de vergunningverlening niet aan de orde zijn), de artikelen 3:33 en 3:34 inzake de boekhouding en de artikelen 3:44 tot en met 3:46 inzake financiële groepen (voor zover van toepassing).

Behalve aan de aangehaalde algemene bepalingen dient een beleggingsinstelling te voldoen aan de in onderdeel a genoemde bepalingen van paragraaf 4.1, een houder van een effectenbeurs aan de bepalingen van paragraaf 4.2, een kredietinstelling, elektronischgeldinstelling of geldtransactiekantoor aan artikel 4:18 en 4:21, en een verzekeraar aan paragraaf 4.4 (met uitzondering van de bepalingen over portefeuilleoverdracht, die naar hun aard pas aan de orde zijn bij vergunninghoudende verzekeraars).

Zoals uit het voorgaande blijkt corresponderen de «sectorspecifieke» bepalingen met de opeenvolgende paragrafen van hoofdstuk 4. Dat in onderdeel c slechts twee artikelen van paragraaf 4.3 (specifieke bepalingen voor kredietinstellingen, elektronischgeldinstellingen en geldtransactiekantoren) worden genoemd is te verklaren doordat de overige artikelen pas aan de orde zijn nadat de betrokken financiële onderneming haar activiteiten heeft aangevangen. Ten aanzien van artikel 4:16 zij opgemerkt dat een kredietinstelling niet behoeft aan te tonen dat zij deelneemt aan het tot stand te brengen depositogarantiestelsel. De verplichting tot deelneming ontstaat zodra aan de kredietinstelling vergunning is verleend.

Artikel 2:12 (voorschriften en beperkingen)

Op grond van artikel 2:12 kunnen aan de vergunning voorschriften worden verbonden en beperkingen worden gesteld. Dit is een al bestaande en ook gebruikelijke bepaling.

Artikel 2:13 (weigering van de vergunning)

Artikel 2:13 bevat een aantal gronden voor het weigeren van een vergunning.

Deze weigeringgronden komen in belangrijke mate overeen met het bepaalde in artikel 4, leden 3 tot en met 5, van de Wtk BES. Overwogen is dat ook voor andere categorieën financiële ondernemingen behoefte bestaat aan een dergelijke regeling. De onderhavige bepaling stelt de toezichtautoriteit in staat een financiële onderneming van de markt te weren als een van de in dit artikel genoemde situaties aan de orde is.

Reden om een vergunning te weigeren kan bijvoorbeeld zijn dat de financiële onderneming zich probeert te onttrekken aan het toezicht van een buitenlandse toezichthoudende instantie ten einde activiteiten te kunnen verrichten die zij anders niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou kunnen verrichten (onderdeel a). Als het gaat om een buitenlandse financiële onderneming die in de openbare lichamen een bijkantoor wil vestigen kan de toezichtautoriteit (DNB of de AFM) weigeren vergunning te verlenen als zij er niet van overtuigd is dat in het land van herkomst adequaat en effectief toezicht op de betrokken onderneming wordt uitgeoefend (onderdeel b). Een algemene weigeringgrond is neergelegd in onderdeel c: de vergunning kan worden geweigerd als het verlenen ervan in strijd zou komen met de belangen die de wet beoogt te beschermen. De bestuurlijke zorgvuldigheid vereist dat de toezichtautoriteit alleen een beroep op deze bepaling kan doen als zij dat kan motiveren met zwaarwegende argumenten.

Artikel 2:14 (wijziging of intrekking van de vergunning)

Artikel 2:14 ziet op de wijziging of intrekking van de vergunning, op verzoek van de vergunninghouder dan wel om andere reden. De in dit artikel opgesomde wijzigings- en intrekkinggronden komen in belangrijke mate overeen met de desbetreffende bepalingen in de Wtk BES, de Wtv BES en de Wtba BES. De formulering is mede ontleend aan de Wft (artikel 1:104, eerste lid). Onder oneigenlijk gebruik of misbruik van een vergunning (onderdeel j) kan bijvoorbeeld de situatie vallen waarin een vergunninghouder geen fysieke aanwezigheid heeft in de openbare lichamen. Met betrekking tot kredietinstellingen sluit deze intrekkinggrond aan bij FATF-aanbeveling 18; die aanbeveling is gericht tegen zogenoemde shell banken.

Artikel 2:15 (verplichte intrekkinggronden)

Terwijl op grond van artikel 2:14 de toezichtautoriteit dient af te wegen of er voldoende gronden aanwezig zijn voor het intrekken van de vergunning, bevat artikel 2:15 een aantal situaties waarin de toezichtautoriteit in elk geval tot intrekking van de vergunning overgaat (vgl. artikel 1:104, tweede lid, Wft). Het eerste lid is van toepassing op alle vergunninghouders, inclusief natuurlijke personen, en behoeft geen nadere toelichting.

Het tweede lid ziet op de situatie waarin het Gerecht de noodregeling heeft uitgesproken en daarbij machtiging heeft verleend voor een liquidatieprocedure (onderdeel a) dan wel voor een sanerings- of liquidatieprocedure (onderdeel b). In het laatste geval trekt DNB de vergunning pas in nadat het pad van sanering is verlaten en een begin is gemaakt met de liquidatie van de betrokken onderneming.

Het derde lid regelt de situatie waarin een financiële onderneming met zetel buiten de openbare lichamen in haar staat of land van herkomst haar vergunning kwijtraakt. In dat geval wordt tevens de op grond van de onderhavige wet aan die onderneming verleende vergunning om in de openbare lichamen actief te zijn, ingetrokken.

Artikel 2:16 (motivering en bekendmaking)

Artikel 2:16 regelt de verplichting voor de betrokken toezichtautoriteit om het door haar genomen besluit aan de belanghebbende bekend te maken, en om dit van een deugdelijke motivering te voorzien (vgl. de artikelen 3:41 en 3:46 van de Awb). De aanvrager kan tegen het besluit bezwaar maken en beroep instellen.

Artikel 2:17 (afwikkeling bedrijf na intrekking vergunning)

Op grond van het eerste lid kan de toezichtautoriteit, indien nodig, voorschrijven dat na intrekking van de vergunning de bedrijfsvoering dient te worden afgewikkeld. In die gevallen waarin de vergunning wordt ingetrokken omdat een (gewijzigde) activiteit niet langer vergunningplichtig is, hoeft bijvoorbeeld geen afwikkeling plaats te vinden en kunnen de activiteiten zonder vergunning worden voortgezet. Om te voorkomen dat de financiële onderneming bij het afwickelen van haar bedrijf in strijd handelt met deze wet, wordt zij ingevolge het tweede lidgedurende de afwikkeling aangemerkt als vergunninghoudende onderneming. De vergunning strekt dan uiteraard alleen nog tot afwikkeling van het bedrijf.

Artikel 2:18 (wijzigingen na vergunningverlening)

Het eerste lid schrijft voor dat een financiële onderneming waaraan vergunning is verleend de bevoegde toezichtautoriteit op de hoogte stelt van wijzigingen in eerder in het kader van de vergunningaanvraag verstrekte gegevens. Melding hoeft alleen plaats te vinden voor zover de wijzigingen relevant zijn voor de uitoefening van het toezicht. Te denken valt bijvoorbeeld aan wijzigingen in de aard van de activiteiten, in de bedrijfsvoering of in de antecedenten van beleidsbepalers. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de meldingsplicht (tweede lid). Ook kan bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat de in het derde lidgenoemde wijzigingen slechts mogen worden doorgevoerd nadat melding aan de toezichtautoriteit heeft plaatsgevonden, dan wel nadat deze vooraf met de wijziging heeft ingestemd.

§ 2.4 Register financiële markten

Artikelen 2:19 en 2:20 (register)

Financiële ondernemingen waaraan op grond van de onderhavige wet vergunning is verleend worden ingeschreven in een door DNB en de AFM gezamenlijk te houden register, overeenkomstig het bepaalde in deze artikelen. Ook buitenlandse verzekeraars die door middel van dienstverlening in de openbare lichamen actief zijn, nadat zij overeenkomstig artikel 2:23 DNB daarvan kennis hebben gegeven, worden in het register ingeschreven. Het register is openbaar en kan door belanghebbenden en belangstellenden kosteloos worden geraadpleegd. Dit is zowel van belang voor een consument die wil weten of een bepaalde onderneming onder toezicht staat, als voor een professionele marktpartij (bijvoorbeeld een verzekeraar) die met behulp van het register kan nagaan of een onderneming met wie hij zaken wil doen (bijvoorbeeld een tussenpersoon) over de vereiste vergunning beschikt (zie ook de artikelen 4:40, 4:41 en 4:46).

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de indeling en inrichting van het register, de daarin op te nemen gegevens en de wijziging van die gegevens. Wat dat laatste betreft valt bijvoorbeeld te denken aan de reikwijdte van een verleende vergunning (voor welke branches heeft een schadeverzekeraar vergunning), aan de zakelijke relaties die een bemiddelaar eventueel onderhoudt met een aanbieder, aan de (onder)volmachten waarover een (onder)gevolmachtigde agent beschikt, en aan mogelijke bijzondere omstandigheden, zoals het feit dat een financiële onderneming nog slechts bevoegd is tot afwikkeling van haar bedrijf (vergelijk artikel 2:17).

§ 2.5 Bijzondere bepalingen

Artikel 2:21 (verbod op gebruik woord bank)

Dit artikel verbiedt, in navolging van de Wtk BES (artikel 44), het gebruik van de woorden «bank», «krediet» en «spaar» door anderen dan kredietinstellingen, tenzij uit de context duidelijk blijkt dat de betrokken onderneming of instelling niet werkzaam is op de financiële markten. Het tweede lid voorziet in een uitzondering voor het gebruik van het woord «krediet» door kredietaanbieders, aangezien dat niet altijd kredietinstellingen zijn.

Artikel 2:22 (verbod aantrekken opvorderbare gelden)

Dit artikel bevat een verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek. Dit is nu geregeld in artikel 45 van de Wtk BES. Voor de formulering van dit artikel is aangesloten bij artikel 3:5 van de Wft. Het verbod beoogt te voorkomen dat instellingen of personen die geen kredietinstelling zijn gelden van het publiek aantrekken of ter beschikking hebben of verkrijgen, zonder dat bij deze instellingen of personen voldoende financiële waarborgen aanwezig zijn om te zorgen dat op een verantwoorde manier met deze gelden wordt omgegaan en het geld op elk moment weer kan worden terugbetaald. Het verbod richt zich tot een ieder die de bedoelde activiteiten in de openbare lichamen verricht, met andere woorden, iedere persoon of instelling die zich tot het publiek aldaar richt, ongeacht waar deze persoon of instelling is gevestigd.

Niet alleen het aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van opvorderbare gelden is verboden, ook voor het daarbij bemiddelen geldt een verbod. De verboden van het eerste lid gelden niet als de gelden worden aangetrokken of verkregen door kredietinstellingen of door de Staat, of als de gelden worden aangetrokken of verkregen door het aanbieden van effecten, zolang dat laatste geschiedt in overeenstemming met de voorschriften van paragraaf 5.4 van de wet. In de genoemde situaties is ook het bemiddelingsverbod niet van toepassing.

Artikel 2:23 (inkomende dienstverrichting verzekeraars)

Artikel 2:23 heeft betrekking op verzekeraars die vanuit een vestiging buiten de openbare lichamen verzekeringen aanbieden in de openbare lichamen. Zij hebben daarvoor geen vergunning nodig: artikel 2:1 heeft, net als de overeenkomstige bepalingen in de Wtv BES en analoog aan de Wft, alleen betrekking op de uitoefening van het verzekeringsbedrijf vanuit een vestiging in de openbare lichamen. Het is wel gewenst dat een verzekeraar die diensten wil verrichten naar de openbare lichamen, daarvan DNB vooraf op de hoogte stelt. Aan deze notificatie worden de in het eerste lid, onderdelen a tot en met d, genoemde voorwaarden verbonden. De verzekeraar dient zijn zetel te hebben in Curaçao of Sint

Maarten, dan wel in een op grond van artikel 3:1, tweede lid, aangewezen staat. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat vertrouwd kan worden op het toezicht in het land van herkomst, en dat de samenwerking tussen de toezichtautoriteiten in de BES en de buitenlandse toezichthoudende instantie goed is geregeld (zie ook de toelichting bij artikel 3:1). De overige voorwaarden spreken voor zich (vergelijk artikel 2:45 van de Wft). De verzekeraar dient naar het recht van het land van herkomst rechtspersoon te zijn en aldaar bevoegd te zijn het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, en tevens te voldoen aan de solvabiliteitseisen ingevolge artikel 3:17. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent vorm en inhoud van de notificatie. De verzekeraar kan zijn activiteiten in de openbare lichamen aanvangen zodra DNB de ontvangst van de notificatie heeft bevestigd.

De gekozen systematiek brengt mee dat slechts een beperkt aantal bepalingen van deze wet van toepassing is op verzekeraars die door middel van dienstverrichting in de openbare lichamen actief zijn. Daaronder vallen alle gedragsregels, waaronder de artikelen 4:31 tot en met 4:34 en de paragrafen 5.1 tot en met 5.3. Ook is een tweetal artikelen uit hoofdstuk 3 van toepassing op deze categorie verzekeraars. Op grond van artikel 3:15 bestaat de mogelijkheid voor te schrijven dat de verzekeraar in de openbare lichamen een vertegenwoordiger dient aan te wijzen (zie de toelichting bij dat artikel), en in het kader van de notificatieprocedure wordt getoetst of de verzekeraar voldoet aan de solvabiliteitseisen van artikel 3:17. Voor de goede orde zij opgemerkt dat laatstgenoemde toets eenmalig is: er is geen sprake van doorlopend prudentieel toezicht op verzekeraars die uitsluitend door middel van dienstverrichting in de openbare lichamen actief zijn.

Op grond van het vijfde lid kunnen zo nodig nadere regels worden gesteld met betrekking tot het aanbieden van verzekeringen vanuit een vestiging in het buitenland, indien mocht blijken dat in die situatie aanvullende waarborgen wenselijk zijn.

Hoofdstuk 3. Algemene bepalingen betreffende financiële ondernemingen

§ 3.1 Zetel en rechtsvorm

Artikel 3:1 (plaats van zetel)

Een financiële onderneming die in de openbare lichamen actief wil zijn, dient in beginsel haar zetel in de openbare lichamen, dan wel in Curaçao of Sint Maarten te hebben. Deze bepaling (vergunningvoorwaarde) brengt tot uitdrukking dat het voor een financiële onderneming met zetel in de voormalige Nederlandse Antillen die in het bezit is van de vereiste vergunning, mogelijk is op grotendeels dezelfde manier als voor de staatkundige hervorming haar activiteiten in de openbare lichamen voort te zetten of aan te vangen. Als de zetel zich in de openbare lichamen bevindt zijn alle bepalingen van deze wet van toepassing, bevindt de zetel zich in Curaçao of Sint Maarten, dan berust het home country toezicht bij de CBCS. Gelet op de afstemming tussen de toezichtregels en de tussen DNB en de CBCS gemaakte afspraken over de uitvoering van het toezicht, is het dan niet meer nodig de betrokken financiële ondernemingen ook vanuit de openbare lichamen aan prudentieel toezicht te onderwerpen. (De gedragsregels zijn uiteraard wel van toepassing.) Op deze wijze wordt bereikt dat de nieuwe grenzen tussen de openbare lichamen en de landen Curaçao en Sint Maarten niet leiden tot onnodige toetredingsdrempels en versnippering van de markt.

In bijzondere gevallen kan worden afgeweken van de eis dat de financiële onderneming haar zetel in de voormalige Nederlandse Antillen dient te hebben. Dit kan slechts indien voldoende vertrouwen bestaat in de voor die onderneming geldende toezichtregels en de op de onderneming van toepassing zijnde toezichtarrangementen. Tevens is van belang dat tussen de toezichthoudende instantie in het land van herkomst en DNB respectievelijk de AFM een overeenkomst is afgesloten inzake samenwerking en informatie-uitwisseling. Onze Minister kan ter zake regels stellen (artikel 3:1, tweede lid). Opgemerkt zij dat het niet de bedoeling is onderzoek te (laten) doen naar de kwaliteit, in den brede, van de toezichtwetgeving en de uitvoering van het toezicht in de staat van herkomst, om daarna alle uit die staat afkomstige financiële ondernemingen op dezelfde wijze te behandelen. Voorop staan de omstandigheden van het concrete geval.

Het derde lid van artikel 3:1 biedt de mogelijkheid bepaalde activiteiten van buitenlandse financiële ondernemingen in de openbare lichamen slechts toe te staan als deze worden verricht vanuit een aldaar gevestigd bijkantoor. Aanleiding voor het stellen van een dergelijke eis kan zijn dat effectief toezicht op die activiteiten alleen mogelijk is als zij worden verricht vanuit een vestiging in de openbare lichamen. Aangezien het opleggen van een vestigingsvereiste een zwaar middel is, en binnen de voormalige Nederlandse Antillen op gespannen voet zou staan met het hierboven geschetste uitgangspunt om de marktverhoudingen van voor de staatkundige hervorming zoveel mogelijk te eerbiedigen, zal van de genoemde mogelijkheid alleen na gebleken noodzaak gebruik worden gemaakt.

Artikel 3:2 (buitenlandse ondernemingen)

Artikel 3:2 heeft betrekking op financiële ondernemingen met zetel in het buitenland, dat wil zeggen buiten de openbare lichamen. Uit artikel 3:1 vloeit voort dat in dat geval de zetel zich in beginsel in Curaçao of Sint Maarten bevindt, al laat het tweede lid van artikel 3:1 onder zekere voorwaarden uitzonderingen toe. Om in de openbare lichamen activiteiten te mogen verrichten zal de betrokken financiële onderneming in elk geval in haar land van herkomst bevoegd moeten zijn tot de uitoefening van die activiteiten. Op grond van het tweede lid kunnen daarnaast beperkingen worden gesteld aan de aard en omvang van de activiteiten in de openbare lichamen en kunnen daaraan nog andere voorwaarden worden verbonden. Zoals uiteengezet in het algemene deel van deze toelichting (paragraaf 4, onderdeel b) is het de bedoeling dat bijkantoren, mede gelet op de ter zake te verlenen vrijstellingen, slechts onder strikte voorwaarden in de openbare lichamen worden toegelaten. Dit zal worden uitgewerkt op basis van de grondslag in het tweede lid en het volgende inhouden:

- (i) alleen kleine bijkantoren (omvanggrens) vallen onder het beoogde bijkantorenregime, en
- (ii) de bijkantoren mogen zich niet bezighouden met offshore-activiteiten.

De eerste voorwaarde hangt samen met het feit dat grote bijkantoren, anders dan kleine, in redelijkheid in staat geacht kunnen worden zelfstandig aan de eisen van deze wet te voldoen. Er is dan minder noodzaak voor het voorgestelde bijkantorenregime met de bijbehorende vrijstellingen, dat vooral tot doel heeft de kleine bijkantoren te ontzien. De tweede voorwaarde leidt ertoe dat een financiële onderneming die zich in substantiële mate richt tot personen of partijen buiten de voormalige Nederlandse Antillen dat niet via een bijkantoor kan doen maar daartoe een rechtspersoon zal moeten oprichten.

Artikel 3:3 (rechtsvorm)

Ingevolge artikel 16 van de Wtv BES dient een verzekeraar met zetel in de openbare lichamen de rechtsvorm van een naamloze vennootschap, besloten vennootschap of onderlinge waarborgmaatschappij te bezitten. Deze bepaling is overgenomen in het eerste lid van artikel 3:3, met dien verstande dat de rechtsvorm van besloten vennootschap niet (meer) in overeenstemming wordt geacht met de belangen van verzekeringnemers en (potentiële) begunstigen. Ook de Wft staat slechts toe dat een verzekeraar een naamloze vennootschap dan wel onderlinge waarborgmaatschappij is. Verzekeraars met zetel in het buitenland (dat wil zeggen: buiten de openbare lichamen) dienen net als thans (artikel 21, onderdeel a, van de Wtv BES) naar het recht van hun land of staat van herkomst rechtspersoonlijkheid te hebben.

Bij algemene maatregel van bestuur kunnen tevens regels worden gesteld omtrent de toegelaten rechtsvorm voor andere categorieën financiële ondernemingen, alsmede regels met betrekking tot de structurering en inrichting van de onderneming. Een voorschrift ten aanzien van de structurering en inrichting zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat er binnen de onderneming een toezichthoudend orgaan dient te zijn.

§ 3.2 Bestuur, inrichting en bedrijfsvoering

Artikel 3:4 (betrouwbaarheid beleidsbepalers)

Ingevolge artikel 3:4 moet de betrouwbaarheid van beleidsbepalers en medebeleidsbepalers van financiële ondernemingen buiten twijfel staan. Het artikel is ook van toepassing op personen die een substantiële invloed uitoefenen op het beleid of op de besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van de financiële onderneming. Dit zou kunnen blijken uit de statuten, reglementen of interne afspraken. Als een (mede)beleidsbepaler een rechtspersoon is, zoals de beheerder van een beleggingsinstelling (vergelijk artikel 4:2), dan dienen de (mede)beleidsbepalers van die rechtspersoon aan de norm van het eerste lid te voldoen.

Dezelfde betrouwbaarheidseis geldt voor commissarissen en leden van een ander binnen de onderneming aanwezig toezichthoudend orgaan. Een persoon wordt geacht betrouwbaar te zijn indien hij zich onthoudt van gedragingen die in de weg staan aan het vervullen van zijn (toekomstige) functie. De persoon in kwestie zal onder andere worden beoordeeld aan de hand van strafrechtelijke, financiële en toezichtantecedenten. Veroordelingen wegens misdrijven en economische delicten kunnen in beginsel een beletsel voor benoeming vormen.

Het tweede lid schrijft voor dat in beginsel een bepaalde persoon slechts eenmaal wordt getoetst, tenzij zich wijzigingen voordoen in de antecedenten of andere omstandigheden aanleiding geven tot hernieuwde beoordeling. De regels ten aanzien van de beoordeling van de betrouwbaarheid en de feiten en omstandigheden die daarbij in aanmerking worden genomen, worden ingevolge het derde lid bij algemene maatregel van bestuur uitgewerkt. In die maatregel kan ook worden bepaald dat periodiek een nieuwe toetsing van de beoordeling plaatsvindt. De periodieke toetsing van de betrouwbaarheid kwam reeds voor in de Antilliaanse praktijk. Daar werd een beleids- of medebeleidsbepaler om de drie jaar getoetst conform artikel 3 van de Beleidsregel betrouwbaarheids-toetsing BNA.

Artikel 3:5 (deskundigheid beleidsbepalers)

Beleidsbepalers en medebeleidsbepalers, alsmede de commissarissen en andere met intern toezicht belaste personen, dienen deskundig te zijn in verband met het door de onderneming uitgeoefende bedrijf. De bedoelde personen zijn de natuurlijke personen die het dagelijks beleid daadwerkelijk bepalen. In situaties waarbij bijvoorbeeld bepaalde, met het dagelijks beleid verband houdende bevoegdheden zijn gedelegeerd aan een daartoe aangewezen persoon zal laatstgenoemde ook als dagelijks beleidsbepaler worden aangemerkt. Voor het bepalen van de groep te toetsen personen zal dus niet slechts naar de juridische structuren moeten worden gekeken, maar ook naar degenen die feitelijk invloed hebben op de beleidsvorming. De deskundigheid wordt afgemeten aan de opleiding en ervaring van de betrokkene in verband met de uitoefening van het door de onderneming uitgeoefende bedrijf.

Opgemerkt zij nog dat artikel 3:5, in tegenstelling tot artikel 3:4, geen bepaling bevat op grond waarvan een beleidsbepaler, wiens deskundigheid eenmaal is vastgesteld, wordt vermoed deskundig te zijn zolang er geen aanleiding bestaat voor een nieuwe beoordeling. De reden hiervoor is dat de deskundigheidseis in artikel 3:5 steeds moet worden gezien in het licht van het door de onderneming uitgeoefende bedrijf: de beleidsbepaler moet deskundig zijn in verband met de uitoefening van dat specifieke bedrijf. Dit betekent dat veranderingen in het door de onderneming uitgeoefende bedrijf – bijvoorbeeld omdat de activiteiten van de onderneming complexer worden of omdat de onderneming haar activiteiten uitbreidt – ook consequenties kunnen hebben voor de deskundigheid die van haar beleidsbepalers wordt verlangd. De deskundigheidseis is wat dat betreft een dynamische eis, die meegroeit of mee verandert met het bedrijf van de onderneming. Hierin onderscheidt de deskundigheidseis zich van de betrouwbaarheidseis van artikel 3:4, die niet is gerelateerd aan het bedrijf van de onderneming, maar aan de persoon van de beleidsbepaler.

Artikelen 3:6 en 3.7 (aantal en benoeming beleidsbepalers)

Artikel 3:6 verschaft een grondslag om het aantal natuurlijke personen dat het dagelijks beleid van een financiële onderneming bepaalt aan te wijzen. Bij beleggingsinstellingen, kredietinstellingen, vermogensbeheerders en verzekeraars zal het aantal uit minimaal twee natuurlijke personen moeten bestaan. Hiermee wordt invulling gegeven aan het zogenaamde vierogen-principe of beginsel van tweehoofdige dagelijkse leiding. De regel dat twee of meer natuurlijke personen het dagelijks beleid moeten bepalen, dient als waarborg voor de continuïteit en kwaliteit van de bedrijfsuitoefening en de dienstverlening.

Voorts kan bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat één of meer van de beleidsbepalers of medebeleidsbepalers in een openbaar lichaam woonachtig moet zijn. Een vergelijkbare eis wordt thans al door de CBCS gesteld aan de bestuurders van kredietinstellingen.

Artikel 3:7 schrijft voor dat beleidsbepalers slechts kunnen worden benoemd na voorafgaande toestemming van de bevoegde toezichtautoriteit. Deze kan aldus de betrouwbaarheid en deskundigheid van de kandidaat-beleidsbepalers toetsen alvorens de vereiste goedkeuring te verlenen.

Artikelen 3:8 en 3:9 (integere en beheerste bedrijfsuitoefening)

Een financiële onderneming dient zorg te dragen voor een beheerste en integere bedrijfsuitoefening (de terminologie hiervoor in de Nederlandse Antillen was de administratieve organisatie en interne controleprocedures). De financiële onderneming dient een adequaat, op dat doel gericht beleid te voeren en de inrichting van haar bedrijfsvoering daarop af te stemmen. Zij beslist in beginsel zelf hoe zij invulling geeft aan dit beleid.

De bedrijfsvoering van een financiële onderneming bestaat uit de volgende aspecten: algemene aspecten (die noch specifiek prudentieel noch specifiek gedragstypisch van aard zijn), integriteitaspecten, prudentiële aspecten (gericht op het bevorderen van de soliditeit van de financiële onderneming) en gedragsaspecten (gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhouding tussen marktpartijen en een zorgvuldige behandeling van cliënten).

De integere bedrijfsvoering heeft betrekking op het voorkomen van de in artikel 3:8, tweede lid, opgesomde handelingen en relaties die het vertrouwen in de onderneming of de markt als geheel kunnen schaden. Artikel 3:8, tweede lid, bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot een aantal integriteitonderwerpen. Deze regels zullen onder andere betrekking hebben op het tegengaan van verstrengeling van tegenstrijdige belangen van een financiële onderneming en haar bestuurders en commissarissen, de beoordeling van de betrouwbaarheid van werknemers en de behandeling en administratieve vastlegging van incidenten.

Ingevolge artikel 3:9, tweede lid, zullen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de beheerste bedrijfsvoering. Van belang is met name dat financiële ondernemingen een goed risicobeheer voeren, gericht op het waarborgen van hun financiële soliditeit. Er moeten procedures zijn voor de instandhouding van de financiële waarborgen (onder meer liquiditeitseisen en solvabiliteitseisen) en voor de beheersing van overige financiële en operationele risico's. De risicobeheersing dient zodanig te geschieden dat het totale risicoprofiel van de financiële onderneming steeds in een gezonde verhouding staat tot haar financiële middelen met als doel het waarborgen van de doorlopende adequate kapitalisatie van de financiële onderneming.

Voor verleners van financiële diensten houdt artikel 3:9 vooral in dat zij een beleid hebben, en hun bedrijfsvoering zo inrichten, dat een zorgvuldige behandeling van hun klanten gewaarborgd is. Voor elke financiële onderneming geldt dat zij zich bewust dient te zijn van potentiële risico's voor haar bedrijfsvoering en financiële positie, en van haar verantwoordelijkheid ten opzichte van klanten en andere derden. Dit dient te blijken uit een daarop gericht beleid en uit de implementatie van dat beleid.

Voor een goede bedrijfsvoering is tevens vereist dat de administratieve organisatie en de interne controleprocedures nauwkeurig zijn beschreven en vastgelegd, en dat de beschreven regels en procedures steeds worden nageleefd. De beschrijving dient uiteraard te worden bijgehouden en te allen tijde up-to-date te zijn.

Artikel 3:10 (doorzichtige zeggenschapstructuur)

Net als de meeste artikelen in deze paragraaf is artikel 3:10 niet nieuw. Het stelt nog eens duidelijk vast dat een financiële onderneming geen deel mag uitmaken van een groep met een ondoorzichtige zeggenschap-

structuur (eerste lid). Ook mag het niet zo zijn dat de toepasselijkheid van buitenlands recht een adequate uitoefening van toezicht belemmert (tweede lid). Via het opstellen van een organogram kan de financiële onderneming inzicht geven in de structuur waarvan zij deel uitmaakt. Indien er toch sprake mocht zijn van een ondoorzichtige zeggenschapsstructuur zal aan de betrokken onderneming geen vergunning worden verleend. Ook zal geen verklaring van geen bezwaar worden verleend ter zake van een voorgenomen deelneming in een financiële onderneming, als die deelneming tot een dergelijke situatie zou leiden.

Artikel 3:11 (vakbekwaamheid werknemers)

Artikel 3:11 is verwant aan artikel 3:5. Op grond van laatstgenoemd artikel dient een beleidsbepaler voldoende deskundig te zijn om leiding te geven aan de onderneming. Artikel 3:11 houdt in dat degenen, werknemers en anderen, die zich in direct contact met klanten en onder verantwoordelijkheid van de financiële onderneming bezighouden met het aanbieden van financiële producten of het verlenen van financiële diensten, daartoe over de benodigde vakbekwaamheid dienen te beschikken. Een financiële onderneming dient niet alleen te zorgen voor de inhoudelijke vakbekwaamheid van werknemers, maar bijvoorbeeld ook voor die van uitzendkrachten, gedetacheerden die werkzaam zijn bij de financiële onderneming en loondienstagenten. Een dergelijk vereiste bestaat in het Europese deel van Nederland sinds de invoering van de Wet financiële dienstverlening, maar is nieuw voor de openbare lichamen. De eis van vakbekwaamheid werd in de voormalige Nederlandse Antillen, en wordt thans in de openbare lichamen gesteld aan assurantiebemiddelaars, maar niet aan bemiddelaars in andere producten of aan andere verleners van financiële diensten. Niettemin is het in alle situaties die door dit artikel worden bestreken een welhaast vanzelfsprekende norm.

Conform het tweede lid zal de vereiste vakbekwaamheid moeten blijken uit het bezit van relevante diploma's. Dit lid voorziet tevens in de mogelijkheid dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld omtrent de erkenning van exameninstututen die bevoegd zijn zulke diploma's af te geven.

Artikel 3:12 (klachtbehandeling)

Artikel 3:12 moet in samenhang worden gelezen met artikel 5:9 van deze wet. De klachtenprocedure als bedoeld in het eerste lid ziet op de behandeling van klachten binnen de financiële onderneming zelf. De financiële onderneming dient in haar organisatie zodanige maatregelen te treffen dat klachten spoedig, zorgvuldig en consistent afgehandeld kunnen worden. Een zorgvuldige behandeling vereist onder meer het voeren van een behoorlijke klantenadministratie, zodat de klanthistorie nagegaan kan worden. Ook het administreren van de klacht zelf plus de behandeling hiervan is van belang om te bewerkstelligen dat een klacht inhoudelijk consistent behandeld wordt. Daarnaast is een objectieve houding van de financiële onderneming ten aanzien van de klacht vereist. Het is niet nodig dat een financiële onderneming voor al haar financiële diensten en producten aparte klachtenprocedures inricht; volstaan kan worden met één interne klachtenprocedure.

In het tweede lid wordt geanticipeerd op de mogelijke instelling van een geschilleninstantie als schakel tussen de klacht van de consument bij de financiële dienstverlener zelf en een gerechtelijke procedure. Met een geschil wordt dan bedoeld op een klacht ten aanzien waarvan de consument en de financiële dienstverlener geen overeenstemming over een oplossing hebben bereikt. In vele landen is een vorm van buitenge-

rechtelijke geschillenbeslechting reeds gebruik, al dan niet van overheidswege of door de financiële sector georganiseerd. In het Europese deel van Nederland is het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) actief, bestaande uit een ombudsman, een geschillencommissie en een beroepscommissie. Het Kifid wordt door de financiële sector zelf bekostigd. Op dit moment bestaat er geen geschilleninstantie op de voormalige Antilliaanse eilanden.

Hoewel een initiatief tot een vorm van klachtenbeslechting zou zijn aan te moedigen, wordt het niet verplicht gesteld; de markt is zodanig klein en afhankelijk van hoofdkantoren uit Curaçao en Sint Maarten dat een dergelijke verplichting uit een oogpunt van kosten en een gelijk speelveld ten opzichte van genoemde landen niet te verantwoorden is. Er dient daarnaast voldoende draagvlak voor een dergelijke instantie te zijn omdat consumenten op vrijwillige basis kunnen besluiten hun klacht al dan niet aan de geschilleninstantie voor te leggen. Mocht evenwel overgegaan worden tot de instelling van een geschilleninstantie, dan kan die instantie worden erkend door de minister. De erkenningsvereisten, waaronder de werkwijze en procedures van de geschilleninstantie, kunnen worden uitgewerkt en toegelicht bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (ingevolge het derde lid).

Artikel 3:13 (uitbesteding aan derden)

Onder uitbesteding wordt verstaan het op structurele basis laten uitvoeren van werkzaamheden, daaronder begrepen processen of delen van processen, door onafhankelijke derden. In de huidige wetgeving komt deze bepaling niet voor. Ingevolge artikel 3:13 dient een financiële onderneming die werkzaamheden uitbesteedt erop toe te zien dat de op de desbetreffende activiteiten van toepassing zijnde wettelijke regels ook in dat geval worden nageleefd, maar nu door de betrokken derden (eerste lid). Aan het uitbesteden van werkzaamheden kunnen voor de financiële onderneming risico's zijn verbonden die ingevolge wettelijke bepalingen adequaat moeten worden beheerst. Voorkomen moet worden dat de betrokken werkzaamheden worden onttrokken aan het zicht van de toezichtautoriteit en zo het toezicht zouden bemoeilijken.

De financiële onderneming blijft te allen tijde verantwoordelijk voor de beheersing van de risico's die verbonden zijn aan de uitbestede werkzaamheden. Bij de selectie van degene aan wie bepaalde werkzaamheden worden uitbesteed, dient dan ook de nodige zorgvuldigheid in acht te worden genomen. Het tweede lid bepaalt dat geen activiteiten mogen worden uitbesteed aan een derde, aan wie het niet is toegestaan, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van de vereiste vergunning, deze activiteiten te verrichten. Op grond van het derde lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld omtrent de uitbesteding van werkzaamheden. Deze regels kunnen bijvoorbeeld inhouden dat de uitbesteding wordt vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. Tevens kan worden bepaald dat bepaalde soorten werkzaamheden niet mogen worden uitbesteed.

Artikel 3:14 (buitenlandse ondernemingen)

Artikel 3:14 heeft betrekking op financiële ondernemingen met zetel in het buitenland, dat wil zeggen financiële ondernemingen die in de openbare lichamen actief zijn vanuit een lokaal bijkantoor of door middel van dienstverrichting. De systematiek van het wetsvoorstel houdt in dat in de meeste bepalingen geen onderscheid wordt gemaakt tussen financiële ondernemingen met zetel in de openbare lichamen en daarbuiten. Dit zou ertoe kunnen leiden dat onduidelijkheid kan ontstaan over de vraag hoe

een bepaling moet worden uitgelegd als de financiële onderneming alleen een bijkantoor in de openbare lichamen heeft of niet beschikt over een lokale vestiging. Artikel 3:14 bevat voor die situaties een algemene regeling.

Ingevolge dit artikel hebben de verplichtingen die uit paragraaf 3.2 voortvloeien, in het geval van financiële ondernemingen met zetel in het buitenland betrekking op de activiteiten die in of vanuit de openbare lichamen – doorgaans vanuit een bijkantoor – worden verricht. De regels zien in dat geval dus op het bestuur, de inrichting en bedrijfsvoering van het bijkantoor. Deze verduidelijking is nodig, omdat de bepalingen zijn gericht tot de financiële onderneming. Het is niet de bedoeling eisen te stellen met betrekking tot het gehele bedrijf van een financiële onderneming met zetel in het buitenland: wat telt zijn de activiteiten van het in de openbare lichamen actieve bijkantoor. De voorschriften ten aanzien van beleidsbepalers houden in het geval van bijkantoren derhalve in dat degenen die het beleid van het bijkantoor bepalen of mede bepalen betrouwbaar en deskundig moeten zijn. Een ander voorbeeld: ingevolge de artikelen 3:8 en 3:9 moet de bedrijfsuitoefening van het bijkantoor integer en beheerst zijn. Artikel 3:14 berust mede op de gedachte dat de toezichthoudende autoriteit in het land van herkomst toeziet op de naleving van soortgelijke regels door de financiële onderneming als geheel.

Artikel 3:15 (verplichte vertegenwoordiger)

Artikel 3:15 heeft eveneens betrekking op financiële ondernemingen met zetel in het buitenland die in de openbare lichamen actief zijn. Bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat deze in de openbare lichamen een vertegenwoordiger dienen aan te stellen. Een dergelijke regeling bestaat reeds voor verzekeraars op grond van de Wtv BES (de Wft kent een vergelijkbare regeling). Denkbaar is dat ook ten aanzien van andere categorieën financiële ondernemingen behoefte bestaat aan de figuur van een vertegenwoordiger. Doordat deze over volledige vertegenwoordigingsbevoegdheid dient te beschikken, en gehouden is namens de financiële onderneming aan de in de openbare lichamen geldende voorschriften te voldoen, heeft de toezichtautoriteit een direct, tot handelen bevoegd aanspreekpunt om de naleving van die regels door de betrokken buitenlandse financiële onderneming af te kunnen dwingen. Aan een dergelijk aanspreekpunt zal met name behoefte bestaan wanneer de financiële onderneming haar zetel heeft buiten het gebied van de voormalige Nederlandse Antillen en niet over een lokale vestiging beschikt, maar mogelijk ook als deze in de openbare lichamen actief is door middel van een bijkantoor. Dat laatste biedt niet altijd de zekerheid dat de toezichtautoriteit een voldoende bevoegd aanspreekpunt heeft.

§ 3.3 Financiële waarborgen

Artikel 3:16 en 3:17 (minimumvermogen en solvabiliteit)

Paragraaf 3.3 bevat een aantal prudentiële kernbepalingen, die beogen zeker te stellen dat financiële ondernemingen solvabel en liquide zijn, dan wel beschikken over andere, bij de aard van het uitgeoefende bedrijf passende, financiële waarborgen. Deze financiële waarborgen dienen ervoor te zorgen dat bijvoorbeeld rekeninghouders en spaarders die hun gelden aan kredietinstellingen toevertrouwen de zekerheid hebben dat hun geld in goede handen is en op de overeengekomen tijdstippen terugbetaald wordt. Ook verzekeringnemers moeten erop kunnen vertrouwen dat verzekeraars aan hun verzekeringsverplichtingen kunnen

voldoen. Evenzo is bij andere categorieën financiële ondernemingen de financiële soliditeit (en het vertrouwen daarin door de cliënt) een belangrijk vereiste.

De artikelen 3:16 en 3:17 zien op het minimum eigen vermogen en de solvabiliteit van financiële ondernemingen. In de huidige Antilliaanse wetgeving zijn deze eisen reeds van toepassing op kredietinstellingen en (in de vorm van de vereiste solvabiliteitsmarge en het minimumbedrag daarvan) op verzekeraars. De categorieën financiële ondernemingen die in de nieuwe situatie dienen te beschikken over minimum eigen vermogen en solvabiliteit is in deze wet uitgebreid met de bemiddelaars in effecten, elektronischgeldinstellingen en vermogensbeheerders. Beleggingsmaatschappijen dienen op grond van artikel 3:16 te beschikken over een minimumbedrag aan eigen vermogen, maar hoeven niet te voldoen aan de solvabiliteitsbepalingen. (In het geval van beleggingsfondsen rust de eis van een minimumbedrag aan eigen vermogen op de beheerder; zie daarvoor artikel 4:5. Laatstgenoemd artikel bevat tevens een soortgelijke eis voor de aan een beleggingsinstelling verbonden bewaarder.)

Het vereiste minimumbedrag aan eigen vermogen en de solvabiliteits eisen zijn eisen waaraan doorlopend moet worden voldaan. Met name de eerstgenoemde eis is tevens van belang bij de aanvang van de activiteiten en in het kader van de aanvraag van een vergunning.

Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald uit welke vermogensbestanddelen het eigen vermogen kan bestaan. Dit is mede afhankelijk van de rechtsvorm van de financiële onderneming.

Het tweede lid van artikel 3:16 bepaalt dat een verzekeraar dient te beschikken over financiële middelen tot dekking van de kosten voor de inrichting van de administratie en van het productienet, naast het minimumbedrag aan eigen vermogen. Aan deze eis, die bij de aanvraag van de vergunning wordt gesteld, moet tevens tijdens het reguliere toezicht worden voldaan. Indien de kosten van de inrichting van de administratie en het productienet bij de vergunningaanvraag nog niet bekend zijn, zal het gaan om de te verwachten kosten.

Artikel 3:17 regelt de verplichting voor bemiddelaars in effecten, elektronischgeldinstellingen, kredietinstellingen, vermogensbeheerders en verzekeraars om voldoende solvabel te zijn. Het solvabiliteitsvereiste is erop gericht dat financiële ondernemingen voldoende eigen vermogen aanhouden ten opzichte van de omvang van hun verplichtingen en de aard en de grootte van hun bedrijfsrisico's. Zij dienen in staat te zijn ongunstige ontwikkelingen in het bedrijfsklimaat op te vangen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt de minimumomvang, de samenstelling en de berekening van de vereiste solvabiliteit voor de verschillende categorieën financiële ondernemingen uitgewerkt. Een vergunninghoudende financiële onderneming die haar activiteiten geleidelijk uitbreidt zal op grond van artikel 3:17 over een steeds hogere solvabiliteit moeten beschikken, afhankelijk van de aard en risico's van die activiteiten en de omvang ervan.

Zoals in het algemene deel van deze toelichting bleek, is het de bedoeling dat de solvabiliteits eisen voor kredietinstellingen in overeenstemming worden gebracht met Bazel II. Ook dat zal zijn beslag krijgen via de al genoemde algemene maatregel van bestuur, en ten dele, voor zover het gaat om technische aspecten, in toezichthouderregels van DNB.

De markt voor de effectenhandel op de BES-eilanden is (zeer) klein en basaal. Daarom worden in beginsel geen (zware) kapitaaleisen gesteld aan de bemiddelaar in effecten en vermogensbeheerders. Bemiddelaars in effecten die zich alleen bezighouden met relatief eenvoudige activiteiten zoals het ontvangen en doorgeven van orders of het verlenen van advies aan cliënten, zullen niet behoeven te beschikken over een minimumbedrag aan eigen vermogen of te voldoen aan solvabiliteits-eisen, maar kunnen volstaan met het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die dekking biedt tot een bepaald bedrag per claim. Dit wordt pas anders als de bemiddelaar in effecten ook andere activiteiten verricht, zoals het daadwerkelijk uitvoeren van orders of het op eigen naam verrichten van effectentransacties. In dat geval zal hij, gezien de te lopen financiële risico's, moeten voldoen aan kapitaaleisen. Deze eisen zullen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitgewerkt.

Artikel 3:18 (liquiditeit)

Kredietinstellingen en bepaalde soorten beleggingsinstellingen dienen over voldoende liquiditeit beschikken. Dit houdt in dat de betrokken financiële onderneming steeds in staat moet zijn aan haar korte termijn betalingsverplichtingen te voldoen. Een belangrijk deel van de passiva van deze financiële ondernemingen bestaat immers uit direct of op korte termijn opvorderbare gelden. De soorten beleggingsinstellingen die dienen te beschikken over liquiditeit zijn de beleggingsinstellingen waarvan de rechten van deelneming op verzoek van de deelnemers ten laste van de activa direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald.

Voor vermogensbeheerders, bemiddelaars in effecten en verzekeraars gelden geen liquiditeitsvoorschriften. Zo heeft een verzekeraar een zogenaamde omgekeerde productiecycclus. De verzekeraar ontvangt eerst de premies en later blijkt pas of al dan niet moet worden uitgekeerd. Ook een vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten heeft geen direct opeisbare verplichtingen ten opzichte van zijn cliënten. Een en ander neemt niet weg dat detoezichtautoriteit (in casu DNB) in het kader van de bedrijfsvoering (artikel 3:9) mede let op de procedures voor het waarborgen van de liquiditeitspositie van een bemiddelaar in effecten, vermogensbeheerder en een verzekeraar.

Artikel 3:19 (technische voorzieningen verzekeraar)

Verzekeraars dienen toereikende technische voorzieningen aan te houden en ervoor te zorgen dat deze volledig door waarden zijn gedekt. Deze verplichting is bedoeld om te waarborgen dat verzekeraars te allen tijde over voldoende middelen beschikken om aan hun verplichtingen te kunnen voldoen. De technische voorzieningen weerspiegelen de verplichtingen die voor de verzekeraar voortvloeien uit de door hem afgesloten verzekeringen. Zij dienen op actuariële verantwoorde en voldoende adequate wijze te worden berekend, opdat de verzekeraar ook op langere termijn in staat is aan de genoemde verplichtingen te voldoen. De technische voorzieningen moeten volledig worden gedekt door vorderingen of beleggingen. Hiervoor worden ook regels gesteld, bijvoorbeeld dat de beleggingen voldoende zijn gespreid en gediversifieerd.

Het tweede lid bepaalt dat de premies voor levensverzekeringen op adequate wijze worden vastgesteld. Dit houdt in dat uit de premies zowel de uitkeringen en de kosten als de benodigde toevoeging aan de technische voorzieningen kunnen worden gefinancierd.

Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld omtrent de berekening van de technische voorzieningen en de daarbij te hanteren grondslagen, en omtrent de waarden ter dekking van de technische voorzieningen. Bij die maatregel kan worden bepaald waar deze waarden moeten worden aangehouden (lokalisatie) en in welke muntsoort zij dienen te luiden (congruentie).

Artikelen 3:20 en 3:21 (solvabiliteit buitenlandse ondernemingen)

Deze artikelen hebben betrekking op financiële ondernemingen met zetel in het buitenland die in de openbare lichamen actief zijn door middel van een (klein) bijkantoor. Het voorgestelde beleid ten aanzien van bijkantoren is eerder besproken in het algemene deel van deze toelichting (paragraaf 4, onderdeel b) en houdt onder andere in dat geen prudentiële eisen worden gesteld aan bijkantoren. In lijn daarmee bepaalt artikel 3:20 dat een financiële onderneming met zetel in het buitenland wordt vermoed aan de in het eerste lid genoemde prudentiële eisen te voldoen zolang zij in het land van herkomst over de vereiste vergunning beschikt en dus aan de daar geldende toezichtregels voldoet. Belangrijk daarbij is dat het om een bewijsvermoeden gaat, en niet om een onweerlegbare aanname. Dit betekent dat DNB, indien zij bijvoorbeeld signalen ontvangt die haar aanleiding geven om te twifelen aan de financiële soliditeit van de onderneming, bevoegd blijft om zich op de hoogte te stellen van de financiële situatie bij de financiële onderneming en van de mogelijke gevolgen daarvan voor het in de openbare lichamen werkzame bijkantoor. Afhankelijk van haar bevindingen kan zij ook maatregelen nemen ter bescherming van de belangen van de klanten van het bijkantoor.

Artikel 3:21 voorziet wel in de mogelijkheid om in het geval van bijkantoren andere aanvullende financiële waarborgen te verlangen. Op grond van het eerste lid kunnen verzekeraars bijvoorbeeld worden verplicht in de openbare lichamen een solvabiliteitsfonds aan te houden dat wordt berekend volgens bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen regels. Genoemde verplichting bestond voorheen al in de Nederlands-Antilliaanse wetgeving. Het tweede lid maakt het mogelijk bij of krachtens algemene maatregel ook aanvullende financiële waarborgen te verlangen van andere categorieën financiële ondernemingen.

Artikel 3:22 (waarborgen houders van een effectenbeurs)

Dit artikel regelt de vereiste financiële waarborgen voor het houden van een effectenbeurs. De houder dient over voldoende financiële middelen te beschikken om ervoor te zorgen dat de effectenbeurs aan alle in paragraaf 4.2 genoemde eisen kan voldoen en ook overigens in alle opzichten kan functioneren zoals van een markt in effecten mag worden verwacht.

Artikel 3:23 (vermogensscheiding)

Een vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten dient ten eerste adequate maatregelen te treffen ter waarborging van de rechten van zijn cliënten op hun effecten en gelden die hij onder zich houdt. De maatregelen dienen onder andere te voorzien in de bescherming van de rechten van de cliënten in geval van faillissement of surséance van betaling van de vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten. Ten tweede dient een vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten adequate maatregelen te treffen om te voorkomen dat hij de effecten en gelden van cliënten voor eigen rekening kan gebruiken. Ten aanzien van effecten geldt hierop de uitzondering dat gebruik voor eigen rekening wél is toegestaan indien de cliënt daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd (vierde lid). De vermogens-

beheerder of bemiddelaar in effecten moet in voorkomend geval de instemming van de cliënt kunnen aantonen en zal die instemming dan ook schriftelijk of anderszins duurzaam moeten vastleggen.

Ook voor trustkantoren staat centraal dat er sprake moet zijn van een adequate vermogensscheiding tussen de gelden en geldswaarden die het trustkantoor ten behoeve van derden onder zich houdt, en de eigen gelden en geldswaarden van het trustkantoor zelf (tweede lid). Een elektronischgeldinstelling dient ervoor te zorgen dat de door haar tegen uitgifte van elektronisch geld ontvangen middelen worden veiliggesteld, zodat zij steeds in staat is aan haar opeisbare verplichtingen te voldoen (derde lid).

Op grond van het vijfde lid kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de maatregelen die een vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten dient te treffen ter waarborging van de rechten van elk van zijn cliënten en de wijze waarop instemming van de cliënt voor het gebruik van diens effecten voor eigen rekening door de vermogensbeheerder of bemiddelaar in effecten kan worden verkregen.

Artikel 3:24 (beroepsaansprakelijkheidsverzekering tussenpersonen)

Een andere vorm van financiële waarborg geldt voor adviseurs, bemiddelaars en gevolmachtigde en ondergevolmachtigde agenten. Zij dienen te beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering ter dekking van schadeclaims voortvloeiend uit bijvoorbeeld een onrechtmatige daad van de betrokken adviseur, bemiddelaar of (onder)gevolmachtigde agent. De reikwijdte en de hoogte van de dekking en de andere verzekeringsvoorwaarden dienen te voldoen aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde voorschriften.

Artikel 3:25 (meldingsplicht bij niet-voldoen)

Als een financiële onderneming die op grond van paragraaf 3.3 over financiële waarborgen dient te beschikken, voorziet of redelijkerwijs kan voorzien dat zij niet meer aan de gestelde eis voldoet, dient zij dat onverwijld aan DNB te melden. DNB zal naar aanleiding van een dergelijke melding, al dan niet na bij de desbetreffende onderneming nadere informatie te hebben ingewonnen, passende toezichtmaatregelen kunnen treffen.

Artikel 3:26 (ontbinding of liquidatie)

Artikel 3:26 is van toepassing op een kredietinstelling, verzekeraar of elektronischgeldinstelling die wil overgaan tot ontbinding dan wel gehele of gedeeltelijke liquidatie van het bedrijf. Ten minste dertien weken voordat de onderneming een dergelijk besluit kan uitvoeren dient zij DNB te raadplegen over de wijze van uitvoering. DNB kan die termijn verkorten.

§ 3.4 Deelnemingen in financiële ondernemingen

Artikelen 3:27 tot en met 3:30 (vvgb-eis gekwalificeerde deelnemingen)

Paragraaf 3.4 regelt het aanhouden, verwerven en vergroten van deelnemingen in financiële ondernemingen en het uitoefenen van zeggenschap in die ondernemingen, teneinde te voorkomen dat daarvan

een negatieve invloed kan uitgaan op de financiële soliditeit of de integriteit van de betrokken financiële onderneming, dan wel op de financiële sector als geheel. Deze paragraaf dient mede ter voldoening aan aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF).

Artikel 3:27 definieert het begrip gekwalificeerde deelneming. Een gekwalificeerde deelneming betreft een belang van 10 procent of meer in een financiële onderneming of een daarmee overeenkomende zeggenschap. De grens van 10 procent is hoger dan de voorheen in de Nederlands-Antilliaanse wetgeving gehanteerde 5 procent, maar is overeenkomstig de Wft. Overigens bestond in de Nederlandse Antillen het voornemen de grens eveneens te verhogen naar 10 procent.

Voor de in artikel 3:28, eerste lid, genoemde deelnemingen is een voorafgaande verklaring van geen bezwaar (vvgb) van DNB vereist. Deze dient te worden aangevraagd bij DNB, onder opgave van door DNB te bepalen gegevens. DNB kan besluiten een aanvraag niet in behandeling te nemen als de van de aanvrager ontvangen gegevens onvoldoende zijn om de aanvraag te kunnen beoordelen (vergelijk artikel 2:7). DNB beslist binnen dertien weken op de aanvraag (vergelijk artikel 2:8), met dien verstande dat de beslistermijn overeenkomstig artikel 2:9 wordt opgeschort als (bijvoorbeeld) DNB de aanvrager in de gelegenheid stelt een onvolledige aanvraag aan te vullen.

Het derde lid van artikel 3:28 ziet op de mogelijkheid dat een persoon in het bezit is van een vvgb voor het houden, verwerven of vergroten van een gekwalificeerde deelneming in een kredietinstelling, of daartoe een vvgb heeft aangevraagd, terwijl die kredietinstelling tevens vermogensbeheerder is. Het is dan niet nodig ook voor de gekwalificeerde deelneming in de vermogensbeheerder een vvgb aan te vragen.

De toetsingscriteria zijn opgenomen in artikel 3:30, in de vorm van weigeringsgronden. DNB kan weigeren de vvgb te verlenen als de deelneming tot gevolg heeft dat het beleid van de financiële onderneming wordt bepaald of mede bepaald door personen waarvan de betrouwbaarheid niet buiten twijfel staat, of dat het dagelijks beleid van de onderneming wordt bepaald door personen die ter zake niet deskundig zijn. Een andere grond om geen vvgb te verlenen is dat de financiële soliditeit van de aanvrager tekortschiet, of dat de naleving van de prudentiële eisen door de financiële onderneming in gevaar komt. Ook een redelijk vermoeden dat er sprake kan zijn van het witwassen van geld of de financiering van terrorisme is reden om de vvgb niet te verlenen.

Het tweede lid van artikel 3:30 verklaart een aantal artikelen uit paragraaf 2.3 van overeenkomstige toepassing. Dat maakt het mogelijk dat DNB voorschriften verbindt of beperkingen stelt aan de vvgb (vergelijk artikel 2:12), dat zij de vvgb kan wijzigen dan wel geheel of gedeeltelijk kan intrekken op de in artikel 2:14, onderdelen a tot en met e genoemde gronden, en dat zij haar beslissing inzake de aanvraag, wijziging of intrekking van een vvgb met redenen dient te omkleden en schriftelijk aan de betrokken partij bekend dient te maken.

Opgemerkt zij nog dat de betrouwbaarheid van personen die op grond van een gekwalificeerde deelneming het beleid van de betrokken financiële onderneming kunnen bepalen of mede bepalen, niet alleen ten tijde van de verlening van de vvgb buiten twijfel moet staan (zie artikel 3:30, eerste lid, onderdeel a). Ook nadat de vvgb is verleend dient hun betrouwbaarheid buiten twijfel te blijven. Met het oog hierop is in artikel 3:29 de betrouwbaarheid van bedoelde personen als doorlopende eis geformuleerd.

Artikel 3:31 (indiening aanvraag van vvgb bij AFM)

Als het gaat om een gekwalificeerde deelneming in een beleggingsinstelling of vermogensbeheerder die nog niet in het bezit is van een vergunning, doet zich de situatie voor dat de AFM dient te beslissen op de vergunningaanvraag en DNB op de vvgb-aanvraag. Om praktische reden voorziet artikel 3:31 in de mogelijkheid dat de vvgb-aanvraag in dat geval ook bij de AFM kan worden ingediend. De AFM zendt de vvgb-aanvraag door aan DNB, die op haar beurt de beslissing op de aanvraag aan de AFM zendt. In de hier bedoelde situatie – samenloop van een vergunningaanvraag en een vvgb-aanvraag – houdt de AFM ingevolge artikel 2:10 de beslissing omtrent de vergunning aan zolang DNB nog niet op de vvgb-aanvraag heeft beslist.

Artikel 3:32 (vernietigbaarheid besluiten zonder vvgb)

Artikel 3:32 regelt de gevolgen van de uitoefening van zeggenschap waarvoor geen verklaring van geen bezwaar is verleend respectievelijk indien de aan de verklaring van geen bezwaar gestelde beperkingen niet zijn nageleefd. In dat geval is een mede als gevolg van die zeggenschap tot stand gekomen besluit vernietigbaar. Het besluit kan op vordering van DNB worden vernietigd indien het besluit zonder de onrechtmatig uitgeoefende zeggenschap niet zou zijn genomen of anders zou hebben geluid. Een uitzondering is van toepassing als de benodigde verklaring van geen bezwaar alsnog wordt verleend of als de niet in acht genomen beperkingen worden ingetrokken. Vergelijk ook artikel 3:104, tweede lid, van de Wft.

Het onderhavige artikel laat onverlet dat DNB ook door middel van het geven van een aanwijzing kan optreden als artikel 3:28 wordt overtreden. De aanwijzing kan bijvoorbeeld inhouden dat een in strijd met artikel 3:28 verrichte handeling binnen een bepaalde termijn moet worden teruggedraaid.

§ 3.5 Boekhouding en rapportage

Artikelen 3:33 en 3:34 (boekhouding)

Een financiële onderneming met zetel in de openbare lichamen dient haar boekhouding in de openbare lichamen aan te houden (artikel 3:33). Het ligt niet zonder meer voor de hand eenzelfde eis te stellen aan financiële ondernemingen met zetel in het buitenland die actief zijn in de openbare lichamen door middel van een bijkantoor. Om praktische redenen zal de boekhouding doorgaans in het hoofdkantoor, dat wil zeggen in het land van herkomst, worden gehouden. Wel kan er aanleiding zijn voor te schrijven dat de buitenlandse onderneming een afzonderlijke boekhouding voert van de via het bijkantoor verrichte activiteiten. Daarin voorziet artikel 3:34.

Artikel 3:35 (jaarrekening en jaarverslag)

Een beleggingsinstelling, bemiddelaar in effecten, elektronischgeldinstelling, kredietinstelling, vermogensbemiddelaar of verzekeraar moet jaarlijks een jaarrekening en een jaarverslag indienen bij de bevoegde, dat wil zeggen de vergunningverlenende toezichtautoriteit. Een beleggingsinstelling, effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder dient dus de jaarrekening in bij de AFM en een elektronischgeldinstelling, kredietinstelling of verzekeraar dient de jaarrekening in bij DNB. De vergunningverlenende toezichtautoriteit is op grond van artikel 1:21 bevoegd de jaarrekening ook aan de andere toezichtautoriteit te verstrekken,

aangezien de jaarrekening of het jaarverslag veelal ook voor die laatste relevante informatie bevat. Doordat beide toezichtautoriteiten aldus inzicht verkrijgen in de jaarstukken is effectief toezicht mogelijk zonder aanvullende administratieve lasten op te leggen aan de financiële ondernemingen. De samenwerking tussen de toezichtautoriteiten met betrekking tot dit onderwerp kan zo nodig in een samenwerkingconvenant worden geregeld.

Voor de meeste categorieën financiële ondernemingen is het indienen van de jaarrekening een al bestaande verplichting. De eerder in deze toelichting genoemde Antilliaanse harmonisatielandsverordening voorzagt in uitbreiding van de reikwijdte tot alle financiële ondernemingen die onder toezicht staan. In deze wet is echter de keuze gemaakt de verplichting voor een aantal financiële ondernemingen niet op te nemen. Zo hoeven assurantiebemiddelaars geen jaarrekening in te dienen. Zoals al eerder vermeld zullen bijkantoren van kredietinstellingen en verzekeraars worden vrijgesteld van de rapportageverplichtingen ingevolge paragraaf 3.5. Wel ligt in de rede dat DNB een afschrift krijgt van de jaarstukken van de betrokken rechtspersoon.

De bij of krachtens de in het derde lid bedoelde algemene maatregel van bestuur te stellen nadere regels kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de wijze waarop in de jaarrekening van een financiële onderneming met zetel in het buitenland aandacht wordt besteed aan de activiteiten in de openbare lichamen.

Artikel 3:36 (staten)

Voor kredietinstellingen en verzekeraars gelden periodieke rapportageverplichtingen. Naast de jaarstukken van artikel 3:35 dienen kredietinstellingen en verzekeraars periodiek staten in bij DNB. De staten bevatten prudentiële gegevens omtrent de financiële ondernemingen die niet reeds uit de jaarstukken kunnen worden afgeleid, maar die DNB wel nodig heeft om het prudentieel toezicht adequaat te kunnen uitoefenen. Naast een rapportage op solobasis kan van een kredietinstelling met het oog op het toezicht op geconsolideerde basis tevens een geconsolideerde rapportage worden verlangd.

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld ten aanzien van de inhoud en de modellen van de staten, en ten aanzien van de wijze, de frequentie en de termijnen van indiening. Tevens zal daarin worden bepaald welke staten moeten worden verstrekt en welke staten op welke wijze openbaar moeten worden gemaakt. Dit zal geschieden op een wijze die geen extra administratieve lasten met zich brengt. Bij het vaststellen van de inhoud en de modellen van de staten zal rekening worden gehouden met de informatie die DNB reeds uit de jaarstukken kan afleiden, om onnodige overlap te voorkomen. De frequentie van indiening van de staten zal op een voor een adequaat prudentieel toezicht noodzakelijk minimum worden bepaald.

Gelet op het belang van de betrouwbaarheid van de staten dienen zij ingevolge het tweede en derde lid met een aantal waarborgen te zijn omkleed: een door een externe deskundige af te geven verklaring omtrent de getrouwheid, een (in het geval van levensverzekeraars) door een actuaaris af te geven verklaring omtrent de berekening van de technische voorzieningen en de gebruikte actuariële grondslagen, en het waarmerken van de staten door de externe deskundige respectievelijk actuaaris.

Artikel 3:37 (indieningstermijnen)

DNB kan in bijzondere (crisis)situaties in individuele gevallen bepalen dat bepaalde staten tijdelijk met een hogere frequentie of op een kortere termijn dan krachtens artikel 3:36 is bepaald aan haar verstrekt moeten worden. Dergelijke staten zijn vertrouwelijk en worden niet openbaar gemaakt. Gezien het doel van de bijzondere opgaven dienen de daaraan te stellen eisen snel aan veranderende marktomstandigheden te kunnen worden aangepast. Mede daarom bepaalt DNB de frequentie en de termijnen van de opgaven. Ter waarborging van de betrouwbaarheid van de gegevens kan worden verlangd dat de bijzondere opgaven vergezeld gaan van een verklaring van de actuaris of accountant.

Artikel 3:38 (overige rapportage- en meldingsverplichtingen)

Het onderhavige artikel biedt een grondslag voor nadere regels betreffende periodieke verslagen of rapportages. Hiervan kan gebruik gemaakt om ook van andere ondernemingen dan die, genoemd in de artikelen 3:35 en 3:36, bepaalde verslagen of rapportages te verlangen of, in bijzondere gevallen, aanvullende verslagen of rapportages te verlangen van een reeds in de artikelen 3:35 en 3:36 genoemde categorie ondernemingen. Verder biedt dit artikel een grondslag voor incidentele meldingsplichten, bijvoorbeeld op het terrein van integriteit.

§ 3.6 Externe deskundige en actuaris

Artikelen 3:39 tot en met 3:42

Paragraaf 3.6 bevat een aantal meldingsplichten voor de externe deskundige die een onderzoek uitvoert naar de getrouwheid van de jaarrekening of de staten van een financiële onderneming en de actuaris die onderzoek doet naar de toereikendheid van de technische voorzieningen en de getrouwheid van het actuariael verslag van een verzekeraar.

Artikel 3:39 verplicht de externe deskundige om omstandigheden waarvan hij kennis krijgt bij het onderzoek naar de jaarrekening of bij het verrichten van een andere wettelijke taak, en die voor DNB van belang kunnen zijn voor het toezicht op de naleving van deze wet, uit eigen beweging aan DNB te melden. Het gaat onder andere om elk feit dat kan wijzen op een overtreding van deze wet of bij deze wet opgelegde verplichtingen of op een bedreiging voor het voortbestaan van de financiële onderneming. Het systeem strekt ertoe dat de accountant DNB in kennis stelt van omstandigheden van prudentiële aard en de AFM van omstandigheden van gedragstypische aard. Van omstandigheden die niet overwegend prudentieel of gedragstypisch van aard zijn, wordt de vergunningverlenende toezichtautoriteit in kennis gesteld. Ook geldt een meldingsplicht als de externe deskundige reden ziet om geen verklaring omtrent de getrouwheid af te geven, dan wel om daarbij een voorbehoud te maken.

Ingevolge artikel 3:40 geldt ook voor de actuaris een meldingsplicht met betrekking tot omstandigheden die de toereikendheid van de technische voorzieningen of de financiële positie van de verzekeraar in gevaar kunnen brengen. Dit geldt niet slechts indien DNB om inlichtingen vraagt. De actuaris is verplicht om uit eigen beweging inlichtingen te verstrekken.

De melding door zowel de externe deskundige als de actuaris kan ook schriftelijk plaatsvinden.

Artikel 3:41 geeft de toezichtautoriteit de mogelijkheid de externe deskundige of de actuaris op te roepen een mondelinge toelichting te geven. De financiële onderneming dient in de gelegenheid te worden gesteld daarbij aanwezig te zijn.

Artikel 3:42 vrijwaart de externe deskundige of de actuaris die een melding doet op basis van artikel 3:39 of 3:40 van aansprakelijkheid voor eventuele schade die uit de melding zou kunnen voortkomen. Wordt de externe deskundige aangesproken (bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad of op grond van een vermeende toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis) dan kan hij zich op dit lid beroepen om aansprakelijkheid af te wijzen. Dat is slechts anders indien de gedupeerde aannemelijk kan maken dat de externe deskundige in redelijkheid de omstandigheid niet had mogen melden of de inlichtingen niet had mogen verstrekken.

Artikel 3:43 (bezwaar tegen externe deskundige of actuaris)

Als de toezichtautoriteit gegronde redenen heeft voor twijfel of de externe deskundige of actuaris zijn taak met betrekking tot een financiële onderneming naar behoren zal kunnen vervullen, heeft zij de mogelijkheid tegen die externe deskundige of actuaris bezwaar te maken. Deze is dan niet langer bevoegd de in artikel 3:35 of 3:36 bedoelde verklaringen af te geven.

§ 3.7 Financiële groepen

Artikelen 3:44 tot en met 3:48

Paragraaf 3.7 ziet in hoofdlijnen op enerzijds het geconsolideerd toezicht op kredietinstellingen en anderzijds op het aanvullend toezicht op verzekeraars. Het geconsolideerd en aanvullend toezicht hebben betrekking op kredietinstellingen onderscheidenlijk verzekeraars met zetel in de openbare lichamen die als dochtermaatschappij, zustermaatschappij of moedermaatschappij deel uitmaken van een financiële groep. Het toezicht beoogt om de financiële positie van een onder toezicht staande instelling niet alleen individueel, maar ook in samenhang met andere entiteiten binnen de groep te beoordelen.

Voor een zuivere beoordeling moet DNB een juist beeld kunnen vormen van de solvabiliteit van de onder toezicht staande kredietinstelling of verzekeraar binnen de groep. Het zou immers kunnen voorkomen dat de solvabiliteit van de kredietinstelling of verzekeraar binnen de groep te gunstig wordt voorgesteld. Voorkomen moet worden dat een vermogenscomponent binnen een groep meerdere malen in aanmerking wordt genomen bij het berekenen van de solvabiliteit van de gehele groep of van een individueel groepslid. Om daar goed zicht op te hebben dient DNB inzicht te hebben in de geconsolideerde jaarrekening en intragroeps-overeenkomsten en -posities tussen relevante ondernemingen binnen de financiële groep.

Artikel 3:44 is van toepassing op een onderneming die aan het hoofd staat van een bancaire groep, een verzekeringsgroep of een gecombineerde groep bestaande uit verschillende typen ondernemingen en die haar zetel heeft in een openbaar lichaam. Deze moedermaatschappij dient een solide risicobeheer te voeren ten aanzien van de activiteiten in de gehele groep. Van belang is dat er een goed inzicht is in de structuur van de groep en in de wijze waarop belangrijke activiteiten zijn georganiseerd en worden aangestuurd. Eventuele kwetsbare plekken kunnen daardoor worden geïdentificeerd. Hiertoe dienen binnen de groep adequate

strategieën, maatregelen en procedures aanwezig te zijn. In dat kader past tevens dat de groep informatie moet kunnen verschaffen over groepsondernemingen die wezenlijke activiteiten verrichten voor gereguleerde entiteiten en daarom bijzondere aandacht van de toezichtautoriteit verdienen. Het accent van dit artikel ligt dus voornamelijk op het risicomanagement binnen de groep. Overeenkomstig het tweede lid kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur daaromtrent nadere regels worden gesteld.

Artikel 3:45 heeft betrekking op kredietinstellingen die opereren binnen een groep. Het eerste lid voorziet in de bevoegdheid voor DNB om geconsolideerd toezicht op kredietinstellingen, met zetel in een openbaar lichaam, uit te oefenen. De reikwijdte van het geconsolideerde toezicht wordt conform het vijfde lid bij algemene maatregel van bestuur nader uitgewerkt. Uitgangspunt is dat de consolidatie betrekking dient te hebben op de gehele groep. Nochtans kan het voorkomen dat ingeval de groep bestaat uit verschillende soorten ondernemingen (bijvoorbeeld verzekeraars en banken), niet alle ondernemingen binnen de groep worden geconsolideerd. In dat geval betreft DNB ingevolge het tweede lid in het geconsolideerd toezicht significante intragroepsovereenkomsten en -posities tussen de kredietinstelling en de niet geconsolideerde ondernemingen. De intragroepsovereenkomsten en posities dienen van significante betekenis te zijn. De precieze invulling van wat als significant wordt aangemerkt zal bij algemene maatregel van bestuur worden uitgewerkt.

Het derde lid regelt de berekening van de solvabiliteit op grond van de geconsolideerde financiële positie van de kredietinstelling. Deze bepaling ontslaat een kredietinstelling niet van haar verplichting te voldoen aan de solvabiliteitsnormen van artikel 3:17. Bij algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld aangaande de berekening van de geconsolideerde financiële positie.

Het vierde lid voorziet in een rapportageplicht ten aanzien van onder andere de berekende solvabiliteit en intragroepsovereenkomsten. De termijnen voor het indienen van de rapportages worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld.

Artikel 3:46 regelt het aanvullend toezicht op verzekeraars met zetel in een openbaar lichaam die deel uitmaken van een groep. In het tweede lid wordt bepaald dat in het aanvullend toezicht intragroepsovereenkomsten en -posities tussen de verzekeraar en de ondernemingen genoemd in het tweede lid worden betrokken. Ook voor verzekeraars in een groep moet het meervoudig gebruik van vermogenscomponenten worden voorkomen. Daartoe berekent een verzekeraar in de daarvoor in aanmerking komende, bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen een aangepaste solvabiliteitsmarge, waarbij hij in aanmerking neemt de intragroepsovereenkomsten en -posities binnen de groep. Op grond van het vierde lid dient de verzekeraar periodiek te rapporteren over onder andere de aangepaste solvabiliteitsmarge en intragroepsovereenkomsten en -posities. Het vijfde lid biedt een grondslag voor de verdere uitwerking van de overige leden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Deze uitwerking heeft voornamelijk betrekking op de berekeningen aangaande de aangepaste solvabiliteit, de vorm en inhoud van de rapportages en de criteria op basis waarvan intragroepstransacties en -posities als significant worden aangemerkt.

Artikel 3:47 beoogt DNB in staat te stellen maatregelen te nemen tegen een onder toezicht staande kredietinstelling of verzekeraar, indien uit de bedrijfsvoering, bedoeld in artikel 3:44 en het toezicht, bedoeld in artikel 3:45, eerste lid, en 3:46, eerste lid, blijkt dat de financiële positie van

de desbetreffende onderneming in gevaar kan komen. Dit ziet ook op situaties waarin blijkt dat de buitenlandse moedermaatschappij in financieel gevaar verkeert. Een mogelijke maatregel is een hogere solvabiliteits eis te stellen aan de kredietinstelling of verzekeraar met zetel in de openbare lichamen.

Op grond van artikel 3:48 kan DNB besluiten om een onderneming niet in het groepstoezicht te betrekken indien niet aan bepaalde eisen wordt voldaan zoals adequate informatieverstrekking in het land van de zetel van een onderneming. Het buiten beschouwing laten van een onderneming is ook relevant indien de onderneming van te verwaarlozen betekenis is, of het in aanmerking nemen van een dergelijke onderneming misplaatst is.

Hoofdstuk 4. Bepalingen betreffende specifieke categorieën financiële ondernemingen

§ 4.1 Beleggingsinstellingen

Artikel 4:1 (beheer van beleggingsfondsen)

Artikel 4:1, eerste lid, schrijft voor dat een beleggingsfonds door een beheerder wordt beheerd. Het beleggingsfonds bezit geen rechtspersoonlijkheid: het is een vermogen dat ten behoeve van de deelnemers wordt beheerd en bewaard door derden. Het is zodoende noodzakelijk dat een persoon het vermogen beheert. Ingevolge het tweede lid dient de beheerder rechtspersoon te zijn. Dit zorgt voor een duidelijke scheiding tussen het vermogen van de beheerder en het fonds zelf. Daarnaast bezit een rechtspersoon in de regel een toezichthoudend orgaan en is de continuïteit beter gegarandeerd dan bij een natuurlijk persoon. Het rechtspersonenrecht biedt voorts waarborgen ten aanzien van onder meer aansprakelijkheid.

Het derde lid bewerkstelligt dat de vereisten uit deze wet die van toepassing zijn op een beleggingsfonds gericht zijn aan de beheerder van het betreffende beleggingsfonds (vergelijk artikel 2 van de Wtba BES) nu zoals hiervoor beschreven het beleggingsfonds niet zelf kan handelen. Dit geldt ook indien in een bepaling de term «financiële onderneming» of «financiële dienstverlener» wordt gebruikt. De beheerder van het fonds dient ervoor te zorgen dat het beleggingsfonds aan de betreffende verplichtingen voldoet. Dit zal er veelal toe leiden dat de verplichtingen uit hoofdstuk 3, zoals die inzake de integere en beheerste bedrijfsvoering, van toepassing zijn op de organisatie van de beheerder zelf. Daarnaast is de beheerder verantwoordelijk voor de naleving van de vereisten voortvloeiende uit onderhavige paragraaf en de regels inzake de behandeling van deelnemers ingevolge hoofdstuk 5. Zo dienen eventuele wijzigingen in de voorwaarden die tussen het beleggingsfonds en de deelnemers gelden door de beheerder kenbaar te worden gemaakt aan de deelnemers (artikel 5:6). Een beleggingsmaatschappij is hier zelf verantwoordelijk voor. Indien de beleggingsmaatschappij een aparte beheerder heeft is deze mede verantwoordelijk uit hoofde van zijn bestuursfunctie; zie artikel 4:2.

Artikel 4:2 (beheer van een beleggingsmaatschappij)

Artikel 4:2 regelt het beheer van een beleggingsmaatschappij. Omdat een beleggingsmaatschappij een rechtspersoon is die zelfstandig rechten en plichten kan dragen en bovendien een bestuur heeft, is het niet nodig om een aparte beheerder te vereisen. Mocht een beleggingsmaatschappij hier niettemin voor kiezen dan dient die beheerder statutair bestuurder te zijn

van de beleggingsmaatschappij. Hiermee wordt bereikt dat de bestuurdersverantwoordelijkheid die uit het rechtspersonenrecht voortvloeit ook op de beheerder rust. Net als de beheerder van een beleggingsfonds dient de beheerder van een beleggingsmaatschappij een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid te zijn.

Artikel 4:3 (vermogensscheiding activa beleggingsfonds)

Artikel 4:3, eerste lid, onderdeel a, bepaalt dat de activa van een beleggingsfonds ten behoeve van de deelnemers worden verkregen door een van de beheerder onafhankelijke bewaarder. Dit verschilt in zoverre van de Wtba BES dat de activa niet alleen in bewaring worden gegeven bij de bewaarder maar dat de bewaarder tevens rechthebbende op het vermogen is; hij heeft de juridische eigendom van het fonds ten titel van beheer. De deelnemers in het beleggingsfonds worden economisch belanghebbende bij het vermogen en het resultaat van het beleggingsfonds. Dit artikel, in samenhang met de artikelen 4:4 en 4:6 van deze wet, is nodig om te voorkomen dat andere crediteuren van de beheerder die niets met het beleggingsfonds van doen hebben, dan wel crediteuren van de afzonderlijke deelnemers zich op het fondsvermogen kunnen verhalen.

De bewaarder moet onafhankelijk zijn van de beheerder, dat wil zeggen dat er geen personele of financiële banden tussen hen mogen bestaan waardoor een juiste uitoefening van de bewaarfunctie in gevaar kan worden gebracht. Nota bene: beleggingsmaatschappijen hebben dikwijls geen onafhankelijke bewaarder, maar bewaren in dat geval hun activa zelf. Ingevolge het rechtspersonenrecht wordt reeds scheiding van het vermogen bewerkstelligd en is voorzien in inspraak door de aandeelhouders (deelnemers).

De beheerder bepaalt binnen de grenzen van het fonds het beleggingsbeleid en beslist over de aan- en verkoop van beleggingen. De bewaarder heeft als taak de activa te bewaren ten behoeve van de deelnemers en erop toe te zien dat de beheerder zijn handelingen in overeenstemming met de reglementen of de statuten van het beleggingsfonds verricht. Het eerste lid, onderdeel b, van dit artikel schrijft in dat verband voor dat de beschikkingsbevoegdheid over het vermogen van het fonds aan de beheerder en de bewaarder gezamenlijk moet toekomen. Op die manier is gewaarborgd dat de bewaarder of de beheerder niet afzonderlijk ten nadele van de deelnemers kan handelen, zoals in geval van de verkoop van activa. Op grond van de thans geldende voorschriften dient de tussen de beleggingsinstelling en de bewaarder gesloten overeenkomst een bepaling van dezelfde strekking te bevatten (zie ook artikel 4:4 hierna).

Artikel 4:4 (bewaring van activa)

De beleggingsinstelling dient met de bewaarder een schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaar aan te gaan, voor zover er een aparte bewaarder is. Indien het een beleggingsfonds betreft, dan zal de beheerder deze overeenkomst namens het fonds aangaan. De inhoud van deze overeenkomst wordt nader ingevuld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, en heeft hoofdzakelijk betrekking op (de uitoefening van) de taken en verantwoordelijkheden van de bewaarder, al dan niet in relatie tot de beheerder. De voorschriften ter uitvoering van artikel 4 van de Wtba BES, die overeenkomen met de voorschriften van de CBCS, bevatten een soortgelijke regeling.

Ter bescherming van het vermogen van het fonds dient de bewaarder op grond van het tweede lid een rechtspersoon te zijn met als enig statutair doel het bewaren van activa en het administreren van de goederen waar

een beleggingsinstelling in belegt. Het risico dat het fondsvermogen wordt aangewend voor andersoortige activiteiten wordt op deze manier geminimaliseerd. Dit is stringenter dan nu vereist wordt op basis van artikel 6 Wtba BES.

Door middel van het tweede lid wordt voorts een aantal bepalingen inzake bestuur, inrichting en bedrijfsvoering uit paragraaf 3.2 van toepassing verklaard op de bewaarder. Dit is voor de openbare lichamen grotendeels nieuw. Gelet op de rol van de bewaarder, die bij een beleggingsfonds het juridisch eigendom verkrijgt van het vermogen ten behoeve van de deelnemers (artikel 4:3), is dit evenwel vanuit de optiek van beleggersbescherming gerechtvaardigd. De AFM zal toetsen of aan deze bepalingen is voldaan alvorens de beleggingsinstelling waaraan de betreffende bewaarder is verbonden een vergunning te verlenen. De AFM neemt dit eveneens in het doorlopend toezicht mee. Ten behoeve van de beoordeling dient de bewaarder zijn jaarrekening en jaarverslag jaarlijks in te dienen bij de AFM (zie artikel 4:5, vierde lid).

Indien vanwege het beleggingsbeleid het risico bestaat dat het vermogen van een beleggingsfonds en het eigen vermogen van de bewaarder ontoereikend zullen zijn ter voldoening van de vorderingen bedoeld in artikel 4:6, eerste lid, dan mag de desbetreffende bewaarder ingevolge het derde lid uitsluitend voor dat beleggingsfonds als bewaarder optreden. Doordat aldus vermenging van twee of meer fondsvermogens voorkomen wordt, blijven de eventueel financieel nadelige gevolgen beperkt tot de deelnemers in het desbetreffende beleggingsfonds. Een risico bestaat bijvoorbeeld als belegd wordt met geleend geld. Het is in eerste instantie aan de beheerder zelf om het risico te waarderen. De AFM zal dit echter eveneens toetsen bij de beoordeling van de vergunningaanvraag.

Artikel 4:5 (minimumvermogen)

In artikel 4:5 wordt verplicht gesteld dat de beheerder en de bewaarder van een beleggingsfonds en de bewaarder van een beleggingsmaatschappij doorlopend over een minimumbedrag aan eigen vermogen dienen te beschikken. Dit is ingevolge artikel 2:11 een vergunningeis voor de beleggingsinstelling: deze dient erop toe te zien dat de beheerder of bewaarder met wie zij een relatie aangaat, aan de op beheerders en bewaarders van toepassing zijnde eisen voldoet. De beheerder en bewaarder worden in het wetsvoorstel niet als financiële onderneming aangemerkt en zijn zelf niet vergunningplichtig. Om die reden is de onderhavige bepaling ook in paragraaf 4.1 opgenomen en niet in artikel 3:16, dat een minimumvermogeneis bevat voor bepaalde financiële ondernemingen, waaronder de beleggingsmaatschappij. Een beleggingsmaatschappij dient zodoende al zelf over een minimumbedrag aan eigen vermogen te beschikken. Het is niet nodig om, voor het geval de beleggingsmaatschappij een aparte beheerder heeft, in aanvulling daarop ook van die beheerder financiële waarborgen te eisen.

Het vereiste van een minimum eigen vermogen voor zowel de beheerder van een beleggingsfonds als de bewaarder (en voor de beleggingsmaatschappij op grond van artikel 3:16) dient als financiële waarborg voor de deelnemers. Een soortgelijke verplichting geldt reeds op grond van de uitvoeringsvoorschriften behorende bij artikel 2 Wtba BES, waarin invulling wordt gegeven aan de vergunningeis inzake financiële waarborgen. Het minimum eigen vermogen dient als dekking voor financiële risico's, die bijvoorbeeld het gevolg kunnen zijn van onzorgvuldig beheer door de beheerder of van aansprakelijkheid van de bewaarder voor schade ten gevolge van brand, fraude, en dergelijke.

Het artikel betreft een doorlopende verplichting. Mocht de beheerder of bewaarder hier niet meer aan voldoen dan wel dit voorzien, dan geeft hij hiervan onverwijld kennis aan de Nederlandsche Bank.

Ingevolge het vierde lid zijn de beheerder van een beleggingsfonds en de aan een beleggingsinstelling verbonden bewaarder gehouden jaarlijks bij de toezichtautoriteit (in casu de AFM) een jaarrekening en een jaarverslag over het afgelopen boekjaar in te dienen. Dit stelt de AFM in staat toe te zien op de gang van zaken bij de bedoelde ondernemingen en op de naleving van de toepasselijke voorschriften.

Artikelen 4:6 en 4:7 (vorderingen op vermogen beleggingsfonds)

De Wtba BES schrijft voor dat de activa van een beleggingsfonds moeten worden afgescheiden van het vermogen van de beheerder, van het vermogen van de bewaarder alsmede van het vermogen van elke natuurlijke of rechtspersoon. Deze vermogensscheiding is van belang voor de bescherming van de beleggers ingeval van faillissement van een van de hiervoor genoemde personen. In het Europese deel van Nederland bleek er echter veel onduidelijkheid te bestaan over de wijze waarop aan deze eis tot vermogensscheiding kon worden voldaan. De vereisten zijn zodoende aangepast. Dit wetsvoorstel neemt de bestaande Nederlandse regeling inzake vermogensscheiding over.

Artikel 4:6 bevat een rangregeling ten aanzien van het vermogen van beleggingsfondsen. Deze rangregeling houdt in dat het vermogen van een beleggingsfonds uitsluitend dient tot voldoening van vorderingen die voortvloeien uit schulden die rechtstreeks verband houden met de werkzaamheden uitgeoefend ten behoeve van dat fonds en met vorderingen die voortvloeien uit de rechten van deelneming. In afwijking van het eerste lid zijn op grond van het tweede lid alleen andere vorderingen op het fondsvermogen verhaalbaar indien vaststaat dat eerdergenoemde vorderingen kunnen worden voldaan en dat in de toekomst dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan. Voorts bepaalt het vierde lid dat indien het fondsvermogen niet toereikend is voor deze vorderingen, het vermogen van de bewaarder kan worden aangesproken. Het eigen vermogen zal doorgaans toereikend zijn voor de voldoening van de vorderingen die voortvloeien uit het beheer en de bewaring van een fonds en uit de rechten van deelneming. Dit kan slechts anders zijn indien een restschuld kan ontstaan doordat het beleggingsfonds belegt met geleend geld of belegt in derivaten anders dan ter afdekking van beleggingsrisico's. In die gevallen kan het zijn dat de bewaarder in problemen raakt of zelfs in surseance geraakt of faillieert. Zie in dat verband eveneens artikel 4:4, derde lid.

Sommige beleggingsinstellingen fungeren als zogenoemde paraplu-fondsen, dat wil zeggen dat zij verscheidene subfondsen omvatten en zodoende meerdere soorten rechten van deelneming aanbieden. Om te voorkomen dat in deze situatie onduidelijkheid ontstaat over de toepassing van artikel 4:6, bepaalt artikel 4:7 dat subfondsen in dat kader worden gelijkgesteld met zelfstandige beleggingsfondsen. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de subfondsen volledig onder het toezicht van de AFM vallen en voorts dat de vermogens van de verschillende subfondsen niet gemengd worden.

Artikelen 4:8 en 4:9 (belangen deelnemers)

Het (ook aan de Wtba BES ten grondslag liggende) uitgangspunt dat een beleggingsinstelling, beheerder of bewaarder in het belang van de deelnemers in de beleggingsinstelling handelt is in artikel 4:8, eerste lid,

geëxpliciteerd. De beleggingsinstelling, beheerder en bewaarder staan ten dienste van het collectieve belang van de deelnemers en dienen zodoende louter dat belang te behartigen. Dit impliceert onder meer dat zij geen handelingen verrichten die het belang van de deelnemers schaden (of nalaten die dat belang zouden dienen) dan wel niet van zodanig nut zijn voor de deelnemers dat zij de bijbehorende kosten waard zijn. De voorwaarden voor de vergoeding van de beheerder of de bestuurder van de beleggingsmaatschappij, waaronder een eventuele prestatieafhankelijke vergoeding, dienen hier op ingericht te zijn, opdat ze onder meer geen strijd met het beleggingsbeleid of overmatige transacties in de hand werken.

Dit laatste, het zogenoemde verbod op «churning», is vastgelegd in artikel 4:9. «Best execution» dient voorts leidend zijn bij de keuze tussen verschillende (effecten)makelaars of commissionairs en de beslissing wie welke transactie uitvoert. De beheerder dient daarnaast geen onevenredig hoge kosten voor posten die in het prospectus als variabele of niet gekwantificeerde kostensoorten zijn vermeld, voor rekening van de deelnemers te laten komen. Hieronder worden mede verstaan kosten van prestaties waarvan redelijkerwijs niet kan worden aangenomen dat deze tegen concurrerende voorwaarden zijn geleverd.

Artikel 4:8 bepaalt tevens dat deelnemers in een beleggingsinstelling onder vergelijkbare omstandigheden op vergelijkbare wijze moeten worden behandeld door de beleggingsinstelling, beheerder of bewaarder. Voor deelnemers in een beleggingsvennootschap geldt dit reeds op grond van het vennootschapsrecht. Deze bepaling breidt dit uit tot iedere beleggingsinstelling.

Artikel 4:10 (prospectus)

Op grond van artikel 4 Wtba BES en de daarop gebaseerde uitvoeringsvoorschriften dient een beleggingsinstelling een prospectus over het aanbod van de beleggingsinstelling beschikbaar te hebben. Deze verplichting is, met een technische aanpassing, overgenomen in het onderhavige artikel. De verwijzing naar artikel 5:4 van deze wet – kort gezegd de verplichting om precontractuele informatie te verstrekken – impliceert dat het prospectus dusdanige informatie moet bevatten dat de beleggers zich een adequaat oordeel kunnen vormen over de aangeboden rechten van deelneming. De beleggingsinstelling dient overigens eveneens aan de bepalingen uit paragraaf 5.1 te voldoen voor zover op haar van toepassing. Het prospectusvereiste is echter in tegenstelling tot de informatieverplichting uit artikel 5:4 een voorwaarde om een vergunning te kunnen krijgen.

Bij of krachtens algemene regels van bestuur kan nader worden bepaald welke gegevens het prospectus ten minste moet bevatten. Zodra daar aanleiding toe bestaat dient de beleggingsinstelling de gegevens te actualiseren. De actualisering kan bijvoorbeeld plaatsvinden door middel van een inlegvel bij het bestaande prospectus. Het ligt in de rede om het prospectus minimaal eens per jaar te beoordelen op accuraatheid.

Het prospectus dient de belegger van informatie te voorzien over de beleggingsinstelling en de door haar aangeboden rechten van deelneming. De belegger kan op basis van die informatie beoordelen in hoeverre dit product bij zijn profiel past en of hij de deelnemingsrechten al dan niet wil kopen. Het is zodoende van belang dat het prospectus tijdig en kosteloos beschikbaar is voor het publiek. Het is in beginsel aan de beleggingsinstelling zelf om te beoordelen op welke wijze het prospectus verkrijgbaar wordt gesteld. Ingeval de beleggingsinstelling of haar

beheerder een website heeft, dan dient het in ieder geval op de website geplaatst te worden. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze van verkrijgbaarstelling van het prospectus.

Artikel 4:11 (intrinsieke waarde rechten van deelneming)

Telkens wanneer een beleggingsinstelling deelnemingsrechten aanbiedt, in- of verkoopt of de waarde terugbetaalt, dient de beleggingsinstelling de intrinsieke waarde te bepalen. Deze verplichting rust ingeval het een beleggingsfonds betreft op de beheerder. Met deze verplichting wordt voorkomen dat beleggers op basis van verouderde financiële informatie deelnemingsrechten (ver)kopen. De bepaling impliceert overigens niet dat alle activa bij iedere aanbieding, in- of verkoop of terugbetaling moeten worden gewaardeerd. Dit is slechts het geval indien belegd wordt in effecten die op een effectenbeurs worden verhandeld. De zogenoemde incurante beleggingen dienen op grond van het tweede lid ten minste eenmaal per boekjaar door een onafhankelijke deskundige te worden gewaardeerd. Hierbij kan worden volstaan met een erkende of bewezen methode op grond waarvan bijvoorbeeld in het geval van vastgoedfondsen een gedeelte van de portefeuille gewaardeerd wordt, welk gedeelte vervolgens wordt geëxtrapoleerd.

De huidige BES-regeling vereist dat een open-end beleggingsinstelling, zijnde een beleggingsinstelling die op verzoek van de deelnemers deelnemingsrechten uitgeeft, inkoop of daarop terugbetaalt, de intrinsieke waarde ten minste zo vaak berekent als de in- en verkoop van de deelnemingsrechten is toegelaten, doch in ieder geval maandelijks. Het onderhavige voorstel wijkt daarvan af en sluit aan bij de Europees-Nederlandse regeling, omdat een maandelijks waardering niet nodig is en wel tot administratieve lasten leidt in het geval dat inkoop, verkoop of terugbetaling niet ten minste maandelijks mogelijk is.

Zonder een goede beschikbaarstelling van de informatie, bedoeld in het eerste lid, schiet deze bepaling haar doel voorbij. Beleggers dienen hiertoe op de hoogte te zijn op welke wijze ze deze informatie kunnen verkrijgen. De informatie wordt in ieder geval op de website van de beleggingsinstelling geplaatst indien zij hierover beschikt, onder vermelding van het tijdstip waarop de waardering plaatsvond. Ingeval de beleggingsinstelling niet over een website beschikt, draagt zij er zorg voor dat de informatie op een andere daartoe geschikte wijze beschikbaar wordt gesteld. Hetzelfde geldt als de website geen geïkt middel blijkt om deelnemers te informeren.

Artikel 4:12 (opschorting inkoop rechten van deelneming)

Artikel 4:12 bepaalt dat een beleggingsinstelling de AFM onverwijld op de hoogte stelt indien zij de inkoop van rechten van deelneming of de terugbetaling op zodanige rechten opschort. Het gaat dan om open-end beleggingsinstellingen. Omdat de deelnemers moeten kunnen in- en uitstappen, moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden die in beginsel buiten de invloed van de beleggingsinstelling of de beheerder liggen.

Het prospectus dient informatie te bevatten over de gevallen waarin opschorting is toegestaan. Dit is thans geregeld in de uitvoeringsvoorschriften op basis van de Wtba BES. Het voornemen is om deze verplichting in lagere regelgeving over te nemen ingevolge artikel 4:10, derde lid. Deze gevallen van toegestane opschorting mogen evenwel het karakter van een open-end instelling niet wegnemen.

Artikel 4:13 (voorkomen van naamsverwarring)

Op grond van artikel 4:13 kan de AFM optreden tegen een beleggingsinstelling die een naam draagt die tot verwarring kan leiden of misleidend is. Dit ter bescherming van het publiek tegen misleiding omtrent de aard van het product, het type instelling waarmee men te maken heeft dan wel eventuele verbondenheid met andere instellingen. De suggestie dat het een bancair dan wel verzekeringsproduct betreft, dient bijvoorbeeld vermeden te worden.

Artikel 4:14 (ontbinding en vereffening)

Artikel 4:14 is ten dele overgenomen uit artikel 12 van de Wtba BES en ziet op de ontbinding van een beleggingsmaatschappij en een beleggingsfonds. Ingeval de vergunning van een beleggingsmaatschappij is ingetrokken dient de AFM het Gerecht te verzoeken om deze beleggingsmaatschappij te ontbinden (eerste lid). De ontbinding van een beleggingsmaatschappij valt onder de bepalingen van het BW BES met betrekking tot de ontbinding van een rechtspersoon. Het tweede lid bevat een analoge regeling voor beleggingsfondsen, die geen rechtspersoon zijn en bijgevolg niet onder boek 2 van het BW BES vallen. De AFM heeft krachtens artikel 1:27 van dit wetsvoorstel net als in de huidige regeling (artikel 12, derde lid, van de Wtba BES) de mogelijkheid om ontheffing te verlenen van het bepaalde in het tweede lid.

§ 4.2 Effectenbeurzen

Artikelen 4:15 en 4:16

Ingevolge artikel 2:3, eerste lid, onderdeel d, is het verboden een effectenbeurs te houden zonder daartoe van de AFM vergunning te hebben verkregen. De houder van een effectenbeurs dient daartoe aan een aantal eisen te voldoen, waaronder: de betrouwbaarheid van de beleidsbepalers en medebeleidsbepalers van de houder dient buiten twijfel te staan (artikel 3:4), zij dienen deskundig te zijn in verband met het houden van een effectenbeurs (artikel 3:5), de houder dient een adequaat beleid te voeren gericht op een integere en beheerste bedrijfsuitoefening (artikelen 3:8 en 3:9) en de houder dient over voldoende financiële middelen te beschikken (artikel 3:22). Daarnaast is van belang dat de houder van een effectenbeurs, zowel op het moment van de vergunningaanvraag als nadat de vergunning is verkregen, zorg draagt voor het goede functioneren van de beurs zodat beleggers en uitgevende instellingen daar vertrouwen in kunnen hebben. Daartoe bevat paragraaf 4.2 enkele specifieke bepalingen, waarin een goede regulering door de beurzen zelf voorop staat. Het is immers ook in hun belang dat de handel ordelijk verloopt en dat hun reputatie bij beleggers ongeschonden blijft. Bovendien wordt de toegevoegde waarde van een beurs als centrale marktplaats voor een belangrijk deel ontleend aan de standaardisatie van handelsusances, waarop de reglementen onder meer betrekking hebben.

Artikel 4:15 komt overeen met artikel 2, derde lid, van de Wte BES. Het formuleert een algemene verantwoordelijkheid voor de houder van een effectenbeurs om ervoor te zorgen dat de effectenbeurs adequaat functioneert en de positie van de beleggers goed is geregeld. Artikel 4:16 geeft daaraan een nadere invulling. Voor het goede functioneren van een effectenbeurs zijn duidelijke en effectieve regels nodig om alle aspecten van het beursbedrijf in goede banen te leiden.

De regels dienen in elk geval betrekking te hebben op de organisatie van de handel, waarbij onder andere te denken valt aan handelstijden, de wijze waarop orders worden ingelegd en uitgevoerd en de wijze waarop koersen tot stand komen en bekend worden gemaakt (artikel 4:16, eerste lid, onderdeel a). Ook de toelating van effecten tot de handel en de toegang van effectenhandelaren tot de handel dienen goed geregeld te zijn, zodat duidelijk is aan welke voorschriften uitgevende instellingen en effectenhandelaren zich moeten houden (onderdelen b en c).

Aparte vermelding verdienen de informatieverplichtingen van uitgevende instellingen (onderdeel d). Deze omvatten zowel de informatieverstrekking bij uitgifte van de effecten als de periodieke informatie die nadien verstrekt dient te worden, bijvoorbeeld in de vorm van jaarrekeningen en eventuele halfjaarberichten. Ook dienen uitgevende instellingen koersgevoelige informatie onverwijld openbaar te maken. De beursregels dienen er derhalve in te voorzien dat effecten alleen tot de handel worden toegelaten als een prospectus algemeen verkrijgbaar is, en dat uitgevende instellingen tevens voldoen aan de overige genoemde informatieverplichtingen. Het prospectus dient ingevolge artikel 5:19 door de AFM te zijn goedgekeurd en dus te voldoen aan de bij of krachtens artikel 5:21 gestelde eisen. De beursregels behoeven derhalve geen inhoudelijke eisen ten aanzien van het prospectus te bevatten, anders dan eventueel wenselijk geachte aanvullende voorschriften.

Niet minder belangrijk is een goede controle op de naleving van de beursregels en de handhaving ervan (onderdeel e). Ten slotte schrijft dit artikel voor dat een doelmatige en tijdige afwikkeling van via de beurs uitgevoerde transacties gewaarborgd moet zijn (onderdeel f). De aan de beursregels te stellen eisen kunnen nader worden ingevuld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (derde lid).

De door de effectenbeurs gehanteerde regels en procedures worden door de AFM getoetst in het kader van de vergunningaanvraag. Het tweede lid van artikel 4:16 bepaalt dat voorgenomen wijzigingen in de regels en procedures van de effectenbeurs aan de AFM moeten worden gemeld. De AFM heeft vervolgens een termijn van vier weken om eventueel tegen een wijziging bezwaar te maken. Als de AFM geen gebruik maakt van die mogelijkheid of geen bezwaar heeft kan de wijziging na het verstrijken van de genoemde termijn ten uitvoer worden gebracht.

§ 4.3 Kredietinstellingen, elektronischgeldinstellingen en geldtransactiekantoren

Artikel 4:17 (deelname aan depositogarantiestelsel)

Het eerste lid verplicht kredietinstellingen met een door DNB verleende vergunning om deel te nemen aan het depositogarantiestelsel, bedoeld in artikel 8:26. Door de deelname aan het depositogarantiestelsel is het vermogen van crediteuren tot een vastgesteld maximum beschermd, indien de kredietinstelling failliet zou gaan.

Ingevolge artikel 8:26, eerste lid, dienen de kosten van het DGS te worden gedragen door de deelnemende kredietinstellingen. Naar verwachting zal het DGS worden gefinancierd uit ex ante door de deelnemende kredietinstellingen te betalen bijdragen, af te dragen aan een daartoe op te richten stichting tot beheer van het DGS-fonds, maar in beginsel zijn ook andere financieringsvormen denkbaar. De hoogte van het door de deelnemende kredietinstellingen verschuldigde bijdragen, alsmede de termijn waarbinnen de bijdragen moeten worden voldaan, worden door DNB bepaald (zie het tweede lid).

Voor depositohouders en potentiële depositohouders is het van belang dat zij kunnen nagaan of een vordering onder de dekking van het DGS valt. Het derde lid voorziet daarom in een actieve en passieve informatieplicht van de deelnemende kredietinstellingen jegens hun depositohouders. Zij mogen de informatie over het depositogarantiestelsel evenwel niet voor reclamedoeleinden gebruiken, anders dan door te vermelden dat het stelsel op hen van toepassing is (vierde en vijfde lid). Laatstgenoemde bepalingen beogen te voorkomen dat een kredietinstelling zich op dit vlak probeert te onderscheiden van andere kredietinstellingen, hetgeen gemakkelijk tot verwarring, in plaats van meer duidelijkheid, kan leiden over de toepasselijkheid van het stelsel.

Artikel 4:18 (geschiktheid voor betalingsverkeer in openbare lichamen)

Dit artikel is ontleend aan artikel 26a van de Wtk BES. Dat artikel beoogde zeker te stellen dat kredietinstellingen bij de invoering van de US dollar als de officiële munteenheid van de openbare lichamen – naast de in de Wet geldstelsel BES neergelegde verplichting om alle bij hen aangehouden (girale) tegoeden in Nederlands-Antilliaanse guldens om te zetten in dollartegoeden – ook hun financiële producten aan de nieuwe valuta zouden aanpassen. Betaal- en spaarrekeningen, met inbegrip van daarmee samenhangende faciliteiten zoals pinpassen of internetfaciliteiten, moeten geschikt zijn voor deelname aan het binnenlandse betalingsverkeer in de openbare lichamen, dat thans in dollars plaatsvindt. Ook nu de dollar eenmaal is ingevoerd dienen kredietinstellingen hiervoor zorg te (blijven) dragen (eerste lid).

De verplichting van het eerste lid geldt uiteraard niet voor rekeningen die bestemd zijn voor deelname aan het betalingsverkeer met het buitenland (tweede lid). Bij twijfel of een rekening wel of niet voor deelname aan het betalingsverkeer met het buitenland bestemd is, is de bedoeling van de rekeninghouder doorslaggevend.

Artikel 4:19 (informatie over betaler bij geldovermakingen)

Artikel 4:19 komt overeen met artikel 42b van de Wtk BES en strekt tot implementatie van Speciale Aanbeveling VII van de FATF betreffende de bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler. Deze aanbeveling heeft tot doel te voorkomen dat terroristen en andere criminelen onbelemmerd gelden kunnen overmaken, en om de bevoegde autoriteiten en opsporingsinstanties in staat te stellen geldovermakingen te screenen. Ook maakt de bij te voegen informatie het voor financiële ondernemingen die betalingen ontvangen gemakkelijker te beoordelen of sprake is van een ongebruikelijke transactie die gemeld moet worden.

De aard en de gevoeligheid van de materie vraagt om nadere regels over de inhoud van de bij te voegen informatie over de betaler en de in dit kader te volgen procedures. Deze worden bij ministeriële regeling vastgesteld. Thans zijn deze regels gegeven in de Regeling integriteit financiële markten BES. In het Europese deel van Nederland is dit geregeld via een Europese Verordening.¹

Artikel 4:20 (uitgifte en omwisseling elektronisch geld)

Op grond van het eerste lid is de uitgifte van elektronisch geld door kredietinstellingen en elektronischgeldinstellingen slechts toegestaan tot ten hoogste een waarde die gelijk is aan de waarde van de voor de uitgifte ontvangen gelden. De gedachte hierachter is om geldschepping door de

¹ Verordening (EG) Nr. 1781/2006 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 november 2006 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler (PbEU L 345).

uitgifte van elektronisch geld tegen te gaan. Tevens wordt hiermee voorkomen dat elektronischgeldinstellingen krediet aanbieden.

De omwisselplicht van het tweede lid houdt in dat de uitgever van het elektronische geld een elektronisch aangehouden tegoed op verzoek van de houder dient om te wisselen in een ander betaalmiddel. Deze terugbetalingsverplichting geeft houders van elektronisch geld de zekerheid dat zij op elk moment recht hebben op terugbetaling. Dit bevordert het vertrouwen in elektronisch geld als betaalmiddel. Om diezelfde reden is het belangrijk dat bij omwisseling alleen de daarvoor noodzakelijke kosten in rekening worden gebracht. Op grond van het derde lid kunnen daarover nadere regels worden gesteld, evenals over de geldigheidstermijn van elektronisch geld, de termijn waarbinnen omwisseling dient plaats te vinden en de voorlichting over deze zaken.

Artikel 4:21 (geconsolideerd toezicht op kredietinstellingen)

Als een kredietinstelling een dochtermaatschappij is van een andere kredietinstelling is het van belang dat naast het prudentieel toezicht op de dochtermaatschappij sprake is van adequaat geconsolideerd toezicht op de moedermaatschappij. Op die manier wordt voorkomen dat de financiële positie van de kredietinstelling in de openbare lichamen in gevaar komt doordat vermogensbestanddelen meer dan één keer in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de solvabiliteit van groepsmaatschappijen of van de groep als geheel (zogeneten multiple gearing). Ook kan door middel van geconsolideerd toezicht rekening worden gehouden met de mogelijke risico's van intragroepstransacties en -relaties.

Artikel 4:21 heeft betrekking op de situatie waarin de moeder-kredietinstelling haar zetel in het buitenland heeft. Omdat deze niet zelf onder toezicht van DNB staat, richt de norm van dit artikel zich tot de dochter-kredietinstelling met zetel in de openbare lichamen. Als deze niet (meer) aan die norm voldoet kan DNB weigeren een vergunning te verlenen of een verleende vergunning intrekken.

Artikel 4:22 (verbod op correspondentbankrelatie met shellbank)

Artikel 4:22 komt overeen met artikel 42a van de Wtk BES en geeft uitvoering aan Aanbeveling 18 van de FATF. Op grond van dit artikel is het kredietinstellingen verboden een correspondentbankrelatie aan te gaan met een zogenoemde shellbank. Evenmin mogen zij correspondentbankrelaties aangaan met een kredietinstelling waarvan bekend is dat deze een shellbank toestaat van haar rekeningen gebruik te maken. Het kenmerk van shellbanken is dat zij geen fysieke aanwezigheid hebben in het land waarin zij zijn opgericht. Daardoor vormen zij uit een oogpunt van het tegengaan van witwassen en de financiering van terrorisme een verhoogd risico. Aanbeveling 18 van de FATF beoogt aan deze praktijken een einde te maken.

Artikelen 4:23 en 4:24 (vvgb-plichtige handelingen kredietinstellingen)

Artikel 4:23, eerste lid, schrijft voor dat een kredietinstelling voorafgaande toestemming van DNB, in de vorm van een verklaring van geen bezwaar (hierna: vvgb), dient te hebben voor de in dat lid opgesomde handelingen. Dit artikel komt overeen met artikel 23, eerste lid, van de Wtk BES. In alle gevallen gaat het om handelingen waarvan in de toezichtpraktijk is gebleken dat er significante bedrijfseconomische risico's voor de betrokken kredietinstelling aan verbonden kunnen zijn. De voorafgaande

toets door DNB heeft dan ook tot doel te beoordelen of de risico's aanvaardbaar en voldoende beheersbaar zijn.

Het tweede lid regelt de indiening van een aanvraag voor een verklaring van geen bezwaar en de daarbij te overleggen gegevens. De artikelen 2:7 tot en met 2:9 zijn van overeenkomstige toepassing, als gevolg waarvan DNB in bepaalde gevallen kan beslissen een aanvraag niet in behandeling te nemen, DNB binnen dertien weken op de aanvraag dient te beslissen en de beslistermijn in bepaalde situaties wordt opgeschort. Op grond van het derde lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld stellen aangaande de handelingen in het eerste lid van dit artikel. In het bijzonder kan gedacht worden aan het vaststellen van een kwantitatieve ondergrens, gekoppeld aan de omvang van het eigen vermogen, opdat een vvgb alleen vereist is als het financiële belang van de handeling dat rechtvaardigt. Aldus kan bijvoorbeeld nader worden gedefinieerd wanneer sprake is van een significante deelneming in een andere onderneming als bedoeld in onderdeel b.

Artikel 4:24 vermeldt de weigeringsgronden voor het niet verlenen van een vvgb op grond van artikel 4:23. Een vvgb wordt niet verleend indien de handeling gevaar oplevert of kan opleveren voor de solvabiliteit van de kredietinstelling of voor een gezonde en prudente bedrijfsuitoefening. Een andere weigeringsgrond kan zijn dat de handeling zou leiden tot een ongewenste ontwikkeling van de financiële sector in de openbare lichamen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de handeling leidt tot het ontstaan van een financiële groep die qua structuur en activiteiten een te groot potentieel risico vormt voor de stabiliteit van de financiële sector. Bij de beoordeling kunnen de volgende factoren een rol spelen: de absolute omvang van de betrokken financiële ondernemingen, de aard van de activiteiten, het belang daarvan voor het functioneren van de financiële markten, de aanwezigheid van noodscenario's en de omvang van exposures op de interbancaire markt en in het betalingsverkeer.

§ 4.4 Verzekeraars

Artikel 4:25 (combinatie van leven en schade)

Ingevolge het eerste lid is het verboden het levensverzekeringsbedrijf en het schadeverzekeringsbedrijf in één rechtspersoon gecombineerd uit te oefenen. Deze regel bestond ook in de voormalige Nederlandse Antillen en geldt al van oudsher in het Europese deel van Nederland en de rest van de Europese Unie. Een verzekeraar die in het buitenland wel gerechtigd is beide activiteiten te combineren mag op grond van het tweede lid in de openbare lichamen alleen als schadeverzekeraar werkzaam zijn.

Achtergrond van dit zogenoemde compositieverbod is dat de vermenging van ongelijksoortige risico's in verband met de gecombineerde uitoefening van het bedrijf van levensverzekeraar en het bedrijf van schadeverzekeraar de bescherming van de onderscheiden polishouders in gevaar zou kunnen brengen. Als een levensverzekeraar tevens het schadeverzekeringsbedrijf zou uitoefenen, kunnen de daaraan verbonden risico's, die niet gerelateerd zijn aan het levensverzekeringsbedrijf, de financiële positie van de levensverzekeraar, en daarmee tevens de aanspraken van verzekeringnemers en begunstigden van de afgesloten overeenkomsten van levensverzekering in gevaar brengen.

Artikelen 4:26 tot en met 4:28 (verzekeringsbranches)

Binnen het schadeverzekeringsbedrijf worden de in artikel 4:26, eerste lid, genoemde branches onderscheiden, overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van de Wtv BES. De vergunning van een schadeverzekeraar vermeldt voor welke branches de vergunning geldig is (tweede lid). Hij mag geen risico's verzekeren die behoren tot een branche waarvoor geen vergunning is verleend, tenzij het gaat om zogenaamde bijkomende risico's (artikel 4:28). Dit zijn risico's die betrekking hebben op hetzelfde verzekerde object of belang en die samenhangen met het verzekerde hoofdrisico. In welke gevallen sprake is van bijkomende risico's die wel of juist niet met andere branches mogen worden gecombineerd, wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur (artikel 4:26, derde lid).

Het onderscheid in branches heeft te maken met het feit dat werkzaamheden in de ene branche voor de verzekeraar risicovoller zijn dan de werkzaamheden in een andere branche. De financiële waarborgen waarover de verzekeraar dient te beschikken moeten afgestemd zijn op de aard en de risico's van zijn werkzaamheden. De desbetreffende eisen verschillen dan ook al naar gelang de branches waarvoor de verzekeraar een vergunning heeft. Met de branche-indeling wordt tevens voorkomen dat verzekeringnemers benadeeld zouden kunnen worden doordat de verzekeraar minder en meer risicovolle activiteiten combineert. De overwegingen zijn in die zin vergelijkbaar met die welke ten grondslag liggen aan artikel 4:25.

De in artikel 4:26, eerste lid, genoemde branches komen overeen met die ingevolge de Wtv BES. Genoemde wet onderscheidt geen branches binnen het levensverzekeringsbedrijf. Vooralsnog wordt deze lijn in het onderhavige wetsvoorstel gehandhaafd, mede gelet op het feit dat het in de openbare lichamen uitgeoefende levensverzekeringsbedrijf relatief homogeen van aard is, waardoor de hiervoor genoemde argumenten voor een indeling in branches minder van toepassing zijn. Op grond van artikel 4:27 kan evenwel bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat ook het levensverzekeringsbedrijf wordt ingedeeld in branches, of dat de indeling in branches binnen het schadeverzekeringsbedrijf wordt verfijnd.

Artikel 4:29 (verbod op nevenbedrijf)

Artikel 4:29 regelt het zogeheten verbod op nevenbedrijf. Een verzekeraar dient zich te beperken tot de uitoefening van het verzekeringsbedrijf in de branches waarvoor vergunning is verleend en mag geen ander bedrijf uitoefenen. Een uitzondering is van toepassing op levensverzekeraars, die tevens het natura-uitvaartverzekeringsbedrijf mogen uitoefenen zonder dat daarvoor een aparte vergunning vereist is.

Het verbod op nevenbedrijf beoogt te voorkomen dat polishouders financieel nadeel zouden ondervinden van het feit dat de verzekeraar andere activiteiten verricht die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf en tengevolge daarvan financiële risico's loopt. Uiteraard geldt het verbod niet voor activiteiten die onderdeel zijn van de uitoefening van het verzekeringsbedrijf, zoals het aanbieden van hypotheeklen. De verzekeraar zal ontvangen premies immers moeten kunnen beleggen om op een later moment aan zijn verplichtingen te kunnen voldoen. Ook is het de verzekeraar toegestaan handelsactiviteiten te verrichten die voortvloeien uit het verzekeringsbedrijf zolang de belangen van de verzekerden niet geschaad worden en er geen noemenswaardige prudentiële risico's zijn die de soliditeit van de verzekeraar kunnen schaden. Daartoe behoort bijvoorbeeld het bemiddelen in verzekeringen of bancaire producten,

zodat de verzekeraar een totaalpakket aan financiële producten kan leveren.

Artikel 4:30 (verbod op verzekeren van molest)

Artikel 4:30, dat identiek is aan artikel 3:38 van de Wft, bepaalt dat verzekeraars geen verzekeringen mogen afsluiten die dekking bieden tegen schade samenhangend met gewapend conflict of de andere in dit artikel genoemde vormen van molest. Met deze bepaling wordt voorkomen dat de verzekeraar te grote risico's zou lopen die een gevaar zouden vormen voor zijn solvabiliteit. Tevens moet worden voorkomen dat, als het risico zich verwezenlijkt, de schadeverzekeraar niet in staat is tot volledige uitkering, hoewel de polis hem daartoe wel verplicht. Verzekeren is deels gebaseerd op de gedachte dat velen premie betalen opdat er voldoende middelen zijn om aan de enkeling die wordt getroffen door schade, een uitkering te doen. Indien zich een geval voordoet waarin velen worden getroffen door schade, en zouden deze velen dat risico hebben verzekerd, dan werkt het systeem niet meer.

Artikel 4:31 (krediet, borgtocht en rechtsbijstand)

Artikel 4:31 komt overeen met artikel 10, derde lid, van de Wtv BES en bepaalt dat op poliissen van kredietverzekeringen, borgtochtverzekeringen en rechtsbijstandverzekeringen geen andere risico's mogen worden verzekerd dan die van schade als gevolg van, onderscheidenlijk, krediet, borgtocht en rechtsbijstand. Vermenging van verschillende soorten risico's op één polis zou er gemakkelijk toe kunnen leiden dat het voor de verzekeringnemer niet meer duidelijk is welke dekking de polis precies biedt. Ook zou, om dezelfde reden, in geval van schade dispuut kunnen ontstaan over de vraag in hoeverre deze onder de polis gedekt is. Het vereiste om de in dit artikel genoemde risico's te verzekeren op aparte poliissen draagt zodoende bij aan de transparantie en duidelijkheid.

Artikel 4:32 (aansprakelijkheid motorrijtuigen)

Artikel 4:32 komt overeen met artikel 13 van de Wtv BES. Doel ervan is zeker te stellen dat een verzekeraar die actief is in de branche motorrijtuigverzekering voldoet aan de eisen die in de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen BES (Wam BES) worden gesteld aan de verzekeringsvoorwaarden voor dit type verzekeringen. Dit houdt bijvoorbeeld in dat de verzekering de wettelijke aansprakelijkheid moet dekken van de bezitter, houder en bestuurder van het verzekerde voertuig en in elk geval de schade moet omvatten die wordt toegebracht door in de openbare lichamen voorgevallen feiten. Door deze verplichting, die reeds voortvloeit uit de Wam BES, in de onderhavige wet op te nemen, kan DNB de naleving ervan handhaven met gebruikmaking van de haar ingevolge deze wet ter beschikking staande middelen. Zij kan onder andere een boete opleggen als een verzekeraar die werkzaam is in de branche motorrijtuigverzekering de voorschriften van de Wam BES niet naleeft en in het uiterste geval de vergunning intrekken.

Artikel 4:33 (nadere regels voor specifieke branches of verzekeringen)

Artikel 4:33 biedt een grondslag voor het bij of krachtens algemene maatregel van bestuur stellen van nadere regels voor specifieke verzekeringsbranches. Zo kent de Wft, ter uitvoering van Europese richtlijnen, verschillende regels voor onder andere rechtsbijstandverzekeringen. Op dit moment valt nog niet te overzien of en in hoeverre er ook in het kader van deze wet behoefte bestaat aan nadere regels voor die (sub)branche of

voor andere branches. Vandaar dat in het wetsvoorstel is volstaan met een delegatiebepaling die het mogelijk maakt wenselijk geachte regels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur in te voeren.

Artikel 4:34 (munteenheid in verzekeringsovereenkomsten)

Artikel 4:34 bepaalt dat in de openbare lichamen aangeboden verzekeringen in beginsel in dollars dienen te luiden, tenzij het verzekerde risico buiten de openbare lichamen is gelegen. Partijen kunnen anders besluiten, maar dat dient uitdrukkelijk tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer te worden overeengekomen. Het is daarvoor niet voldoende dat de verzekeraar de keuze voor een andere valuta in zijn algemene voorwaarden vastlegt.

Achtergrond van deze bepaling is dat verzekeringen in de openbare lichamen in de praktijk altijd of vrijwel altijd worden aangeboden door verzekeraars die in het buitenland – doorgaans in Curaçao of Sint Maarten – zijn gevestigd. Voor hen kan het aantrekkelijk zijn als de verzekeringen in de eigen valuta (lees: Nederlands-Caribische gulden) luiden, omdat deze dan administratief en boekhoudkundig eenvoudiger te verwerken zijn. Het uitsluitend of met voorrang aanbieden van verzekeringen in een voor de openbare lichamen vreemde valuta zou evenwel niet in het belang zijn van de inwoners van de eilanden, die in staat behoren te zijn verzekeringen af te sluiten in dollars zodat zij premies betalen en uitkeringen ontvangen in hun eigen valuta. De in dit artikel neergelegde verplichting beoogt dit te bewerkstelligen.

Artikelen 4:35 tot en met 4:39 (portefeuilleoverdracht)

De artikelen 4:35 tot en met 4:39 hebben betrekking op portefeuilleoverdracht, dat wil zeggen het overdragen van verzekeringsovereenkomsten door de ene verzekeraar aan de andere. Deze artikelen zijn ontleend aan de hoofdstukken IV en V van de Wtv BES.

Artikel 4:35, eerste lid, bevat het beginsel dat portefeuilleoverdracht, behoudens de uitzondering van het vierde lid, in het geval van levensverzekeringen of natura-uitvaartverzekeringen alleen is toegestaan nadat DNB daarvoor toestemming heeft verleend. Bij het beoordelen van een daartoe ingediend verzoek betreft DNB zowel de belangen van de polishouders van de overdragende verzekeraar, als de belangen van de polishouders van de verkrijgende verzekeraar. Het voldoen aan de solvabiliteiteisen op moment van overdracht, de toekomstverwachtingen, en mogelijke wijzigingen van het risicoprofiel als gevolg van de combinatie van beide portefeuilles komen eveneens aan de orde. Dit zou bijvoorbeeld kunnen resulteren in de eis het herverzekeringsprogramma van de verkrijgende verzekeraar te wijzigen.

Artikel 4:35, eerste lid, heeft alleen betrekking op overeenkomsten van levensverzekering of natura-uitvaartverzekering; voor de overdracht van overeenkomsten van schadeverzekering is in beginsel geen toestemming van DNB vereist. De reden voor dit onderscheid is dat bij levensverzekeringen en natura-uitvaartverzekeringen de polishouder in het algemeen een langdurige relatie aangaat met de verzekeraar. De portefeuilleoverdracht is om die reden met meer waarborgen omgeven. Overeenkomsten van schadeverzekering kunnen zelfs zonder medewerking of instemming van de polishouders of gerechtigden tot uitkering worden overgedragen, zij het dat daarvoor dan wel de toestemming van DNB benodigd is (zie artikel 4:35, tweede lid). De belangen van betrokkenen worden op andere wijze beschermd (zie artikel 4:37, derde lid).

Ingevolge artikel 4:36 dient een voorgenomen overdracht van overeenkomsten van levensverzekering of natura-uitvaartverzekering aan de polishouders te worden bekendgemaakt, zodat zij zich daartegen kunnen verzetten als zij menen dat de overdracht hun belangen schaadt (artikel 4:36, eerste lid). Als een vierde of meer van hen bezwaar heeft tegen de overdracht verleent DNB geen toestemming om het voornemen uit te voeren (artikel 4:36, tweede lid). Doet die situatie zich niet voor, en heeft DNB geen bedenkingen, dan kan de overdracht in zijn geheel ten uitvoer worden gebracht, ook ten aanzien van polishouders die eventueel wel bezwaar hebben gemaakt (artikel 4:36, derde en vierde lid). Ingevolge artikel 4:37 dient de verzekeraar van de overdracht mededeling te doen op door DNB te bepalen wijze, nadat DNB vooraf met de inhoud van de mededeling heeft ingestemd. De overdracht wordt vervolgens van kracht met ingang van de tweede dag na de dag waarop de mededeling is gedaan.

Artikel 4:37, derde lid, bepaalt dat de houders van een polis van schadeverzekering tot drie maanden na de overdracht hun verzekering kunnen opzeggen met ingang van de dag na het verstrijken van die termijn. Voor zover van toepassing hebben zij recht op restitutie van een evenredig deel van de vooruitbetaalde premie.

Artikel 4:38 biedt de mogelijkheid bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen met betrekking tot portefeuilleoverdrachten. Deze regels kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de te volgen procedures, de rechten van polishouders of de gevolgen van een fusie waarbij de rechten en verplichtingen uit verzekeringsovereenkomsten overgaan op een andere rechtspersoon.

Artikel 4:39 verbiedt de overboeking van verzekeringsovereenkomsten van een vestiging van de verzekeraar in de openbare lichamen naar een andere, buitenlandse vestiging van diezelfde verzekeraar. Dit voorkomt dat verzekeringnemers die een overeenkomst hebben gesloten bij een lokale verzekeraar, ineens te maken zouden krijgen met een buitenlandse wederpartij. In bijzondere gevallen kan de AFM op grond van artikel 1:27 ontheffing verlenen van dit verbod. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding zijn als de portefeuille wordt overgedragen aan een vestiging van de verzekeraar in Curaçao of Sint Maarten.

§ 4.5 Bemiddeling

Artikelen 4:40 en 4:41 (zorgplicht)

Dit artikel geeft in navolging van de Wft de partijen in de distributieketen een rol bij het weren van malafide partijen van de markt. Ingevolge het eerste lid dienen aanbieders, alvorens voor de eerste maal producten via een bepaalde bemiddelaar aan te bieden, te verifiëren of die bemiddelaar op grond van deze wet bevoegd is om te bemiddelen in het desbetreffende financiële product. Het register van de AFM biedt inzicht in de bemiddelaars die in de openbare lichamen actief mogen zijn, zodat het voor de aanbieder afdoende is om het register te raadplegen. Dit is reeds voorgescreven op basis van artikel 14 van de Wabb BES, maar dan alleen voor verzekeraars. Er is geen reden om deze verplichting niet uit te breiden tot andere aanbieders van financiële producten.

Ook naderhand dient de aanbieder alert te blijven op de bevoegdheid van de bemiddelaar om te bemiddelen in het door hem aangeboden product. Gelet op de omvang van de markt is de verwachting dat een aanbieder relatief snel zal vernemen als een bemiddelaar niet langer zijn beroep of bedrijf mag uitoefenen in de openbare lichamen. De aanbieder kan

eveneens gaan twijfelen door bijvoorbeeld een artikel in een krant of vakblad dan wel geruchten in de branche. Het register kan voorts periodiek worden geraadpleegd. Ingeval de bemiddelaar zijn beroep of bedrijf niet langer mag uitoefenen in de openbare lichamen, mag de aanbieder zijn producten ook niet meer door tussenkomst van die bemiddelaar aanbieden (tweede lid). Andersom dient de bemiddelaar niet langer te bemiddelen voor een aanbieder aan wie het niet meer is toegestaan om financiële producten aan te bieden in de openbare lichamen (derde lid). Bemiddelaars kunnen hiervoor eveneens het register raadplegen.

Artikel 4:41 regelt op soortgelijke wijze als artikel 4:40 de verhouding tussen een bemiddelaar en een eventueel voor hem werkende onderbemiddelaar. De bemiddelaar dient zich ervan te vergewissen dat de onderbemiddelaar bevoegd is als zodanig op te treden (eerste lid). Aangezien een onderbemiddelaar, zoals toegelicht bij artikel 1:1, ook zelf kwalificeert als bemiddelaar en dus over een vergunning dient te beschikken, dient zijn bevoegdheid te blijken uit een inschrijving in het register. Ingevolge het tweede lid mag een bemiddelaar niet langer gebruik maken van de diensten van een onderbemiddelaar als hij weet of behoort te weten dat deze niet meer bevoegd is te bemiddelen,

Artikelen 4:42 en 4:43 (assurantieportefeuille)

Het in de artikelen 4:42 en 4:43 bepaalde geldt thans reeds op basis van artikel 16 van de Wabb BES. Deze artikelen regelen de rechtspositie van de assurantiebemiddelaar ten opzichte van de verzekeraar. Deze regels komen eveneens de consument ten goede, omdat zij de bemiddelaar in staat stellen een ongebonden opstelling jegens de verzekeraar in te nemen.

In beginsel behoort een verzekering die door tussenkomst van een bemiddelaar tot stand is gekomen tot de portefeuille van die assurantiebemiddelaar. Onder portefeuille wordt verstaan het geheel van relaties en, meer concreet, de bestaande verzekeringen van de assurantiebemiddelaar. Alleen indien de bemiddelaar er zelf mee instemt en in bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen mag de verzekeraar de verzekering overboeken naar de portefeuille van een andere assurantiebemiddelaar of in eigen beheer nemen. Daarnaast is de verzekeraar gehouden om de verzekering over te boeken naar een andere bemiddelaar indien de bemiddelaar of de verzekeringnemer hier om verzoekt, tenzij hij gegronde bezwaren heeft tegen die andere bemiddelaar. Het moet dan gaan om bezwaren die gericht zijn tegen de persoon en niet tegen de overdracht als zodanig. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als in het verleden reeds is gebleken dat deze bemiddelaar het beheer van de verzekering of de premie-incasso ernstig heeft verwaarloosd. In hoeverre de bezwaren van een verzekeraar terecht zijn zal afhangen van de individuele omstandigheden van het geval.

De Wabb BES bepaalt dat een assurantiebemiddelaar aanspraak heeft op provisie jegens de verzekeraar over de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. In het tweede lid van artikel 4:42 is de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur hetzelfde te bepalen. Gelet op de voortschrijdende inzichten in het Europese deel van Nederland inzake de beloning van bemiddelaars is het onzeker of het bestaande stelsel van provisiebeloning van assurantiebemiddelaars gehandhaafd blijft. Het heeft zodoende de voorkeur om concrete beloningsnormen op lager niveau te regelen.

Artikelen 4:44 en 4:45 (premie-incasso)

De artikelen 4:44 en 4:45 zijn ontleend aan artikel 17 van de Wabb BES. De premie-incasso is een middel voor de assurantiebemiddelaar om het contact met zijn cliënten te onderhouden. Daarom is de assurantiebemiddelaar ingevolge artikel 4:44, eerste lid, bevoegd om de premies voor de verzekeraar te incasseren. Mede gelet op de bijbehorende administratie kan een assurantiebemiddelaar met de verzekeraar eveneens overeenkomen dat deze zelf voor incasso zorg draagt.

Artikel 4:44, tweede lid, bewerkstelligt dat de verzekeringnemer tegenover de verzekeraar aan zijn betalingsverplichting heeft voldaan als hij de premie aan de assurantiebemiddelaar heeft betaald. Indien de assurantiebemiddelaar in gebreke is de door hem ontvangen premie aan de verzekeraar af te dragen, heeft dit derhalve geen gevolgen voor de verzekeringnemer. De verzekering kan niet op die grond worden geschorst of opgezegd door de verzekeraar.

De verzekeraar heeft er groot belang bij dat de hem verschuldigde premies op de juiste wijze worden geïnd en afgedragen. In artikel 4:45 zijn daarom situaties genoemd waarin de verzekeraar het incasso der premies door een bemiddelaar kan of moet beëindigen. De verzekeraar neemt in dat geval het incasso der premies zelf over en kan voorts premie-incassokosten in rekening brengen. De mogelijkheid om de aanspraak van de assurantiebemiddelaar op provisie af te kopen is niet overgenomen uit de Wabb BES omdat de beloningstructuur van de bemiddelaar bij of krachtens algemene maatregel van bestuur geregeld kan worden.

Artikel 4:46 (gevolmachtigde en ondergevolmachtigde agent)

Het eerste lid bewerkstelligt dat ook de aanbieder en gevolmachtigde agent elkanders bevoegdheid om respectievelijk financiële producten aan te bieden en op te treden als gevolmachtigde agent dienen te verifiëren en geen relatie aangaan dan wel de relatie beëindigen als die bevoegdheid niet (meer) blijkt te bestaan. Hetzelfde geldt voor de relatie tussen een gevolmachtigde agent en diens ondergevolmachtigde agent. Zie hiervoor verder de toelichting op artikel 4:40 en 4:41.

Ingevolge het tweede lid zijn de artikelen 4:40 tot en met 4:45 eveneens van toepassing op de gevolmachtigde agent ingeval een bemiddelaar voor hem bemiddelt. De gevolmachtigde agent wordt dan gelijkgesteld met een verzekeraar.

Artikel 4:47 (volmacht)

Boek 3, Titel 3, van het BW BES bevat algemene bepalingen inzake de volmacht. Artikel 4:47 vormt daarop een aanvulling voor de volmacht van een (onder)gevolmachtigde agent in verzekeringen.

Het eerste lid bepaalt dat de volmacht of ondervolmacht schriftelijk verleend moet zijn. Dit schept duidelijkheid voor alle betrokken partijen en is ook wenselijk uit toezichtoogpunt. De bevoegde toezichtautoriteit (AFM) verleent geen vergunning aan een gevolmachtigde agent op basis van een mondeling verleende volmacht.

Een volmacht kan door de volmachtverlenende verzekeraar worden beperkt (tweede lid). Een ondervolmacht kan eveneens worden beperkt, zowel door de betrokken verzekeraar als door de gevolmachtigde agent (derde lid). Ingevolge het vierde lid kunnen genoemde beperkingen niet aan de verzekeringnemer of een andere derde worden tegengeworpen.

Deze mag erop vertrouwen dat de (onder)gevolmachtigde agent een toereikende volmacht heeft en zich aan eventuele aan die volmacht gestelde beperkingen houdt. Doet deze dat niet, dan zijn de gevolgen voor de (onder)gevolmachtigde agent zelf. Een ondergevolmachtigde agent kan zich jegens de verzekeraar echter niet op het vierde lid beroepen. Hij dient zich er zelf van te vergewissen dat de aan hem verleende ondervolmacht niet in strijd is met de door de verzekeraar aan de volmacht gestelde beperkingen.

Artikel 4:48 (nadere regels)

Artikel 4:48 biedt de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ten aanzien van de rechten en plichten van bemiddelaars of gevolmachtigde agenten. Deze bepaling hoeft niet uitsluitend assurantiebemiddelaars te betreffen, maar kan ook betrekking hebben op bijvoorbeeld bemiddelaars in krediet.

Hoofdstuk 5. Marktgedrag en effectenverkeer

§ 5.1 Algemene bepalingen betreffende marktgedrag

Artikel 5:1 (begrip financiële dienstverlener)

Paragraaf 5.1 is relevant voor financiële ondernemingen die hun financiële product of dienst aanbieden aan de consument of cliënt. Hieronder vallen niet: een elektronischgeldinstelling, geldtransactiekantoor, houder van een effectenbeurs of een trustkantoor. Daarnaast valt het aanbieden van effecten niet onder deze paragraaf. Zoals toegelicht in paragraaf 4 van het algemene deel van deze memorie, wordt dit in paragraaf 5.4 gereguleerd. Vermogensbeheer, bemiddelen in en adviseren over effecten zijn daarentegen financiële diensten die – net als bemiddelen in en adviseren over financiële producten – weer wel onder de reikwijdte van paragraaf 5.1 vallen. Voor de financiële ondernemingen die onder de reikwijdte van paragraaf 5.1 vallen, wordt in die paragraaf het verzamelbegrip «financiële dienstverlener» gebruikt.

Artikel 5:2 (zorgvuldige behandeling consumenten en cliënten)

In artikel 5:2 wordt het uitgangspunt van de zorgvuldige behandeling van de consument of cliënt door de financiële dienstverlener geformuleerd. De zorgplicht vloeit reeds voort uit het burgerlijk recht, maar hier wordt benadrukt dat eenzelfde verplichting geldt ingevolge het publiekrecht. Het gaat dan zowel om handelen als nalaten door of namens de financiële dienstverlener. De zorgplicht wordt in de navolgende artikelen verder ingevuld en betreft meer concrete uitwerkingen van de op een financiële dienstverlener rustende zorgplicht jegens zijn (potentiële) klanten. Van onzorgvuldig handelen is niet alleen sprake als de financiële dienstverlener een van de artikelen van paragraaf 5.1 overtreedt. Er zijn ook andere situaties denkbaar die als zodanig moeten worden aangemerkt. Of er sprake is van onzorgvuldig handelen, zal per geval beoordeeld moeten worden.

Een algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm is zeker in de openbare lichamen wenselijk. De normen zoals geformuleerd in de paragrafen 5.1 tot en met 5.3 zijn afgeleiden van het (Europees-)Nederlandse en Europese systeem en zodoende mogelijk niet altijd toereikend voor de openbare lichamen. Hoewel deze wet zoveel mogelijk tegemoet komt aan de situatie in de openbare lichamen is het mogelijk dat mede door het toezicht onzorgvuldige en/of onwenselijke gedragingen aan het licht komen die niet zijn voorzien in de navolgende artikelen. Zo is

verondersteld dat er nauwelijks of geen beleggingsdiensten worden verleend. Deze paragrafen bevatten in tegenstelling tot de Wft dan ook slechts in beperkte mate normen hiervoor. Niettemin wordt ook van degene die een dergelijke dienst verleent een zorgvuldige behandeling van de cliënt verwacht. Het frequent aan- en verkopen van effecten met het oogmerk om additionele vergoedingen van de desbetreffende cliënt te ontvangen, zal hier bijvoorbeeld al snel mee in strijd komen.

Hoewel de toezichtautoriteit met een beroep op dit artikel aanwijzingen kan geven aan onder toezicht staande instellingen, kan het in verband met rechtszekerheid wenselijk zijn dat gewenst gedrag van financiële dienstverleners zoveel mogelijk uitgeschreven wordt. Daarom is in artikel 5:12 een delegatiebepaling opgenomen om de norm uit dit artikel alsook de andere artikelen verder te kunnen invullen of aanvullen.

Artikel 5:3 (informatieverstrekking door financiële dienstverlener)

Dit artikel bevat regels ten aanzien van iedere uiting door of namens de financiële dienstverlener inzake een financieel product, een financiële dienst of effecten ten behoeve van een consument of cliënt. Niet relevant hierbij is of de desbetreffende uiting door de wetgever wordt vereist (de zogenoemde verplichte informatie). Ook de wijze waarop de informatie wordt verstrekt door of namens de financiële dienstverlener doet niet ter zake; het artikel is van toepassing op ieder soort medium, zoals het internet, de radio, de televisie, brochures, billboards, dagbladen, en mondeling te verstrekken informatie. Interne stukken die niet bedoeld zijn voor de consument of cliënt vallen daarentegen niet onder dit artikel.

Informatie dient feitelijk juist, duidelijk en niet misleidend te zijn. Feitelijk juist spreekt voor zich. Hierbij geldt dat informatie evenmin met elkaar in tegenspraak mag zijn; de opgave van de kosten van een krediet in een kredietreclame mag bijvoorbeeld niet strijdig zijn met de gegevens die voorafgaand aan het sluiten van een dergelijke kredietovereenkomst worden verstrekt. De informatie dient voorts duidelijk en begrijpelijk geformuleerd en gestructureerd te zijn, waarbij in alle gevallen geldt dat de consument of cliënt niet opzettelijk op het verkeerde been mag worden gezet. Het noemen van relevante informatie, zoals risico's of kosten, op een amper zichtbare wijze voor de consument doet bijvoorbeeld afbreuk aan de duidelijkheid. Hier zal al snel sprake van zijn ingeval dergelijke informatie in een zeer klein lettertype of in een voetnoot wordt vermeld. Ook een grote hoeveelheid aan informatie kan ten koste gaan van de duidelijkheid als daarmee voor de consument of cliënt het zicht op de essentie verloren gaat.

Daarnaast kan het taalgebruik te ingewikkeld zijn. De vraag hierbij is wellicht wat voor consument of cliënt de financiële dienstverlener als ijkpunt mag nemen. Indien de informatie gericht is tot een specifieke doelgroep, dan kan de structuur en formulering van de informatie afgestemd worden op die doelgroep. Jargon waarvan verondersteld mag worden dat de doelgroep ermee bekend is, kan dan gebruikt worden. In andere gevallen moet het inzicht en het taalniveau van de gemiddelde consument of cliënt als uitgangspunt genomen worden. Specifiek ten aanzien van de taal dient de financiële dienstverlener rekening te houden met de meertaligheid in de openbare lichamen. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de schriftelijke kennis van een taal veelal op een ander niveau ligt dan de orale beheersing. Op de kenmerken van een gemiddelde consument en cliënt wordt in de toelichting op artikel 5:4 nader ingegaan.

Per geval zal moeten worden beoordeeld of de beschikbaar gestelde informatie al dan niet misleidend is. Misleiding kan bijvoorbeeld ontstaan door het verstrekken van selectieve of onvolledige informatie met als gevolg dat de consument of cliënt een verkeerd beeld krijgt van bijvoorbeeld de aard of risico's van het product. Het gaat dan om de gegevens die van invloed zijn op de keuze van een consument of cliënt voor een product, dienst of financiële dienstverlener. Misleiding kan derhalve samenhangen met de navolgende artikelen over verplichte informatie en de bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uitgewerkte bepalingen inzake transparantie. Daarnaast dient het commerciële oogmerk van het product of de dienst duidelijk te zijn. Doen voorkomen alsof de informatie afkomstig is van een onafhankelijk instituut of overheidsinstantie in plaats van de financiële dienstverlener is hiermee in strijd.

Ingevolge artikel 5:12 kan dit artikel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nader uitgewerkt worden, generiek of voor bepaalde producten of diensten.

Artikelen 5:4 en 5:5 (precontractuele informatie)

Gelet op de mogelijke (financiële) impact en het belang van financiële producten voor de consument is het wenselijk dat de consument of cliënt een gedegen keuze maakt voor een financieel product. (Hetgeen met betrekking tot artikel 5:4 wordt gezegd over financiële producten geldt evenzeer voor effecten.) Hiervoor is bepaalde informatie vereist die enkel de aanbieder bezit. Artikel 5:4 verplicht de financiële dienstverlener om de consument of cliënt tijdig voordat een eventuele overeenkomst tot stand komt te voorzien van die informatie die nodig is om het desbetreffende product adequaat te kunnen beoordelen (eerste en tweede lid). Indien de consument een bemiddelaar inschakelt, dan verstrekt laatstgenoemde deze informatie (vierde lid). Het is vervolgens aan de consument om te bepalen of het product geschikt is voor hem gelet op zijn wensen en financiële omstandigheden. Deze eigen verantwoordelijkheid is uiteraard beperkter als de consument een financiële dienstverlener verzoekt om hem te adviseren over een geschikt financieel product. Zie hiervoor uitgebreider artikel 5:7. Daarnaast dient de financiële dienstverlener voor zover van toepassing informatie te verstrekken over de financiële dienst (eerste lid), en ingeval het een adviseur of bemiddelaar betreft eveneens over diens eventuele zakelijke relatie met de aanbieder(s) (artikel 5:5).

Om te kunnen komen tot een adequate beoordeling van het financieel product zijn gegevens over de kenmerken van het desbetreffende financiële product van belang en voor zover relevant eveneens over de aanbieder van het product. Voor een aantal producten wordt in een algemene maatregel van bestuur nader bepaald welke gegevens dit betreft, waaronder kredieten en verzekeringen nu deze producten het meest afgenomen worden in de openbare lichamen. Voor andere producten, zoals de betaal- of spaarrekening, is dit ter beoordeling van de financiële dienstverlener zelf. Het tweede lid van artikel 5:4 noemt evenwel twee belangrijke kenmerken, te weten de kosten en eventuele risico's van het product. Het noemen van de totale kosten is niet voldoende; de verschillende componenten (afsluitkosten, periodieke kosten, transactiekosten etc.) dienen afzonderlijk vermeld te worden. Ingeval het financieel product een vermogensopbouwcomponent heeft, dan dient vooraf helder te zijn wat de invloed van de (periodieke) kosten is op de inleg of premie en het uiteindelijk opgebouwde vermogen of de uitkering indien het een verzekering betreft.

Het tweede lid van artikel 5:4 bevat geen limitatieve opsomming. Zo moet uiteraard de aard van het product omschreven worden voor zover dit niet volgt uit de risico-omschrijving, evenals de wijze van opzegging en de te verwachten rendementen. De informatie moet toereikend zijn om een gedegen afweging te kunnen maken. De informatie die nodig is zal voorts mede afhangen van de complexiteit van het product. Naarmate het product complexer en/of risicovoller wordt, kan van de consument of cliënt minder kennis en inzicht worden verwacht. Een gemiddelde consument of cliënt zal in de regel bijvoorbeeld minder informatie nodig hebben over een betalingsrekening dan over een beleggingsverzekering. De kosten en mogelijke rendementen van een product met vermogensopbouw of een beleggingscomponent zijn verder ook vaak ingewikkeld en zullen daarom meer toelichting behoeven.

De financiële dienstverlener mag de kennis en het inzicht van een gemiddelde consument of cliënt als uitgangspunt nemen, tenzij het betreffende product voor een andere doelgroep is bestemd. Zeker bij complexere producten mag worden verlangd dat de financiële dienstverlener aangeeft voor welk type consument of cliënt het product geschikt is. Het is voorts aan de consument of cliënt zelf om te bepalen of hij onder de genoemde categorie valt. Van de gemiddelde consument of cliënt mag verder verwacht worden dat hij zich verdiept in de aangereikte informatie, de eventuele waarschuwingen ter harte neemt, en vervolgens bepaalt of het betreffende product geschikt is voor hem. Er bestaat geen automatische adviesplicht voor de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener moet de consument of cliënt wel attenderen op het feit dat geen sprake is van advisering (zie uitgebreider de toelichting bij artikel 5:7). De financiële dienstverlener is in beginsel niet verantwoordelijk voor consumenten of cliënten die een product aanschaffen waarvan zij, ondanks adequate informatievoorziening, de implicaties niet doorzien. Overigens is juist voor dergelijke consumenten het inschakelen van een adviseur of bemiddelaar mogelijk een goede manier om geschikte financiële producten aan te schaffen. In dat geval is de verantwoordelijkheid van de consument of cliënt beperkter.

Het eerste lid van artikel 5:4 heeft geen betrekking op het aanbieden van effecten. Wel dient in dat geval op grond van artikel 5:19 een prospectus beschikbaar te zijn. Beleggingsinstellingen dienen voorts zowel op basis van dit artikel als artikel 4:8 (potentiële) cliënten te voorzien van informatie tijdig voordat deze al dan niet overgaan tot de aankoop van rechten van deelneming. Zie meer hierover in de toelichting bij artikel 4:8. Bemiddelaars in effecten en adviseurs ter zake van effecten vallen daarentegen wel onder artikel 5:4, eerste lid.

De informatie moet tijdig voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst dan wel aanvang van de werkzaamheden ten hoeve van de consument of cliënt aan deze verstrekt zijn, zodat de desbetreffende consument of cliënt tijd heeft om te bepalen in hoeverre het product of de dienst aan zijn wensen en (financiële) mogelijkheden voldoet. De informatie gelijktijdig aanbieden met de totstandkoming van de overeenkomst voldoet hier niet aan. In het derde lid van artikel 5:4 wordt de mogelijkheid geopend om hier bij of krachtens algemene maatregel van bestuur van af te wijken. In de toekomst zou hiervan wellicht gebruik gemaakt kunnen worden voor de overeenkomst op afstand. Vooralsnog is de internetpenetratie evenwel laag en ook telefonische verkoop is niet gangbaar. Ook in die situaties zal de overeenkomst pas tot stand behoren te komen nadat de consument de vereiste precontractuele informatie heeft ontvangen. De indruk is dat er ook nu al enige tijd overheen gaat alvorens overeenkomsten in financiële producten worden afgesloten. De

beoordeling van een kredietaanvraag neemt bijvoorbeeld doorgaans een aantal dagen in beslag.

De informatie over een financieel product wordt in beginsel door de aanbieder van dat product verstrekt. Omdat een bemiddelaar echter het contact met de consument of cliënt onderhoudt en voorafgaand aan de bemiddeling toch al de nodige informatie over het product zal verstrekken, wordt middels het vierde lid van artikel 5:4 de zorgplicht voor het verstrekken van precontractuele informatie ingeval van bemiddeling bij de bemiddelaar neergelegd. In de praktijk zal de aanbieder de bemiddelaar dan wel dienen te voorzien van de informatie, maar dit is reeds noodzakelijk opdat de bemiddelaar zijn opdracht goed kan uitvoeren. Overigens kan de bemiddelaar uiteraard desgewenst met de aanbieder afspreken dat de aanbieder bepaalde informatie verstrekt. Hoewel een soortgelijke redenering opgaat voor de adviseur (een advies behoeft de nodige onderbouwing, zie artikel 5:7, tweede lid), geldt deze zorgplicht niet voor de adviseur, omdat hij geen rol heeft in de uiteindelijke totstandkoming van de overeenkomst. De aanbieder heeft bovendien in dit geval wel een contactmoment met de consument of cliënt. Daarnaast is niet gezegd dat een advies een financieel product bij slechts één aanbieder bevat. Meerdere aanbieders kunnen geschikt worden geacht, waarna de consument zelf moet beoordelen bij welke aanbieder hij het product vervolgens gaat aanschaffen.

De informatie die de consument of cliënt nodig heeft om tot een adequate beoordeling te komen van de financiële dienst voor zover het adviseren of bemiddelen betreft, heeft betrekking op de kenmerken van de financiële dienst zelf (artikel 5:4, eerste lid) en eveneens, ingevolge artikel 5:5, op de zakelijke relatie die de adviseur of bemiddelaar mogelijk met de aanbieders van het betreffende financiële product heeft. Voor de consument of cliënt is het van belang te weten hoe een adviseur of bemiddelaar (beiden ook wel te noemen: tussenpersoon) is gepositioneerd ten opzichte van de aanbieder(s) voor wie hij adviseert of bemiddelt en in hoeverre hij objectief adviseert of bemiddelt. Zo is het relevant om te weten voor hoeveel en welke aanbieders de tussenpersoon werkt, in hoeverre hij contractueel gebonden is aan deze aanbieder(s), en op welke wijze de tussenpersoon beloond wordt door de aanbieder(s). De vergoeding, in welke vorm dan ook, die de tussenpersoon krijgt van een bepaalde aanbieder kan reden zijn voor die tussenpersoon om deze aanbieder eerder aan te bevelen dan een andere aanbieder, ook als het product van deze laatste aanbieder beter blijkt te voldoen aan de wensen van de consument of cliënt. Transparantie van de wijze van beloning van de tussenpersoon moet dit tegengaan. De toegevoegde waarde van advisering en bemiddeling – bemiddeling zal niet snel plaatsvinden zonder advisering – is juist dat een deskundige een financieel product met bijbehorende aanbieder adviseert die past bij de wensen en omstandigheden van de desbetreffende consument of cliënt. Het financiële belang van de adviseur of bemiddelaar mag hier geen rol in spelen.

Artikel 5:5, derde lid, voegt hieraan toe dat bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald dat de consument of cliënt voorafgaand aan de aanschaf van bepaalde soorten producten – financiële producten of effecten – via de bemiddelaar op de hoogte wordt gesteld van de hoogte van de provisie, waaronder de afsluitprovisie alsook de doorlopende provisie per betalingstermijn, die de bemiddelaar in verband hiermee ontvangt. Bij algemene maatregel van bestuur zal worden bepaald om welke financiële producten of effecten het gaat. Daarbij valt met name te denken aan meer ingewikkelde producten waarbij de provisie behoorlijke

hoogtes kan aannemen. In andere gevallen zal de hoogte van de provisie doorgaans minder relevant zijn voor de afweging van de consument of cliënt.

Een bemiddelaar in effecten dient informatie te verstrekken over de vooruitzichten en risico's ten aanzien van de effecten waarin hij bemiddelt, waartoe hij (mede) gebruik kan maken van het ingevolge artikel 5:19 voorgeschreven prospectus. Eveneens relevant zijn de kosten die hij in rekening brengt per transactie dan wel voor zijn doorlopende dienstverlening, de tijdsperiode waarin hij de transactie uitvoert, en de handelsplatformen waarvan hij gebruik kan maken. Een vermogensbeheerder moet op grond van de artikelen 5:4, eerste lid, en 5:8 informatie verstrekken over zijn dienstverlening, de soort effecten waarin hij het vermogen van de cliënt zal beleggen, en de risico's die de cliënt hierbij loopt. Een adviseur in effecten zal op basis van artikel 5:7 naast informatie over zijn dienstverlening eveneens informatie over de aard en risico's van de effecten moeten verstrekken, rekening houdend met het profiel van zijn cliënt. Het is aan de adviseur om te bepalen of het overhandigen van een prospectus van de aanbevolen effecten hierbij nuttig is.

In de regel zal de financiële dienstverlener kunnen volstaan met standaardinformatie. De informatie hoeft niet in één document of op één moment te worden te worden aangeboden zolang het geen afbreuk doet aan de duidelijkheid en begrijpelijkheid van de informatie. Het is aan te bevelen dat de informatie schriftelijk wordt verstrekt en waar nodig mondeling, bijvoorbeeld als de klant aangeeft de informatie niet te kunnen lezen of begrijpen. De meeste overeenkomsten in de openbare lichamen worden in het kantoor van de financiële dienstverlener afgesloten, zodat de medewerker kan verifiëren of de wijze van informatieverstrekking voldoet. De informatieverplichting van een financiële dienstverlener die adviseert is evenwel in zoverre anders dat hij niet een gemiddelde consument als uitgangspunt kan nemen, maar gehouden is om zijn informatievoorziening precies af te stemmen op de individuele kenmerken van de consument of cliënt die zijn advies inwint. Standaardinformatie zal in dat geval veelal niet toereikend zijn.

Artikel 5:6 (informatie gedurende de overeenkomst)

De consument dient gedurende de looptijd van een overeenkomst inzake een financieel product of financiële dienst door de financiële dienstverlener ten minste op de hoogte te worden gesteld van wezenlijke wijzigingen ten opzichte van de informatie die verstrekt is voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst (artikel 5:4), voor zover de informatie voor de consument van belang is gegeven dat de overeenkomst al gesloten is. Dit kan ook betrekking hebben op relevante wijzigingen in de voorwaarden of polis van de financiële dienstverlener (voor zover deze tussentijds aangepast mogen worden). Daarnaast dient de financiële dienstverlener actuele informatie over het product of de dienst te geven voor zover relevant. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de situatie waarin een financiële dienstverlener informatie moet verstrekken, waarbij bepaald kan worden dat de informatie slechts verstrekt hoeft te worden als de consument daarom verzoekt. Gedacht kan worden aan het periodiek informeren van de consument of cliënt over de actuele waarde van een product, de wijziging van een variabel rentepercentage, of de verantwoording van een gevoerd beleid. Zeker als het meerdere consumenten aangaat, is het aan de financiële dienstverlener om te bepalen hoe hij deze informatie verstrekt, zij het dat hierover bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld. Gelet op de lage internetpenetratie

in de openbare lichamen, zal informatie alleen op de website niet snel afdoende zijn.

De informatie moet wederom tijdig verstrekt worden opdat de consumenten een reële mogelijkheid wordt geboden om naar aanleiding van de te ontvangen informatie een eventuele actie ondernemen. De informatie is bijvoorbeeld niet tijdig verstrekt indien de consument een bepaald nadeel heeft ondervonden, dat voorkomen had kunnen worden indien hij bedoelde informatie op een eerder tijdstip had ontvangen (en de informatie ook op dat eerdere tijdstip beschikbaar was).

Artikelen 5:7 en 5:8 (passend advies en vermogensbeheer)

Een financiële dienstverlener die een of meer specifieke financiële producten of effecten aanbeveelt aan een bepaalde consument of cliënt, dient aan de in artikel 5:7 gestelde eisen te voldoen. Een financiële dienstverlener kan een product evenwel ook aanbieden zonder daarbij te adviseren, hetgeen ook wel wordt aangeduid als «execution only» (artikel 5:7, derde lid). Dit kan ook opgaan voor het verlenen van financiële diensten, zoals het bemiddelen bij de totstandkoming van transacties in effecten. Een adviseur valt daarentegen per definitie onder de reikwijdte van dit artikel en een bemiddelaar die (tevens) adviseert eveneens. Dit zal evenwel anders zijn voor de gevolmachtigde agent omdat hij in de regel slechts voor één aanbieder werkt. Denkbaar is dat gevolmachtigde agenten vooral actief zijn in de openbare lichamen voor aanbieders die daar geen kantoor hebben. Artikel 5:7 ziet zodoende niet alleen op adviseurs zoals in dit wetsvoorstel gedefinieerd, maar ook op ander type financiële dienstverleners zoals aanbieders, bemiddelaars en gevolmachtigde agenten voor zover zij een product aanbevelen aan een bepaalde consument. Voor vermogensbeheerders geldt een vergelijkbare verplichting ingevolge artikel 5:8.

Artikel 5:7 is zo opgesteld dat er niet een automatische adviesplicht geldt. De financiële dienstverlener moet de consument of cliënt dan wel voor aanvang van zijn werkzaamheden melden dat hij niet adviseert (artikel 5:7, derde lid). Dit opdat de consument of cliënt een goed beeld heeft van de aard van de dienstverlening van de financiële dienstverlener en hij in voorkomend geval weet dat hij niet een op zijn situatie toegespitst advies krijgt maar bijvoorbeeld te maken heeft met de promotie van een bepaald product. Zeker bemiddelaars die niet adviseren dienen dit nadrukkelijk te vermelden, omdat de verwachting van menig consument of cliënt een andere is. Overigens gelden de hiervoor genoemde transparantie verplichtingen onverkort voor financiële dienstverleners, ongeacht of ze de consumenten tevens adviseren. Hetzelfde geldt voor de bredere zorgplicht conform artikel 5:2, zeker als het om complexe producten gaat. Een financiële dienstverlener kan bijvoorbeeld niet zondermeer het verzoek van een cliënt inwilligen om transacties in effecten te verrichten waarbij het risico bestaat dat hij in een (ver) negatief saldo belandt.

De zogenoemde «ken uw klant»-bepaling van artikel 5:7 verplicht de financiële dienstverlener die adviseert conform het eerste lid om zich te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt voor zover relevant voor de betreffende dienstverlening. Dit betekent dat de informatie die moet worden ingewonnen mede afhankelijk is van de complexiteit van het product. Zo zal de verplichting van de dienstverlener om te informeren naar de financiële positie van de consument of cliënt van groot belang zijn als het gaat om een beleggingsproduct of een krediet (zie ook artikel 5:14). De verplichting is veel minder uitgebreid indien de consument bijvoorbeeld een spaar- of betaalrekening wenst te openen of een specifieke

risicoverzekering wenst af te sluiten. Overigens zal menig consument voor dergelijke eenvoudige financiële producten gericht op een aanbieder afstappen om een specifiek product aan te schaffen zonder voorafgaande advisering.

De informatie kan zowel passief – bijvoorbeeld door de consument een formulier te laten invullen – als actief worden ingewonnen. De financiële dienstverlener mag hierbij in beginsel afgaan op de informatie zoals door de consument verstrekt. Ingeval de financiële dienstverlener uit hoofde van eerdere dienstverlening reeds over informatie over de consument beschikt, dan kan hij deze gebruiken, mits hij zich ervan heeft vergewist dat de betreffende informatie op het moment van de nieuwe advisering nog immer actueel is.

De financiële dienstverlener stemt vervolgens zijn advies af op de ingewonnen informatie en het daaruit voortvloeiende profiel van de consument of cliënt en licht dit toe (artikel 5:7, tweede lid). Dit impliceert dat het advies niet ingegeven mag zijn door het eigen belang van de financiële dienstverlener, bijvoorbeeld doordat hij van aanbieder A een hogere beloning krijgt dan van aanbieder B. Leidend is de positie en de behoefte van de consument. Een vermogensbeheerder kan uit de ingewonnen informatie onder meer destilleren hoe risicovol hij mag beleggen voor de desbetreffende cliënt. Bij het uiteindelijke advies of het voorstel voor het beheer van het vermogen zal het doorgaans voor zich spreken dat de toelichting, in welke vorm dan ook, een koppeling bevat tussen het advies of voorstel en het profiel van de cliënt. De financiële dienstverlener zal in verband met het toezicht aan de AFM aannemelijk moeten kunnen maken dat er een logisch verband bestaat tussen het profiel van de consument of cliënt en het aanbevolen product dan wel gevoerde beheer van het vermogen van de desbetreffende cliënt.

Artikel 5:9 (behandeling van klachten)

Als een consument of cliënt niet tevreden is over een financieel product, bijvoorbeeld omdat de verzekering niet dekkend blijkt te zijn nadat zich een schade heeft voorgedaan of omdat de financiële dienstverlener voor de consument of cliënt onvoorziene kosten in rekening brengt, is het van belang dat hij ergens terecht kan met zijn klacht. Hoewel hij kan besluiten om een gerechtelijke procedure te starten, is het wenselijk dat de financiële dienstverlener en de consument of cliënt eerst trachten er gezamenlijk uit te komen. Dit is zeker van belang gelet op de duur van een gerechtelijke procedure en de kosten die ermee gemoeid zijn. Daarom dient de financiële dienstverlener ervoor zorg te dragen dat de aan zijn adres gerichte klachten van consumenten of cliënten over door hem aangeboden financiële producten of door hem verleende financiële diensten adequaat worden behandeld, hetgeen wil zeggen: zorgvuldig, consistent en binnen redelijke termijn. Zie in dat verband eveneens de toelichting op artikel 3:12 waarin onder meer is bepaald dat de financiële dienstverlener over een interne klachtenprocedure dient te beschikken en wellicht in de toekomst aangesloten moet zijn bij een erkende geschilleninstantie.

Artikel 5:10 (beloning van tussenpersonen)

Artikel 5:10 expliciteert dat de beloning die een adviseur of bemiddelaar voor zijn diensten ten behoeve van de consument of cliënt ontvangt, geen afbreuk mag doen aan het belang van die consument of cliënt. De consument of cliënt doet nu juist een beroep op de diensten van de adviseur of bemiddelaar, omdat hij meent dat zijn eigen kennis op dit terrein niet afdoende is.

«Beloning» moet ruim gelezen worden. Hieronder valt naast geldelijke voordelen bijvoorbeeld ook de verstrekking van goederen of cursussen. Strekking van het artikel is dat de dienst niet gekleurd wordt door enige andere prikkel dan het belang van de klant. Op grond van het tweede lid kunnen daartoe bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de beloning van financiële dienstverleners. Overwogen kan worden om bijvoorbeeld het huidige stelsel van verplichte provisiebetaling van verzekeraars aan assurantiebemiddelaars over te nemen.

In het derde lid is specifiek ten aanzien van assurantiebemiddelaars de mogelijkheid opgenomen om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur de afmakingscourtage (sub a) en begunstiging (sub b) te verbieden. Onder afmakingscourtage wordt verstaan: de beloning die de verzekeringnemer of verzekerde verschuldigd zijn aan de assurantiebemiddelaar voor de werkzaamheden die deze in verband met het afwikkelen van schade heeft verricht. Onder begunstiging wordt verstaan: het rechtstreeks of middellijk toekennen, afstaan of beloven van provisie, retourprovisie of enig ander op geld waardeerbaar voordeel aan anderen dan de bemiddelaar tot wiens portefeuille een verzekering behoort.

Het verbod op afmakingscourtage en het begunstigingsverbod gelden op dit moment ingevolge artikel 12 en 13 van de Wabb BES. Zoals eerder toegelicht is dit een materiële kopie van de Antilliaanse Landsverordening assurantiebemiddelingsbedrijf. Deze landsverordening is op haar beurt een afgeleide van eertijds bestaande Nederlandse wetgeving. Zowel de bepalingen ten aanzien van het afmakingscourtage- en begunstigingsverbod als de verplichte provisie zijn evenwel in Nederland geschrapt uit oogpunt van deregulering en marktwerking, de mogelijkheid tot prijsdifferentiatie en innovatie, en de mondigheid van de consument. De regels werden te paternalistisch gevonden. Beloning in de vorm van rechtstreekse betaling door de consument aan de bemiddelaar van de verleende diensten werd en wordt aangemoedigd. Afgelopen jaren is bovendien voor bepaalde complexe producten de eventuele provisiebetaling verder ingekaderd, waarbij de bemiddelaar de mogelijkheid behoudt om op andere wijze dan door middel van provisie beloond te worden, en is er zelfs een provisieverbod voor dergelijke producten aangekondigd.

Eerder is reeds aangegeven dat de markt in de openbare lichamen anders is dan de Europees-Nederlandse markt. Dit geldt evenzeer voor de verzekeringsmarkt. Zelfstandige bemiddelaars ondervinden in toenemende mate concurrentie van verzekeraars zelf of van hun gevolmachtigde agenten en van kredietinstellingen. De markt is bovendien erg klein. Anderzijds worden bepaalde verzekeringsproducten nog nauwelijks afgenomen, en ligt hier een potentiële groei. Op dit moment lijken de huidige beloningsregels geen belemmering op te leveren voor assurantiebemiddelaars en consumenten vooralsnog niet te benadelen. Niettemin is het zaak om dit snel te kunnen veranderen als dit bijvoorbeeld naar aanleiding van bevindingen van de AFM anders blijkt te zijn. Vanwege de benodigde flexibiliteit wordt in het tweede en derde lid van artikel 5:10 voorgesteld om de beloning van bemiddelaars en adviseurs op lager niveau in te vullen.

Artikel 5:11 (gevolmachtigde of ondergevolmachtigde agent)

De gevolmachtigde of ondergevolmachtigde agent verleent een financiële dienst. Hij valt zodoende onder de definitie van financiële dienstverlener en dient reeds uit dien hoofde aan de bepalingen uit deze paragraaf te voldoen. Sommige verplichtingen hebben evenwel alleen betrekking op

de aanbieder van een financieel product of op de verhouding tussen de aanbieder en een verlener van een financiële dienst. Dit artikel bewerkstelligt dat de (onder)gevolmachtigde agent, ingeval een verzekering door zijn tussenkomst wordt afgesloten, beschouwd moet worden als aanbieder van het product. De (onder)gevolmachtigde agent treedt dus voor de consument op als ware hij de verzekeraar zelf. Hij is daarom ook verantwoordelijk voor de informatievoorziening over de af te sluiten of afgesloten verzekering op grond van de artikelen 5:4 en 5:6. Daarnaast dient artikel 5:5 op grond van dit artikel zo gelezen te worden dat indien de adviseur of bemiddelaar een zakelijke relatie heeft met een (onder)gevolmachtigde agent, de adviseur of bemiddelaar de consument daarover informeert overeenkomstig artikel 5:5.

Artikel 5:12 (nadere regels)

Dit artikel bevat een mogelijkheid om nadere regels te stellen omtrent de in acht te nemen zorgvuldigheid door financiële dienstverleners jegens consumenten of cliënten. Zo bevat deze wet weinig gerichte bepalingen voor het verlenen van beleggingsdiensten, omdat dit nu nog niet tot nauwelijks voorkomt in de openbare lichamen. Indien dit anders blijkt te zijn dan valt te overwegen om deze dienstverlening nader te gaan reguleren, zoals in het Europese deel van Nederland reeds is geschied. Ook houdt het ruimte open voor andersoortige ontwikkelingen in de financiële dienstverlening in de openbare lichamen en voortschrijdende inzichten.

Daarnaast kunnen de verplichtingen uit de voorgaande artikelen nader ingevuld worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur. Te denken valt aan de transparantieplichtingen van de artikelen 5:3 tot en met 5:6 voor bepaalde financiële producten alsook de verplichting tot en wijze van dossiervorming door een financiële dienstverlening ten aanzien van de totstandkoming en verdere behandeling van een overeenkomst met een bepaalde consument of cliënt.

§ 5.2 Kredietverlening

Artikel 5:13 (begripsbepalingen)

a. kredietvergoeding

Deze definitie bepaalt wat moet worden verstaan onder kredietvergoeding. De kredietvergoeding omvat alle kosten die een kredietaanbieder in rekening brengt. Het kan dan gaan om vergoedingen voor alle kosten die met de totstandkoming van de zuivere dienst kredietverlening te maken hebben, kosten die de kredietaanbieder in zijn bedrijfsvoering moet maken, kosten van tussenpersonen, en kosten uit hoofde van kredietrisico. Het laatste wil zeggen: risico van wanbetaling door de kredietnemer.

b. verdragingsvergoeding

De verdragingsvergoeding betreft de vergoeding die een kredietaanbieder in rekening brengt over de termijnen die de kredietnemer achterstallig is te betalen. Buitengerechtigde incassokosten zijn hier niet in begrepen. Deze kosten kunnen op grond van artikel 5:15, tweede lid, afzonderlijk aan een maximum worden gebonden.

Artikel 5:14 (kredietwaardigheidstoets)

Uit onderzoek dat in het Europese deel van Nederland is verricht naar de maatregelen die daar genomen zijn om overkreditering te voorkomen¹, blijkt dat de kredietwaardigheidstoets daarvoor het belangrijkste

¹ Overkreditering aan banden: Onderzoek naar de effectiviteit van beleid om overkreditering tegen te gaan (EIM, Zoetermeer, september 2007).

instrument is. De andere normen zijn gericht op onder meer informatieverschaffing aan de consument, en laten de uiteindelijke keuze om al dan niet een krediet aan te gaan bij de consument. De kredietwaardigheidstoets legt deze verantwoordelijkheid eveneens bij de kredietaanbieder.

Ook in de openbare lichamen is het verstandig om aandacht te schenken aan de preventie van overkreditering. Niet alleen hebben onder andere bestuurders van de openbare lichamen dit aangekaart, ook cijfers over de omvang van het consumptief krediet in de openbare lichamen doen vermoeden dat het bedrag aan consumptief krediet voor sommige personen relatief hoog is. Gesprekken met verschillende partijen scheppen het beeld dat het vrij gebruikelijk is om voor de financiering van allerhande uitgaven te lenen, mede omdat sparen geen gemeengoed is. Dit kan een substantieel deel van het inkomen betreffen.

Kredietinstellingen in de openbare lichamen hebben onderhands afspraken gemaakt om een grens te hanteren waarboven de consument niet mag lenen: maximaal een derde van het maandelijkse bruto- of nettoloon mag aangewend worden voor de rente en aflossing van kredieten. Hypothecaire kredieten worden voorts verstrekt tot ten hoogste een bepaald percentage, minder dan 100 procent, van de executiewaarde. De omvang het hypothecair krediet lijkt – zeker in vergelijking tot het Europese deel van Nederland – overigens relatief laag. Indien de maximale kredietruimte van een derde van het maandelijks bruto- of nettoloon evenwel volledig wordt aangewend voor consumptief krediet, dan impliceert deze formule dat slechts tweederde overblijft voor huur of maandelijkse hypotheeklasten, boodschappen, energie, water, telefoon, verzekeringen en andere voorzieningen. Dat is vrij weinig gelet op het feit dat de huur of maandelijkse hypotheeklasten vaak al een aanzienlijk deel van het salaris opslokken. Ook energie en water zijn duur in de openbare lichamen. Daarnaast blijkt dat kredietaanbieders de zelf vastgestelde norm niet altijd hanteren of verschillend toepassen (gebruik van het bruto- of nettoloon als uitgangspunt maakt voor deze rekensom nogal uit). Voorts zijn kredietaanbieders, niet zijnde kredietinstellingen, in het geheel niet betrokken bij deze zelfregulering. Voorgaande maakt het wenselijk om de kredietwaardigheidstoets wettelijk te verankeren.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de kredietaanbieder geen overeenkomst inzake krediet dient aan te gaan als dit uit hoofde van overkreditering onverantwoord is. Hiertoe heeft hij de verplichting tot het inwinnen van informatie op basis waarvan hij kan beoordelen of de kredietverlening verantwoord is. Om tot een goede beoordeling te komen van de financiële positie van een consument dient de kredietaanbieder inzicht te hebben in zowel de inkomsten van de consument of relevante derden zoals partner, als bepaalde vaste uitgaven van de consument, bijvoorbeeld de huur dan wel de hypotheek, energie en water, rente en aflossing van andere leningen, verzekeringen en alimentatie voor zover van toepassing. Er moet voorts voldoende inkomen overblijven voor de consument om na aftrek van de kosten van de lening in het levensonderhoud van hem en zijn eventuele partner en kinderen te kunnen voorzien. De kredietwaardigheidstoets kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uitgewerkt worden.

De informatie kan de kredietaanbieder in beginsel bij de consument zelf opvragen. In het Europese deel van Nederland en andere landen dient de kredietaanbieder aangesloten te zijn bij een stelsel van kredietregistratie, zodat de kredietaanbieder inzicht heeft in de omvang van de lopende kredieten van de consument alsook eventuele betalingsachterstanden. In de openbare lichamen is een dergelijk systeem beperkt aanwezig; kredietaanbieders op Bonaire kunnen bij een private partij opvragen of de

consument betalingsachterstanden heeft, een zogenoemd negatief systeem. Evenwel niet alle kredietaanbieders zijn hierbij aangesloten en het systeem draagt beperkt bij aan de preventie van overkreditering. Een kredietaanbieder kan immers niet op basis van deze gegevens bepalen hoeveel kredietruimte er nog is. Een andere manier om deze informatie te achterhalen is het zogenoemde belronde. Kredietinstellingen bellen andere kredietinstellingen op om te vragen of een consument al een krediet heeft lopen bij die ander. Dit systeem is evenwel niet waterdicht omdat in de praktijk niet alle kredietaanbieders gebeld worden en het bovendien veronderstelt dat ze elkaar volledig informeren. Een positief kredietregistratiesysteem zal zodoende kunnen bijdragen aan een goede beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument. Net als in het Europese deel van Nederland wordt het initiatief hiertoe en de financiering ervan overgelaten aan de sector.

De verplichting tot het raadplegen van een kredietregistratiesysteem zal, conform de systematiek van het klachteninstituut, alleen dan worden geïntroduceerd als er een systeem voorhanden is dat erkend is door de Minister. Op deze manier wordt bewerkstelligd dat kredietaanbieders zich bij hetzelfde kredietregistratiestelsel aansluiten, en voorts kunnen aan het stelsel bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorwaarden worden gesteld. Te denken valt mede aan waarborging van de privacy van de geregistreerde.

Overigens wordt de kredietaanbieder niet ontslagen van de verplichtingen voortvloeiende uit dit artikel als de overeenkomst tot stand komt door tussenkomst van een bemiddelaar. Het is dan wel mogelijk dat (een deel van) de informatie wordt aangereikt door de bemiddelaar in plaats van de kredietaanbieder.

Artikel 5:15 (maximale kredietvergoeding)

Dit artikel bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur de maximaal toegestane kredietvergoeding en verdragingsvergoeding worden vastgesteld. Het beoogt excessieve kosten voor de consument tegen te gaan en kredietaanbieders te bewegen tot een restrictief acceptatiebeleid.

In de openbare lichamen is van diverse kanten kritiek geleverd op de hoge kredietvergoedingspercentages, welke meer dan 30 procent kunnen bedragen. Zeker voor kredieten geldt dat deze soms worden aangegaan vanuit door de desbetreffende consument gepercipieerde noodzaak, waarbij de kredietvergoeding voor lief wordt genomen. Consumenten blijken voorts vooral op de maandlast te letten en niet of nauwelijks op het kredietvergoedingspercentage. De interestelasticiteit bij consumptieve leningen – de mate waarin consumenten gevoelig zijn voor de hoogte van de rente – blijkt dan ook tegen erg laag te zijn. Een zekere bescherming tegen woekerrentes en tegen onevenredig hoge verdragingsvergoedingen lijkt dan ook gewenst. De bedragen die in rekening worden gebracht in geval van wanbetaling kunnen in de openbare lichamen soms hoog oplopen. Dit lijkt met name bij de niet-kredietinstellingen voor te komen. Na inwerkingtreding van deze wet zullen ook niet-kredietinstellingen die krediet verlenen aan de voorschriften uit deze paragraaf dienen te voldoen. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zal zodoende een maximaal toegestane kredietvergoeding en verdragingsvergoeding worden vastgesteld.

De hoogst toegestane vergoeding die in rekening mag worden gebracht ingeval van vervroegde aflossing van het krediet door de consument kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld.

Zolang er geen signalen zijn dat de kosten die in rekening worden gebracht bij vervroegde aflossing onevenredig hoog zijn, zal dit over worden gelaten aan de markt. Ook kan bij algemene maatregel van bestuur een maximum worden gesteld aan de hoogte van de buitengerechtelijke incassokosten die aan een consument in rekening gebracht kunnen worden.

Indien een kredietovereenkomst wordt afgesloten waarbij hogere vergoedingen worden gevraagd van de consument dan is toegestaan ingevolge dit artikel, dan is die consument bevoegd om de overeenkomst te laten vernietigen (derde lid). De kredietaanbieder komt dit recht niet toe, omdat de bescherming van dit artikel zich richt op de consument. De vernietigingsgrond is opgenomen om de effectiviteit van deze bepaling te optimaliseren. Hoewel de AFM toezicht op deze bepaling zal houden door onder meer dossierinzage, bewerkstelligt deze bepaling dat de consument door middel van een buitengerechtelijke verklaring de overeenkomst kan laten vernietigen. De consument zal het ontvangen krediet dan wel moeten terugbetalen.

Artikel 5:16 (verbod op koppelverkoop)

Soms wordt door de kredietaanbieder als voorwaarde gesteld voor het aangaan van een kredietovereenkomst dat de consument eveneens een ander financieel product, zoals een verzekering, afsluit. Dit artikel bepaalt dat de consument hiertoe niet kan worden verplicht, tenzij hij zelf kan bepalen bij of via welke financiële dienstverlener hij het nevenproduct aanschaft. Dit laatste kan goedkoper zijn voor de consument dan wel tot een geschikter product leiden. Daarnaast is beoogd te voorkomen dat de kredietaanbieder ingeval van koppelverkoop de kosten verdekt kan presenteren, door bijvoorbeeld het krediet (oneigenlijk) goedkoop te maken, terwijl de kosten voor het nevenproduct of de nevendienst relatief hoog zijn. De consument zal vaak hoofdzakelijk gericht zijn op het krediet dat hij wil ontvangen, en in mindere mate aandacht schenken aan de kenmerken, waaronder de kosten, van het nevenproduct. Ook kan sprake zijn van impliciete koppelverkoop als een kredietaanbieder het krediet een stuk duurder maakt ingeval de consument enkel de kredietovereenkomst aangaat en niet bereid is om het nevenproduct via of bij dezelfde financiële dienstverlener aan te schaffen, dan ingeval de consument ook het nevenproduct of de nevendienst afneemt.

Het voorgaande staat er niet aan in de weg dat de kredietaanbieder redelijke inhoudelijke eisen kan stellen met betrekking tot de af te sluiten overeenkomst. De inhoudelijke eisen mogen dan uiteraard niet zo ver gaan dat daardoor in feite potentiële contractspartners die tegen gangbare voorwaarden op de markt opereren worden uitgesloten. Het artikel bevat een uitzondering voor de verplichting tot het aanhouden van een betaalrekening bij de kredietaanbieder, ingeval de betalingen door de consument van de kosten van het krediet vanaf die rekening betaald dienen te worden, en zolang er geen onredelijke kosten aan zijn verbonden. Dit is overigens niet hetzelfde als een salarisrekening, oftewel een betaalrekening met regelmatige voeding in de vorm van periodieke overschrijving van het salaris of de uitkering.

In het derde lid is een vernietigingsgrond voor de kredietnemer opgenomen indien de overeenkomst in strijd met het koppelverbod is aangegaan. Vergelijk het derde lid van artikel 5:15.

Artikel 5:17 (herroepingsrecht kredietovereenkomst)

Bij veel kredietaanbieders in de openbare lichamen duurt het een aantal werkdagen alvorens het verzoek tot een krediet van een consument al dan niet ingewilligd wordt. Een enkeling verstrekt echter kredieten binnen een paar uur, althans voor zover die consument een goede betaalhistorie heeft, en adverteert hier ook mee. Zeker consumenten die op korte termijn geld nodig menen te hebben, zullen geneigd zijn een krediet bij een dergelijke aanbieder aan te gaan zonder op de kosten van het krediet te letten. Uit onderzoek blijkt dat circa een derde van de Europees-Nederlandse consumenten achteraf liever afgezien had van de lening. Er is geen reden om te veronderstellen dat dit voor de consument in de openbare lichamen anders ligt. Het onderhavige artikel (eerste lid) biedt de consument bescherming tegen een (overhaast) aangegaan krediet door een bedenktijd van vijf werkdagen te introduceren gedurende welke hij de overeenkomst zonder opgave van redenen kan ontbinden.

De consument kan de kredietovereenkomst alleen dan ontbinden als hij het kredietbedrag kan terugbetalen aan de kredietaanbieder inclusief de over dat bedrag verschuldigde rente. Eventuele afsluitkosten zijn voor rekening van de kredietaanbieder, omdat anders de prikkel voor de consument om de kredietovereenkomst te ontbinden grotendeels zou worden weggenomen.

Het derde lid regelt de situatie waarin de consument nog een andere overeenkomst heeft gesloten die verbonden is aan de kredietovereenkomst (de nevenovereenkomst) alsook het geval waarin door tussenkomst van de kredietaanbieder een nevenovereenkomst is gesloten met een derde. Ontbinding van de kredietovereenkomst brengt van rechtswege met zich dat de consument ook niet meer aan die andere overeenkomst gebonden is. De consument zou niet geholpen zijn met het ontbinden van de kredietovereenkomst als hij nog altijd gebonden is aan de gelieerde overeenkomst die naar alle waarschijnlijkheid niet meer relevant is en/of niet te financieren voor hem. Het is niet ondenkbaar dat ingeval van een gelieerde koopovereenkomst de consument meer oog heeft voor het goed dan voor de bijbehorende kredietovereenkomst met als gevolg dat het krediet impulsief of ondoordacht is aangegaan.

Het vierde lid bepaalt, conform de Europees-Nederlandse wetgeving, dat de ontbindingsmogelijkheid niet geldt voor hypothecair krediet. Een herroepingsrecht voor hypothecair krediet zou tot praktische problemen kunnen leiden in die zin, dat consumenten gebruik zouden kunnen maken van hun ontbindingsrecht nadat de hypotheekakte al is verleden en de notaris de gelden reeds heeft vrijgegeven. In de Europees-Nederlandse praktijk wordt consumenten bij het aangaan van een hypothecaire geldlening een recht van opzegging toegekend. Dit recht kan dan worden uitgeoefend op een tijdstip gelegen tussen het moment van de acceptatie van de hypotheekofferte en het moment waarop het hypotheekrecht wordt gevestigd (de hypotheekakte wordt verleden door de notaris en wordt ingeschreven in de openbare registers) zodat de notaris de aan hem door de hypotheekhouder overgemaakte gelden kan vrijgeven. Er zijn vooralsnog geen redenen om hier voor de openbare lichamen van af te wijken.

Artikel 5:18 (herroepingsrecht levens- en natura-uitvaartverzekeringen)

Dit artikel regelt dat de consument gedurende dertig dagen na het sluiten van de overeenkomst inzake een levensverzekering of natura-uitvaartverzekering bevoegd is om de overeenkomst te ontbinden zonder opgave van redenen. Levensverzekeringen en natura-uitvaartverzekeringen zijn financiële producten, vaak met een lange looptijd, die veelal eenmalig worden afgesloten, waardoor er geen tot nauwelijks leereffecten optreden. Met name bij levensverzekeringen kunnen de financiële consequenties fors zijn als de verzekering niet beantwoordt aan hetgeen de consument voor ogen heeft. Omdat het voorts ingewikkelde producten betreft, is het herroepingsrecht geïntroduceerd.

§ 5.4 Aanbieden van effecten

Artikelen 5:19 en 5:20 (prospectusplicht)

Artikel 5:19 schrijft voor dat effecten alleen mogen worden aangeboden aan het publiek of worden toegelaten tot de handel op een in de openbare lichamen gehouden effectenbeurs als er een door de AFM goedgekeurd prospectus beschikbaar is. De prospectuseis geldt zowel bij eerste uitgifte van de effecten als wanneer deze voor de eerste maal in de openbare lichamen verkrijgbaar worden.

Ingevolge het tweede lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur bepaalde categorieën effecten worden uitgezonderd van het eerste lid. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding zijn als het gaat om aandelen of certificaten van aandelen die kosteloos of in de vorm van dividend worden aangeboden aan aandeelhouders, en aan effecten die door een aan de beurs genoteerde werkgever aan bestuurders, commissarissen of werknemers worden aangeboden.

Daarnaast kan op grond van artikel 1:26 bij ministeriële regeling vrijstelling worden verleend van het prospectusvereiste. Te denken valt – in navolging van de regeling in de Wft – aan aanbiedingen die uitsluitend aan professionele marktpartijen of aan een beperkte kring van beleggers worden gedaan, aanbiedingen van een beperkte omvang, of aanbiedingen waarbij de effecten een hoge nominale waarde hebben (in de Wft wordt thans een grens van 50 000 EUR gehanteerd). Ook is er aanleiding voor het verlenen van een vrijstelling als er om evidente redenen geen behoefte bestaat aan de in een prospectus op te nemen informatie, bijvoorbeeld omdat die informatie al blijkt uit een eerder opgesteld prospectus of daarmee vergelijkbaar document. In bijzondere gevallen is het eveneens mogelijk dat de AFM ontheffing verleent van het prospectusvereiste (zie artikel 1:27).

Artikel 5:20 regelt de procedure voor het verkrijgen van de benodigde goedkeuring van het prospectus door de AFM. De AFM beoordeelt of het prospectus voldoet aan de eisen van artikel 5:21 (eerste lid) en beslist in beginsel binnen twintig werkdagen nadat zij de aanvraag tot goedkeuring heeft ontvangen (tweede lid). Ingevolge het derde lid zijn bepaalde artikelen uit de paragrafen 2.2 en 2.3 van overeenkomstige toepassing, wat inhoudt dat de aanvrager alle gegevens en bescheiden dient te verschaffen die de AFM nodig heeft voor haar beoordeling (vergelijk artikel 2:6), dat de AFM in bepaalde gevallen kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen (vergelijk artikel 2:7), dat (onder andere) in dat geval de beslistermijn wordt opgeschort (vergelijk artikel 2:9) en dat de beslissing van de AFM met betrekking tot de aanvraag met redenen omkleed dient te zijn en schriftelijk aan de aanvrager bekend dient te

worden gemaakt (vergelijk artikel 2:16). In voorkomend geval begint de beslistermijn van twintig werkdagen opnieuw te lopen als de aanvraag in eerste instantie onvoldoende was en naderhand is aangevuld.

Artikel 5:21 (eisen aan prospectus)

Artikel 5:21 bepaalt aan welke eisen het prospectus dient te voldoen, opdat het door de AFM kan worden goedgekeurd. De essentie is dat het prospectus alle relevante informatie dient te bevatten die een verantwoord oordeel over de aanbieding en de aangeboden effecten mogelijk maakt. Tevens (tweede lid) dient de informatie toegankelijk en begrijpelijk te zijn, uitgaande van een redelijk geïnformeerd en zorgvuldig handelend persoon. Op grond van het derde lid kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot het prospectus.

Artikel 5:22 (doorlopende informatieverplichtingen)

Uitgevende instellingen dienen beleggers en andere geïnteresseerde partijen niet alleen bij de aanbieding van effecten, maar ook nadien goed te informeren. Een en ander houdt in dat zij ten minste jaarlijks hun jaarrekening en jaarverslag algemeen verkrijgbaar stellen. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de periodiek te verstrekken informatie.

Artikel 5:22 is niet van toepassing op uitgevende instellingen waarvan de effecten zijn toegelaten tot de handel op een op grond van artikel 2:3 tot de openbare lichamen toegelaten effectenbeurs. In dat geval zijn het de beursregels die voorschrijven welke informatie een uitgevende instelling aan het publiek dient te verstrekken.

Artikel 5:23 (reclameregels)

Dit artikel stelt regels aan reclame-uitingen waarin effecten worden aangeboden. Deze reclame-uitingen moeten als zodanig herkenbaar zijn en mogen geen onjuiste of misleidende informatie bevatten. Ook moet een verwijzing worden opgenomen naar het prospectus en moet de informatie in de reclame-uiting daarmee in overeenstemming zijn.

§ 5.5 Marktmisbruik

Artikelen 5:24 tot en met 5:27

Paragraaf 5.5 komt overeen met hoofdstuk IV van de Wte BES inzake gebruik van voorwetenschap (artikelen 5:25 en 5:26), aangevuld met een verbod op koersmanipulatie (artikel 5:27). Onderkend wordt dat de regels inzake voorwetenschap tamelijk summier zijn, zeker in vergelijking tot het uitgebreide hoofdstuk (5.4) over marktmisbruik in de Wft. De voorgestelde artikelen maken het niettemin mogelijk op een effectieve manier op te treden tegen het, met gebruikmaking van voorwetenschap, in of vanuit de openbare lichamen verrichten van transacties in beursgenoteerde effecten of daarvan afgeleide effecten. Daarbij is overwogen dat in de openbare lichamen geen effectenbeurs bestaat. In Curaçao is de Dutch Caribbean Securities Exchange (DCSX) van start gegaan, die overigens vooralsnog in een opbouwfase verkeert. Als een inwoner van de BES-eilanden, gebruik makend van voorwetenschap, een effectentransactie verricht of bewerkstelligt op de beurs van Curaçao, is hij zowel strafbaar omdat hij handelt vanuit de openbare lichamen als omdat hij handelt in Curaçao. Wie vanuit de openbare lichamen met voorkennis handelt op een Europees-Nederlandse effectenbeurs zal bestraft kunnen worden op basis van het onderhavige hoofdstuk, en tevens volgens de regels in de Wft.

De in artikel 5:24 opgenomen definitie van het begrip voorwetenschap komt overeen met de definitie ingevolge artikel 5:53, eerste lid, van de Wft. Deze wijkt op enkele punten af van de definitie in artikel 1, onderdeel d, van de Wte BES, die gelijk was aan de definitie in de oorspronkelijke tekst van de Nederlandse Wet toezicht effectenverkeer 1995. Er is geen goede reden waarom het begrip voorwetenschap in de openbare lichamen een andere betekenis zou hebben dan in het Europese deel van Nederland.

Artikel 5:25 bevat het verbod op gebruik van voorwetenschap zoals nu nog geregeld in artikel 8 van de Wte BES. Artikel 5:26 vervangt artikel 9 van de Wte BES inzake het zogeheten tipverbod, met dien verstande dat de tekst door enkele toevoegingen meer in overeenstemming met de Wft is gebracht. In het eerste lid, onderdeel a, is toegevoegd: «anders dan in de normale uitoefening van zijn werk, beroep of functie», en in het eerste lid, onderdeel b: «of ertoe aan te zetten». Ingevolge het derde lid kan bij algemene maatregel van bestuur nader worden ingevuld wanneer sprake is van de normale uitoefening van werk, beroep of functie.

Artikel 5:27 breidt de regels ter voorkoming van marktmisbruik uit met een verbod op marktmanipulatie. Onder marktmanipulatie is te verstaan het verrichten of bewerkstelligen van bepaalde transacties zoals omschreven in het eerste lid, en het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie als bedoeld in het tweede lid. Het behoeft geen betoog dat marktmanipulatie een eerlijke handel en objectieve koersvorming verhindert en degenen die zich ervan bedienen op onrechtmatige wijze kan bevoordelen. Marktmanipulatie is in Europees Nederland al langer verboden en strafbaar, en zal dat ook in de openbare lichamen zijn.

De in het derde en vierde lid van artikel 5:27 voorziene uitzonderingen corresponderen met soortgelijke uitzonderingen in artikel 5:58 van de Wft. Strekking van het derde lid is dat er transacties kunnen zijn die onder het verbod van het eerste lid vallen, terwijl het in feite gaat om normale transacties waaraan het element van marktmanipulatie ontbreekt. Dit is het geval als degene die de transactie heeft verricht kan aantonen dat hij daarvoor een gerechtvaardigde beweegreden heeft en dat de transactie in overeenstemming is met op de desbetreffende effectenbeurs bestaande marktgebruiken. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nog andere categorieën transacties worden uitgezonderd van de verboden in de onderdelen a en b van het eerste lid. Het gaat dan bijvoorbeeld om transacties in het kader van het monetaire beleid of het beheer van de overheidsschuld.

Het vierde lid van artikel 5:27 bepaalt dat het verspreiden van informatie door journalisten niet onder het verbod van het tweede lid valt zolang zij zich houden aan de normale regels van hun beroepsgroep en geen voordeel behalen uit de verspreiding van de informatie.

Hoofdstuk 6. Zeggenschap in beursgenoteerde vennootschappen

§ 6.1 Algemene bepalingen

Artikelen 6:1 tot en met 6:3 (begripsbepalingen)

Zoals reeds in de algemene toelichting bij hoofdstuk 6 (paragraaf 4) wordt vermeld is met een paar beperkte aanpassingen de tekst van de Wmz BES, die correspondeert met de oude Nederlands-Antilliaanse Landsverordening zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen, overgenomen. Navolgende toelichting is mede gebaseerd op de toelichting bij de oorspronkelijke landsverordening.

In artikel 6:1, eerste lid, worden enige definities vastgesteld die voor de toepassing van dit hoofdstuk nodig zijn. Voorts wordt in de artikelen 6:1, tweede lid, 6:2 en 6:3 rekening gehouden met middellijk bezit en potentieel bezit. Het zou anders te eenvoudig zijn om de verplichtingen en de verboden van dit hoofdstuk te ontduiken door aandelen op naam van iemand anders te stellen (middellijk bezit), of om grote pakketten aandelen te kopen en met de overdracht te wachten tot het moment dat het de overnemer goed uitkomt. Het recht om aandelen te verkrijgen (potentieel bezit) is even belangrijk als daadwerkelijk bezit.

In artikel 6:1, eerste lid, is de definitie van aandeel in de plaats gekomen van de definitie van effect. Inhoudelijk is geen wijziging beoogd, maar omdat het in dit hoofdstuk gaat om aandelen waaraan stemrecht en zeggenschap verbonden is, ligt gebruik van de term aandeel meer voor de hand dan gebruik van de term effect. Voorts wordt de term effect al gedefinieerd in hoofdstuk 1 van dit wetsvoorstel. Het zou verwarrend zijn twee verschillende definities van dit begrip in dit wetsvoorstel op te nemen. De definitie van aandeel sluit aan bij de definitie van dit begrip in artikel 5:33, eerste lid, onderdeel b, van de Wft. Het enige verschil is dat in artikel 6:1, eerste lid, onderdeel 1°, logischerwijs wordt verwezen naar het BW BES in plaats van naar het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Vanzelfsprekend is ook elders in dit hoofdstuk de term effect steeds vervangen door de term aandeel; zie in dat verband de artikelen 6:9 en 6:11.

In artikel 6:1, eerste lid, is de definitie van dochtermaatschappij wat anders geformuleerd. Ook hier is geen inhoudelijke wijziging beoogd. De onderdelen 1° tot en met 3° in artikel 1, onderdeel f, van de Wmz BES waren inhoudelijk al gelijk aan artikel 24a, eerste en tweede lid, van Boek 2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Nu is ook de formulering van die onderdelen gelijkgetrokken met die in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, waarbij zij opgemerkt dat de onderdelen 1° tot en met 3° zo worden uitgebreid dat ook natuurlijke personen dochtermaatschappijen kunnen hebben. Opgemerkt wordt dat onder de definitie ook kleindochters en verdere vennootschappelijke nazaten vallen. Indien bijvoorbeeld een vennootschap twee dochters heeft die ieder 30 procent van het stemrecht hebben in een vierde vennootschap, dan is die vierde vennootschap dochter van de eerste vennootschap omdat de twee dochters samen meer dan de helft van de stemrechten hebben in de vierde vennootschap.

Artikel 24a van Boek 2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat geen equivalent van onderdeel 4° (deelnemingen) en dus is dit onderdeel ongewijzigd gehandhaafd in artikel 6:1, eerste lid, als onderdeel 4° van de definitie van dochtermaatschappij. Voor kleindochters is in het geval van deelnemingen de behandeling anders. In een keten van rechtspersonen reikt de meerderheid van het stemrecht van het begin van de keten tot het einde, evenals bij partnerships de volledige aansprakelijkheid van begin tot einde doorloopt. Deelneming van minder dan 100 procent wordt echter in de loop van de keten steeds verder verdund. De formulering is daarom zodanig dat de deelneming in een rechtspersoon of maatschap die op haar beurt een deelneming heeft in een andere rechtspersoon of maatschap, niet vanzelf een deelneming in de laatste rechtspersoon inhoudt.

Voor de rechtszekerheid dient duidelijk te zijn welke effectenbeurzen worden aangemerkt als erkende effectenbeurs in de zin van deze wet. Om rekening te kunnen houden met marktontwikkelingen, en zo nodig ook met de eigen regels die effectenbeurzen hebben ter bescherming van

aandeelhouders, worden erkende effectenbeurzen ingevolge artikel 6:1, eerste lid, net als onder de Wmz BES, bij ministeriële regeling aangewezen.

De ongewijzigde term persoon wordt gedefinieerd om buiten twijfel te stellen dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen onder de werking van dit hoofdstuk vallen, ongeacht of het ingezetenen van de openbare lichamen zijn.

De definitie van stemgerechtigde aandelen is eveneens ongewijzigd overgenomen. Stemgerechtigde aandelen vertegenwoordigen de zeggenschap waarvan melding moet worden gemaakt en waarvan het bezit aanleiding kan geven tot de verplichting om een openbaar bod te uit te brengen. Onder stemgerechtigde aandelen vallen aandelen met volledig stemrecht en aandelen met beperkt stemrecht, laatstgenoemde voor zover daarmee invloed kan worden uitgeoefend op de samenstelling of het handelen van het bestuur.

De reikwijdte van de definitie van vennootschap wordt beperkt tot naamloze vennootschappen omdat een besloten vennootschap geen stemgerechtigde aandelen op een of meer erkende effectenbeurzen kan hebben genoteerd.

Verplichtingen in dit hoofdstuk worden volgens de artikelen 6:5 en 6:9 van kracht wanneer een persoon aandelen verkrijgt waarmee hij met zijn stemrecht boven bepaalde drempelwaarden uitkomt. Het zou onvolgende zijn om in dit verband uitsluitend de eigendom van stemgerechtigde aandelen te laten meetellen voor de drempelwaarden. Artikel 6:2, dat overeenkomt met artikel 2, eerste lid, van de Wmz BES, breidt daarom de definitie uit met de in de onderdelen a tot en met d genoemde rechten.

Artikel 6:2 behandelt gevallen waarin het stemrecht mede wordt toegerekend aan een ander dan de eigenaar van het aandeel, zulks niet door de relatie die tussen de personen bestaat, maar door de aard van het recht dat die ander heeft.

Op grond van artikel 6:2, onderdeel d, worden rechten tot het verkrijgen van aandelen gelijkgesteld met de aandelen zelf. De rechten hoeven niet belichaamd te zijn in een verhandelbaar stuk en kunnen zowel uitgegeven als nog uit te geven aandelen betreffen. Voorts kunnen de rechten zowel voorwaardelijk als onvoorwaardelijk zijn. Dit is zeer ruim. Het kan bijvoorbeeld gaan om een onderhandse overeenkomst van verkoop en koop, zodat de koper terstond, en dus niet pas bij de levering, meldingsplichtig wordt. Andere voorbeelden zijn: opties, claims, warrants en converteerbare obligaties. Ingeval het rechten zijn op nog niet uitgegeven aandelen, worden alleen de aandelen waarop de persoon recht heeft als geplaatst aangemerkt, niet de aandelen waarop anderen recht zouden kunnen hebben.

In artikel 6:3, eerste lid, wordt op grond van een al dan niet contractuele verhouding tussen personen, het aandelenbezit van een van hen mede aan een ander toegerekend. Het verschil tussen de onderdelen a tot en met d en onderdeel e, is dat in onderdeel e het gezamenlijke aandelenbezit van partijen aan ieder van hen wordt toegerekend. In de onderdelen a tot en met d is er eenrichtingsverkeer; de aandelen van een persoon worden mede aan een andere persoon toegerekend, maar de aandelen die de andere persoon zelf mocht hebben, worden niet toegerekend aan de eerste persoon.

Artikel 6:4 (uitzondering voor effectenverkeer)

Clearinginstellingen, effectenbewaarders, bemiddelaars in effecten en andere partijen die werkzaam zijn in het effectenverkeer, kunnen in de normale uitoefening van hun bedrijf in de positie verkeren dat zij stemgerechtigde aandelen verwerven of houden zonder dat zij hun stemrechten gebruiken om zeggenschap in de desbetreffende vennootschap te verkrijgen of trachten te verkrijgen. Ingevolge artikel 6:4 worden deze aandelen, mits en zolang aan de in dit artikel genoemde voorwaarden is voldaan, buiten beschouwing gelaten bij het berekenen van de aan hen toekomende stemrechten.

In dit artikel is de zinsnede «clearinginstellingen, effectenbewaarders, makelaars en commissionairs in effecten, en soortgelijke instellingen en personen» vervangen door «personen», omdat uit de context al blijkt dat het gaat om personen die, onder welke benaming ook, onder de beursregels vergunning hebben om hun werkzaamheden uit te oefenen. Een nadere invulling van de term personen is derhalve overbodig en wordt achterwege gelaten.

§ 6.2 Kennisgeving van zeggenschap

Artikelen 6:5 tot en met 6:8

In deze paragraaf wordt geregeld dat telkens wanneer iemands bezit aan aandelen bepaalde drempelwaarden overschrijdt, diegene daarvan melding moet doen aan de vennootschap. De laagste drempelwaarde is 5 procent. Vervolgens dient het bestuur van de vennootschap de inhoud van de melding openbaar te maken.

Artikel 6:6, eerste lid, regelt naar welke plaats de melding gestuurd moet worden. De relaties met de aandeelhouders worden door beursgenoteerde internationale vennootschappen doorgaans onderhouden vanuit landen in andere tijdzones en met andere feestdagen dan die in de openbare lichamen. Daarom wordt zo'n vennootschap in het eerste lid de mogelijkheid geboden om te bewerkstelligen dat de melding tevens aan de door haar gekozen domicilies moet worden gedaan.

Artikel 6:6, tweede lid, bepaalt de inhoud van de melding. In aanvulling daarop moeten op grond van het derde lid voornemens worden gemeld indien het door de meldingsplichtige gehouden percentage van stemrecht 10 procent of meer bedraagt. Indien de meldingsplichtige in de melding stelt dat hij niet een in het derde lid genoemd voornemen heeft, mag hij binnen een jaar niet meer aandelen verwerven zonder dit eerst aan het bestuur te melden (vierde lid).

Soms zijn er meerdere personen meldingsplichtig. Het is dan voldoende dat een van hen meldt (artikel 6:7). Het is belangrijk dat aandeelhouders van een vennootschap op de hoogte worden gesteld van het feit dat iemand zijn kapitaal of zeggenschap in die vennootschap vergroot. Voorts is het van belang dat andere geïnteresseerden hiervan kennis kunnen nemen. Omdat op grond van artikel 6:5 moet worden gemeld aan de vennootschap (en niet zoals op grond van de Wft aan de toezichtautoriteit) dient de vennootschap op grond van artikel 6:8 de aandeelhouders op de hoogte te stellen en de melding openbaar te maken door publicatie in een nieuwsblad.

Artikel 6:9 (openbaar bod)

Wanneer een persoon met een voorgenomen verwerving 20 procent of meer van het stemrecht zou gaan houden, is hij verplicht tot het uitbrengen van een openbaar bod. Een dergelijk percentage is in de meeste genoteerde vennootschappen voldoende voor de feitelijke controle. De wijze waarop de betrokken persoon voornemens is te verwerven, is niet van belang. Zowel aankoop op de beurs, als onderhandse verwerving en verwerving door een openbaar bod, zijn verwervingen in de zin van dit artikel.

Degene die zoveel aandelen wenst te verwerven dat zijn stemrecht boven de drempelwaarde van 20 procent komt, dient eerst het bestuur uit te nodigen tot overleg. Het overleg kan ertoe leiden dat het bestuur tot de conclusie komt dat het niet in het belang van de vennootschap of van de aandeelhouders is om de verplichting tot het openbaar bod te handhaven, of dat het bod anders uitgebracht moet worden dan in dit hoofdstuk wordt geëist. Een dergelijk belangrijk besluit zal door de Raad van Commissarissen (hierna: RvC) goedgekeurd moeten worden. Deze mogelijkheid tot ontheffing is noodzakelijk omdat veel situaties denkbaar zijn waarin een openbaar bod volgens de regels van dit hoofdstuk averechts zou werken. De beslissing ter zake berust bij het bestuur en de RvC.

In het geval van ontheffing in de zin dat de persoon aandelen boven de 20 procent-drempel mag verwerven, zal hij bij verdere verkrijgingen meldingsplichtig blijven ingevolge artikel 6:5. Er wordt van afgezien om in dit hoofdstuk een regeling te treffen om bij verdere verkrijgingen de verplichting tot overleg en het uitbrengen van een openbaar bod te doen herleven. Met 20 procent is de zeggenschap toch al zo groot, en zullen de omstandigheden die leiden tot de ontheffing zo uitzonderlijk zijn, dat het de voorkeur verdient een en ander afhankelijk te laten zijn van door het bestuur en de RvC te stellen voorwaarden.

Het bestuur is niet verplicht de uitnodiging tot overleg aan te nemen. In dat geval, of wanneer het overleg niet tot resultaat heeft geleid, is de persoon gerechtigd, maar niet verplicht, om een openbaar bod te doen op alle uitstaande aandelen volgens de voorschriften van dit hoofdstuk. Hiermee wordt de vijandelijke overname niet verboden. Het is slechts de bedoeling dat de aandeelhouders een eerlijke prijs voor hun aandelen krijgen.

Artikel 6:10 (verplichting aandelenbezit beneden drempel te brengen)

Ook al mogen volgens artikel 6:9 aandelen niet boven de 20 procent-drempel worden verworven zonder de toestemming van het bestuur en RvC, het blijft mogelijk dat dit toch gebeurt, hetzij bewust of onbewust, hetzij door toedoen van een ander. In alle gevallen is het gevolg dat de persoon zijn bezit zal moeten verminderen tot beneden de grens. In het geval van onopzettelijke overschrijding van de drempel wordt echter de mogelijkheid geboden om alsnog toestemming te verkrijgen, of om over te gaan tot het uitbrengen van een openbaar bod.

Artikel 6:11 (openbaar bod zonder toestemming bestuur en RvC)

Artikel 6:11 regelt de minimum inhoud van het openbare bod. Het onderhavige hoofdstuk beoogt niet in detail de inhoud ervan te regelen, noch de wijze waarop het bod moet worden uitgebracht. Effectenbeurzen

hebben uitgebreide en van beurs tot beurs verschillende regels voor het uitbrengen van een openbaar bod en een gedetailleerde regeling in dit hoofdstuk zou snel leiden tot conflicten met die regels. Daarom wordt bijvoorbeeld niet vermeld of de aandeelhouder die aandelen aanmeldt, zich nog terug kan trekken en zo ja, onder welke omstandigheden.

Wat wel geregeld wordt, zijn de kernelementen. Wezenlijk is dat het bod moet worden uitgebracht op alle aandelen. Dit wordt vastgelegd in onderdeel a. Onderdeel b stelt een minimumprijs vast. De strekking is dat wanneer de overnemer bereid was een premie op aandelen te betalen om een bepaalde zeggenschap te verwerven, deze premie ook toekomt aan de overige aandeelhouders. De eis dat de prijs betaalbaar moet zijn in contanten laat onverlet dat de overnemer ook een andere wijze van betalen kan voorstellen, bijvoorbeeld ruil van aandelen. De keuze is echter aan de aandeelhouder.

De regeling van de aanmeldingstermijn in onderdeel c geeft aandeelhouders de gelegenheid om bij wijze van spreken «nee» te stemmen tegen het bod door in de eerste aanmeldingstermijn hun aandelen niet aan te melden, en indien het bod toch slaagt, om alsnog hun aandelen in de tweede termijn aan te melden, zodat zij niet met waardeloze aandelen blijven zitten.

§ 6.4 Diverse bepalingen

Artikel 6:12 (afkoelingsperiode)

Artikel 6:12 belet de overnemer die na een openbaar bod niet alle aandelen verkrijgt, maar genoeg om de feitelijke zeggenschap in de vennootschap uit te oefenen, om de vennootschap ten eigen bate en ten nadele van de overige aandeelhouders te gebruiken. Er wordt een afkoelingsperiode opgelegd van een jaar waarin hij noch aan bepaalde eigenbelang dienende transacties, noch aan bepaalde vennootschapsbesluiten kan meewerken. Hij behoudt wel de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan. Voorts wordt niet geëist dat de overnemer alle aandelen verwerft. De grens wordt gelegd bij 85 procent, omdat een aandeelhouder met 85 procent van de stemmen doorgaans de beursnotering van de vennootschap kan doen beëindigen, waarmee ook een einde komt aan de werking van dit hoofdstuk.

Artikel 6:13 (niet-erkenning of nietigverklaring aandelenoverdracht)

Bij ter beurze genoteerde vennootschappen komt de formele overdracht van aandelen op naam zeer weinig voor. De aandelen blijven bijna altijd bij de effectenbewaarder. Niettemin wordt voor deze zeldzame gevallen het niet-erkennen van de overdracht als sanctie gebruikt in het geval dat daarbij de regels van dit hoofdstuk niet zijn nageleefd.

Artikel 6:14 (voorwaarden uitbrengen stemmen)

Bij het onthouden van stemrecht aan niet-gemelde aandelen zou onzekerheid kunnen ontstaan of stemmen geldig zijn uitgebracht, hetgeen gevolgen zou hebben voor de geldigheid van besluiten en dus voor het functioneren van de vennootschap. In dit artikel wordt hierin voorzien door de houder te verbieden het stemrecht uit te oefenen en uitdrukkelijk te bepalen dat desondanks uitgebrachte stemmen toch geldig zijn.

In het eerste lid heeft het stemverbod overigens niet het karakter van een sanctie, maar van een pressiemiddel om aan een wettelijke verplichting te voldoen. In het tweede lid wordt niet alleen het stemrecht ontnomen, maar ook het recht om vergaderingen van aandeelhouders bijeen te roepen en bij te wonen. De gedachte is dat iemand die zijn voornemen tot een openbaar bod of de details van het bod nog niet openbaar heeft gemaakt, de overige aandeelhouders niet op andere wijze dient te beïnvloeden dan door het uitbrengen van dat bod.

Hoe lang het verbod duurt heeft de betrokken persoon zelf in de hand. Zodra hij zijn bod heeft uitgebracht, mag hij zijn aandeelhoudersrechten weer uitoefenen. De persoon heeft voorts de mogelijkheid om van zijn bod af te zien. In dat geval duurt het verbod nog een jaar langer.

Artikel 6:15 (schorsing door vennootschap)

In dit artikel wordt geregeld dat iemand die in strijd met artikel 6:14 handelt of tracht te handelen, geschorst kan worden in de uitoefening van zijn recht. Stemmen die daarna door hem worden uitgebracht zijn ongeldig.

Het zal voor het bestuur niet in alle gevallen mogelijk zijn te bewijzen dat het verbod van artikel 6:14 wordt overtreden. Een vermoeden is daarom voldoende om schorsing uit te spreken. Overwogen is dat het te ver gaat uitgebrachte stemmen zonder meer ongeldig te verklaren. Anderzijds moet worden voorkomen dat een vijandige overnemer zich niets van het stemverbod zou behoeven aan te trekken.

Artikel 6:16 (besluiten aandeelhouders buiten vergadering)

In genoteerde vennootschappen is het ondenkbaar dat een gewone aandeelhouder een besluit buiten vergadering tracht te doen nemen. Bonafide groeperingen die het niet eens zijn met het beleid van de vennootschap kunnen altijd voorstellen doen aan de algemene vergadering van aandeelhouders of tijdens een buitengewone vergadering. Wanneer een aandeelhouder het ongewone verzoek doet om buiten vergadering besluiten te nemen, kan dat erop wijzen dat een vijandige overname ophanden is. Dit is de reden dat aandeelhouders slechts geldige besluiten buiten vergadering kunnen nemen indien het bestuur daar om heeft verzocht.

§ 6.5 Uitzonderingen

Artikel 6:17 (uitzonderingen en nadere regels)

Voor sommige vennootschappen zou toepassing van dit hoofdstuk ongewenste en overbodige administratieve lasten met zich kunnen brengen. Daarom wordt de mogelijkheid opengelaten om bij algemene maatregel van bestuur categorieën vennootschappen aan te wijzen waarop dit hoofdstuk niet, of slechts gedeeltelijk van toepassing is.

Ingevolge het tweede lid kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de in dit hoofdstuk geregelde onderwerpen. Dit maakt het mogelijk om in een later stadium effectief in te spelen op veranderingen in de markt.

Hoofdstuk 7. Handhaving

§ 7.1 Inleidende bepalingen

Artikel 7:1 (begripsbepalingen)

De begripsbepalingen in dit artikel zijn, met uitzondering van het begrip «aanwijzing», ontleend aan de Awb (zie de artikelen 5:1, 5:2, 5:11, 5:31d en 5:40 van die wet). Omwille van de consistentie is in artikel 7:1 ook het begrip «aanwijzing» gedefinieerd. Voor de omschrijving van dat begrip is aangesloten bij artikel 1:75, eerste lid, van de Wft.

Artikel 7:2 (overtredingen door rechtspersonen)

Het onderhavige, aan artikel 5:1, derde lid, van de Awb ontleende, artikel regelt wie voor de toepassing van hoofdstuk 5 als overtreder kan worden aangemerkt. Hiervoor is, gelet op het begrip «overtreder», van belang door wie een overtreding gepleegd (of medegepleegd) kan worden. De eerste volzin van artikel 7:2 stelt buiten twijfel dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen als overtreder kunnen worden aangemerkt. Ook zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemende entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid kunnen als overtreder worden aangemerkt. Dit volgt uit de overeenkomstige toepassing van artikel 53, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht BES, waarin onder meer vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid en maatschappen worden gelijkgesteld met rechtspersonen.

Verder volgt uit de overeenkomstige toepassing van het tweede lid van artikel 53 dat, in geval van overtreding door een rechtspersoon, ook aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven, een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd, al dan niet in combinatie met een aan de rechtspersoon zelf op te leggen sanctie. Hetzelfde geldt voor overtredingen die zijn begaan door met rechtspersonen gelijkgestelde entiteiten.

Artikel 7:3 (rechtvaardigingsgrond; meerdaadse samenloop)

Evenals het strafrecht kent het bestuursrecht het beginsel dat geen (bestuurlijke) sanctie wordt opgelegd, voor zover er voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond (vgl. artikel 5:5 Awb). Dit beginsel geldt zowel voor herstelsancties als voor bestraffende sancties. Daarnaast kent het strafrecht het beginsel dat geen straf wordt opgelegd, indien het strafbare feit niet aan de dader kan worden verweten. Dit beginsel is in het bestuursrecht alleen voor bestraffende sancties (in casu de bestuurlijke boete) van belang. Voor het opleggen van een herstelsanctie is immers niet vereist dat de overtreder een verwijt kan worden gemaakt. Om die reden heeft het voor alle bestuurlijke sancties geldende artikel 7:3 alleen betrekking op de eventuele aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Voor de mogelijkheid dat voor een overtreding ook een schulditsluitingsgrond bestaat, is in paragraaf 7.5 (bestuurlijke boete) een specifieke voorziening opgenomen: zie artikel 7:32, onderdeel a.

Het tweede lid van het onderhavige artikel ziet op de uit het strafrecht bekende meerdaadse samenloop. Daarvan is sprake indien een gedraging twee of meer overtredingen oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen schenden. Het tweede lid bepaalt dat dan voor iedere overtreding afzonderlijk de daartoe bedreigde bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd.

Artikelen 7:4 tot en met 7:11

De artikelen 7:4 tot en met 7:11 regelen de aanwijzing en de bevoegdheden van de personen die zijn belast met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de wet bepaalde. De aanwijzing van deze personen geschiedt door de bevoegde toezichtautoriteit, die immers verantwoordelijk is voor de handhaving van de wet. Deze aanwijzing, die op grond van artikel 7:4, derde lid, in de Staatscourant bekend wordt gemaakt, kan zowel categoriaal als individueel geschieden. Een categorale aanwijzing noemt doorgaans de dienst of het onderdeel van de toezichtautoriteit waartoe de met toezicht belaste personen behoren. Een individuele aanwijzing noemt de met toezicht belaste personen bij naam of door middel van een functieaanduiding.

Om invulling te kunnen geven aan hun toezichthoudende taak beschikken toezichthouders over de in de artikelen 7:7 tot en met 7:10 genoemde bevoegdheden. Deze bevoegdheden, die in hoofdzaak zijn ontleend aan titel 5.2 van de Awb, komen – behoudens de bevoegdheden, bedoeld in de artikelen 7:7, vierde lid, en 7:10, vierde lid – overeen met de bevoegdheden waarover (in het Europese deel van Nederland) ook de toezichthouders op grond van de Wft beschikken. Het gaat daarbij om de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen, tot het vorderen van inlichtingen of de inzage van zakelijke gegevens en bescheiden en tot het vorderen van inzage van identiteitsdocumenten. Evenals onder de Wft beschikt de toezichthouder niet over de bevoegdheid om zaken te onderzoeken, aan opnemingsonderwerpen of daarvan monsters te nemen, noch over de bevoegdheid om vervoermiddelen te onderzoeken (vgl. artikel 1:73, eerste lid, Wft). Aan die bevoegdheden bestaat in het kader van dit wetsvoorstel geen behoefte. Wel bestaat behoefte aan de bevoegdheid voor de toezichthouder om woningen zonder de toestemming van de bewoner binnen te treden. Dit omdat de kleinschaligheid van de financiële markt in de openbare lichamen maakt dat personen hun bedrijf regelmatig vanuit huis uitoefenen. Deze verregaande bevoegdheid van de toezichthouder wordt met de waarborgen uit Titel X van het Derde Boek van het Wetboek van strafvordering BES omkleed (artikel 7:7, vierde lid). Zo is bijvoorbeeld een schriftelijke machtiging van de procureur-generaal vereist.

De toezichthouder kan zijn bevoegdheden effectueren door middel van artikel 7:11. Op grond van dat artikel is een ieder verplicht de toezichthouder alle medewerking te verlenen, die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Niet-naleving van deze medewerkingsplicht kan bestuurlijk worden gesanctioneerd met een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete (zie de artikelen 7:21 en 7:30), maar ook strafrechtelijk (zie de artikelen 9:1, tweede lid, en 9:2, tweede lid). Ook is de toezichthouder bevoegd om zich desnoods met behulp van de sterke arm toegang te verschaffen (zie artikel 7:7, tweede lid). Wel geldt voor de toezichthouder steeds de regel dat hij van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak. Dit zogeheten evenredigheidsbeginsel is neergelegd in artikel 7:6 (vgl. artikel 5:13 van de Awb).

Het kan voorkomen dat een financiële onderneming die (bijvoorbeeld door middel van een bijkantoor) in de openbare lichamen actief is, de op haar activiteiten in de openbare lichamen betrekking hebbende boekhouding of administratie in het buitenland aanhoudt. Dit zou vanuit toezichtoogpunt bezwaarlijk kunnen zijn, omdat de toezichthouder zijn bevoegdheden uit de artikelen 7:7 en 7:10, eerste lid, om plaatsen te

betreden en inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden slechts binnen het rechtsgebied van de openbare lichamen kan effectueren. Daarbuiten gelden zijn wettelijke bevoegdheden immers niet. Om hieraan tegemoet te komen is de betrokken financiële onderneming ingevolge artikel 7:10, vierde lid, verplicht om de toezichthouder inzage te verlenen in de boekhouding of administratie op de plaats waar deze zich bevindt. De toezichthouder heeft weliswaar niet de mogelijkheid om die verplichting met behulp van de sterke arm kracht bij te zetten, maar de weigering van de onderneming om aan de in artikel 7:10, vierde lid, opgenomen verplichting te voldoen kan wel langs bestuurlijke weg worden gesanctioneerd en kan, in het uiterste geval, zelfs tot intrekking van de vergunning leiden.

Bij de uitoefening van zijn taak is de toezichthouder verplicht een standaardlegitimatiebewijs bij zich te dragen (artikel 7:5; vgl. artikel 5:12 van de Awb). Gelet op de aard van de toezichthoudende werkzaamheden is geen strakke legitimatieplicht voorgeschreven, maar bepaalt het tweede lid dat het bewijs alleen op verzoek behoeft te worden getoond. Het derde lid bepaalt met een verwijzing naar artikel 5:12, derde lid, van de Awb, welke elementen het legitimatiebewijs moet bevatten. In concreto wordt daarmee verwezen naar de op grond van dat artikel vastgestelde Regeling model legitimatiebewijs toezichthouders Awb, waarin is geregeld waaraan een legitimatiebewijs moet voldoen. Als minimumeisen gelden de aanwezigheid van een foto en de vermelding van naam en hoedanigheid van de toezichthouder.

§ 7.3 Aanwijzing, benoeming curator en activiteitenverbod

Artikel 7:12 (algemene aanwijzingsbevoegdheid)

In aanvulling op de meer reguliere handhavinginstrumenten als last van onder dwangsom en bestuurlijke boete (zie de artikelen 7:21 en 7:30) bevat het wetsvoorstel tevens een aantal bijzondere instrumenten, zoals de bevoegdheid om een aanwijzing te geven (artikelen 7:12 en 7:13), de benoeming van een curator (artikel 7:14) en de bevoegdheid om financiële onderneming een transactie- of activiteitenverbod op te leggen (artikel 7:20). DNB en de AFM krijgen daarmee in dit wetsvoorstel de beschikking over dezelfde handhavinginstrumenten waarover zij ook op grond van de Wft beschikken. Een aantal van deze instrumenten bestaat overigens ook nu al, zij het dat het vaak per toezichtwet verschilt over welke bevoegdheden een toezichtautoriteit in concreto kan beschikken, terwijl ook de wijze waarop de bevoegdheden zijn geregeld, soms per wet verschilt. Het wetsvoorstel brengt hier verandering in en voorziet in een uniform handhavinginstrumentarium, dat in beginsel over de volle breedte van de wet kan worden ingezet.

Het onderhavige artikel heeft, evenals artikel 7:13, betrekking op de bevoegdheid van de toezichtautoriteit om, door het geven van een aanwijzing, een financiële onderneming of een andere in artikel 7:12 bedoelde persoon te verplichten tot het volgen van een bepaalde gedragslijn. Aanleiding kan zijn dat de betrokken onderneming of persoon niet voldoet aan een bepaalde wettelijke verplichting (artikel 7:12, eerste lid), of dat er ten aanzien van een financiële onderneming tekenen zijn van een ontwikkeling die de integere of beheerste bedrijfsuitoefening dan wel de solvabiliteit of liquiditeit van die onderneming in gevaar kunnen brengen (artikel 7:12, tweede lid). Het doel van een aanwijzing is te bewerkstelligen dat degene tot wie de aanwijzing is gericht, zich (weer) aan de gestelde regels houdt, dan wel – in een geval als bedoeld in het tweede lid – maatregelen treft ter afwending van het gevaar.

Degene aan wie een aanwijzing is gegeven, is gehouden binnen een bij die aanwijzing gestelde termijn gevolg te geven aan de aanwijzing en de daarin aangegeven gedragslijn te volgen. Die gedragslijn kan bijvoorbeeld inhouden dat een financiële onderneming bestuurders moet ontslaan of bepaalde activiteiten moet staken. Wordt aan de aanwijzing geen gevolg gegeven, dan kan de toezichtautoriteit een vervolgactie instellen. Dit kan een meer specifieke aanwijzing zijn, maar bijvoorbeeld ook het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete of, als ultimatum remedium, het intrekken van de vergunning. In dit verband is overigens van belang dat de toezichtautoriteit niet verplicht is om altijd eerst een aanwijzing te geven, voordat zij bijvoorbeeld een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete kan opleggen. Gelet op het discretionaire karakter van de aanwijzingsbevoegdheid, staat het de toezichtautoriteit vrij om een andere maatregel te nemen, indien zij dat in het concrete geval passender acht dan een aanwijzing.

Opgemerkt zij nog dat een aanwijzing niet kan worden aangewend om overeenkomsten tussen de persoon aan wie de aanwijzing wordt gegeven en derden aan te tasten (zie het vierde lid). De aanwijzing is een reparatoire sanctie, gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift dan wel het voorkomen van herhaling ervan. De aanwijzing kan derhalve geen gebod bevatten voor een financiële onderneming om overeenkomsten te (doen) wijzigen die zij met individuele cliënten heeft gesloten onder overtreding van een bepaling van dit wetsvoorstel. Ook indien een uitgevende instelling bijvoorbeeld effecten heeft uitgegeven terwijl daarvoor in strijd met hoofdstuk 5 geen goedgekeurd prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld, kan de uitgevende instelling door een aanwijzing niet verplicht worden om kopers van die effecten de mogelijkheid te bieden hun koop te heroverwegen. Het voorgaande laat de mogelijkheden van het civiele recht voor de consument vanzelfsprekend onverlet.

Artikel 7:13 (aanwijzing aan houder van effectenbeurs)

Het onderhavige artikel ziet op een tweetal bijzondere aanwijzingsbevoegdheden. Het eerste lid geeft de AFM de mogelijkheid de houder van een effectenbeurs een aanwijzing te geven als deze nalaat (voldoende) op te treden tegen overtreding van de beursregels door een persoon op wie deze regels van toepassing zijn. Dat kan bijvoorbeeld een effectenhandelaar zijn die handelsregels overtreedt, of een uitgevende instelling die een informatieverplichting niet nakomt. Aangezien het gaat om beursregels, en niet om wettelijke regels, is het de verantwoordelijkheid van de houder van de effectenbeurs om die regels te handhaven en gebruik te maken van de middelen die hem daartoe ter beschikking staan. Om die reden kan de AFM niet met gebruikmaking van de algemene aanwijzingsbevoegdheid uit artikel 7:12 een aanwijzing tot de betrokken derde richten, maar wel de houder van de effectenbeurs verplichten om meer of andere maatregelen te treffen dan hij tot dusver heeft gedaan.

Het tweede lid heeft betrekking op een andere vorm van ingrijpen door de AFM. In bijzondere omstandigheden kan er aanleiding zijn de handel in een bepaald effect op te schorten, te onderbreken of door te halen. De beslissing daartoe berust bij de houder van de effectenbeurs. Denkbaar is evenwel dat de houder van de effectenbeurs het niet nodig of niet opportuun vindt een zodanige maatregel te treffen, terwijl de AFM dat in het belang van de beleggers of van een ordelijk verloop van de handel wel aangewezen vindt. In dat geval kan de AFM de houder van de effectenbeurs een aanwijzing geven om de handel in het desbetreffende effect op te schorten, te onderbreken of door te halen. In voorkomend geval kan de AFM nog een stap verder gaan door het Gerecht in eerste aanleg van

Bonaire, Sint Eustatius en Saba te verzoeken het effect van de handel op de effectenbeurs uit te sluiten. Het spreekt voor zich dat dit uitzonderlijke maatregelen zijn die alleen aan de orde zijn als de belangen van beleggers ernstig in het gedrang zijn gekomen of dreigen te komen, en andere maatregelen niet het beoogde effect hebben.

Artikelen 7:14 tot en met 7:18 (curator)

Naast de aanwijzingsbevoegdheid kan het onder omstandigheden noodzakelijk zijn om bij financiële ondernemingen of bij illegaal op de financiële markten operende (rechts)personen verdergaande greep te krijgen op de bedrijfsuitoefening, indien gestelde regels (dreigen te) worden overtreden. Indien het nog niet opportuun is om de activiteiten te beëindigen, de vergunning in te trekken of de noodregeling aan te vragen, kan gebruik worden gemaakt van de curatele. Wat betreft de inzet van dit instrument wordt aangesloten bij de systematiek van artikel 7:12. In beginsel geeft de toezichtautoriteit eerst een aanwijzing om een bepaalde gedragslijn te volgen. Indien dat instrument niet tot het gewenste resultaat leidt kan benoeming van een curator volgen. Aansluiting bij artikel 7:12 betekent ook dat het enkel in de bijzondere gevallen, genoemd in het tweede lid van dat artikel, mogelijk is een curator te benoemen zonder dat er reeds een overtreding is geconstateerd.

Curatele is naar haar aard een zwaarder middel dan een aanwijzing. De eigen verantwoordelijkheid van de financiële onderneming wordt door de curatele dusdanig beperkt dat alleen ernstige normovertredingen tot toepassing van dit instrument aanleiding kunnen geven. Om dezelfde reden moet de financiële onderneming ook in de gelegenheid worden gesteld haar zienswijze over de voorgenomen benoeming van een curator naar voren te brengen (zie artikel 7:14, derde lid, en 7:15, tweede lid, onderdeel b). De onderneming behoeft daar echter niet toe in de gelegenheid te worden gesteld, indien de curatele haar aanleiding vindt in het feit dat de onderneming geen of onvoldoende gevolg heeft gegeven aan een aanwijzing.

In het besluit waarbij een curator wordt benoemd, dient de toezichtautoriteit aan te geven welke organen of vertegenwoordigers van de financiële onderneming in hun autonomie worden beperkt (artikel 7:14, eerste lid, en 7:15, eerste lid). De curator is een door de toezichtautoriteit aangewezen persoon met een eigen rol. De curator wordt weliswaar aangewezen bij besluit van de toezichtautoriteit, maar oefent zelf geen overheidstaak uit en heeft daarom zelf ook geen publiekrechtelijke bevoegdheden. De curator wordt geplaatst in de strikt privaatrechtelijke omgeving van de financiële onderneming. Indien de curator wordt benoemd ten aanzien van het bestuur, zal hij een van de personen zijn die het beleid van de onderneming bepalen. In het besluit waarbij de curator wordt benoemd, zal uit de motivering en de benoemingsopdracht te herleiden moeten zijn door welke belangen de curator zich dient te laten leiden (artikel 7:16, eerste lid). De kosten en de beloning van de curator zijn voor rekening van de betrokken financiële onderneming (artikel 7:17, derde lid). De curator wordt voor ten hoogste twee jaren benoemd, met de mogelijkheid van verlenging (artikel 7:16, tweede lid). Verder kan de toezichtautoriteit de curator te allen tijde vervangen (artikel 7:18, tweede lid).

De curatele is in beginsel een intern werkende maatregel. De betrokken organen en vertegenwoordigers van de financiële onderneming kunnen hun bevoegdheden slechts uitoefenen na goedkeuring door de curator en met inachtneming van de opdrachten van de curator (artikel 7:17, eerste lid). Van het voorgaande zijn uitgezonderd de rechtshandelingen ten aanzien waarvan de toezichtautoriteit heeft bepaald dat zij zonder

goedkeuring van de curator mogen worden verricht (artikel 7:18, eerste lid). Door de curatele wordt getracht de reputatie van de financiële onderneming zoveel mogelijk onbeschadigd te laten, hetgeen de kans vergroot dat de curatele te zijner tijd kan worden ingetrokken en niet behoeft te worden omgezet in een verdergaande maatregel. De organen en vertegenwoordigers van de financiële onderneming zijn verplicht de curator alle medewerking te verlenen (artikel 7:17, tweede lid, onderdeel a). Indien het orgaan ten aanzien waarvan de curator is benoemd zonder goedkeuring van de curator of zonder de opdrachten van de curator in acht te nemen handelingen verricht, is elke persoon die deel uitmaakt van dat orgaan tegenover de financiële onderneming hoofdelijk aansprakelijk voor de door die handelingen ontstane schade (artikel 7:17, tweede lid, onderdeel b).

Onder omstandigheden kan het nodig zijn om de benoeming van de curator bekend te maken, bijvoorbeeld om het geschade vertrouwen in de financiële onderneming te herstellen. Ook kan het gebeuren dat het bekend wordt dat een curator is benoemd, door bijvoorbeeld een contractuele meldplicht in een financieringsovereenkomst. In dit soort gevallen krijgt de benoeming ook externe werking, in die zin dat de rechtshandeling – op vordering van de curator – vernietigbaar is, indien een wederpartij wist of behoorde te weten dat de vereiste goedkeuring door de curator ontbrak (artikel 7:17, tweede lid, onderdeel c).

Zodra de omstandigheid die tot de benoeming van de curator heeft geleid niet langer aanwezig is, trekt de toezichthouder het besluit tot benoeming van de curator in, met als gevolg dat de organen of vertegenwoordigers die het betrof, hun bevoegdheden weer zonder beperking kunnen uitoefenen (artikel 7:18, derde lid).

Artikel 7:19 (aantrekken opvorderbare gelden)

Dit artikel maakt het mogelijk ook een curator te benoemen bij (rechts)personen, niet zijnde kredietinstellingen, die zich bezighouden met het aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen. Een dergelijke (rechts)persoon kwalificeert niet als financiële onderneming, of het moet zijn – gezien het verbod van artikel 2:22 – als illegale financiële onderneming. Het benoemen van een curator zal er in dit geval op gericht zijn de belangen van degenen die opvorderbare gelden aan de onderneming hebben toevertrouwd zo goed mogelijk veilig te stellen.

Artikel 7:20 (transactie- of activiteitenverbod)

Van een financiële onderneming met zetel in een openbaar lichaam kan, indien die onderneming niet voldoet aan het bij of krachtens deze wet bepaalde, als ultimum remedium de vergunning worden ingetrokken (zie artikel 2:14). Hetzelfde geldt voor buitenlandse ondernemingen die vanuit een bijkantoor vergunningplichtige activiteiten verrichten in de openbare lichamen. Wanneer echter een buitenlandse onderneming vanuit een vestiging in het buitenland door middel van dienstverrichting actief is (en voor die dienstverrichting ingevolge de artikelen 2:1 en 2:3 geen vergunning behoeft) of wanneer een vrijstelling van de vergunningplicht van toepassing is, dan ontbreekt voor de toezichtautoriteit de mogelijkheid om van die onderneming een vergunning in te trekken. Voor die situatie is, als equivalent van het intrekken van een vergunning, het transactieverbod van het eerste lid in het leven geroepen: het verbod om in de openbare lichamen nog nieuwe overeenkomsten af te sluiten. Onder overeenkomst is daarbij niet alleen te verstaan een overeenkomst inzake een financieel product of effect, maar bijvoorbeeld ook een (schriftelijke of

mondelinge) overeenkomst om voor een consument of cliënt te bemiddelen of hem te adviseren.

Het tweede lid ziet op een vergelijkbare situatie, zij het dat het daarbij gaat om financiële ondernemingen waarvoor geen vergunning van de AFM benodigd is. Op grond van het tweede lid kan de AFM dergelijke ondernemingen een activiteitenverbod opleggen wanneer zij zich niet aan de gedragsregels uit hoofdstuk 5 houden. Langs deze weg kan de AFM een onderneming verbieden om nog langer activiteiten in strijd met de gedragsregels te verrichten, zonder dat de overige activiteiten van die onderneming geraakt worden en zonder dat dit consequenties hoeft te hebben voor een eventueel door DNB verleende vergunning. Wel dient de AFM, voordat zij een verbod oplegt, hierover de zienswijze van DNB te vragen (artikel 1:16, eerste lid, onderdeel d). Het is van belang dat de AFM het oordeel van DNB meeweegt in haar beslissing om al dan niet een verbod op te leggen, omdat DNB kan inschatten wat de gevolgen van het verbod zijn voor bijvoorbeeld de soliditeit van de onderneming of voor het betalingsverkeer.

Opgemerkt zij nog dat het transactieverbod en het activiteitenverbod er niet toe strekken om bestaande overeenkomsten met derden aan te tasten. Het eerste lid bepaalt uitdrukkelijk dat een transactieverbod slechts voor nieuwe overeenkomsten geldt, terwijl in het derde lid is bepaald dat een opgelegd activiteitenverbod geen betrekking heeft op de afwikkeling van reeds bestaande overeenkomsten.

§ 7.4 Last onder dwangsom

Artikelen 7:21 tot en met 7:29

De bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom is een belangrijk handhavinginstrument van de toezichtautoriteit. De onderhavige artikelen, die zijn ontleend aan de artikelen van afdeling 5.3.2 van de Awb, regelen de modaliteiten waaronder de last onder dwangsom kan worden opgelegd, het verbeuren van een dwangsom, de wijze waarop een verbeurde dwangsom kan worden geïnd en het bezwaar en beroep tegen een dwangsom.

De last onder dwangsom kan worden opgelegd indien een persoon de voorschriften gesteld bij of krachtens de in de bijlage bij deze wet genoemde artikelen overtreedt en voorts indien een persoon geen gevolg dan wel niet tijdig of onvolledig gevolg geeft aan een aanwijzing van de toezichtautoriteit (artikel 7:21, eerste lid). Dezelfde bevoegdheid heeft de toezichtautoriteit in het Europese deel van Nederland als bepalingen van de Wft worden overtreden (vgl. artikel 1:79 Wft). Een last onder dwangsom wordt met name opgelegd om te bewerkstelligen dat een overtreding wordt beëindigd of niet herhaald wordt, maar kan ook worden opgelegd om een overtreding te voorkomen (artikel 7:21, tweede lid; vgl. artikel 5:7 Awb).

Een last onder dwangsom is een zwaar middel, reden waarom er eisen worden gesteld aan het opleggen ervan. Zo moet de toezichtautoriteit voordat zij een last onder dwangsom oplegt, degene horen aan wie zij de last wil opleggen. Die hoorplicht geldt alleen niet in spoedeisende gevallen en in gevallen dat de betrokkene reeds eerder gehoord is en zich sindsdien geen nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan (artikel 7:22; vgl. de artikelen 4:8 en 4:11 Awb). Voorts gelden er eisen voor de inhoud van de last (artikel 7:23) en voor de hoogte van de dwangsom (artikel 7:24), waaronder de proportionaliteitseis van artikel 7:24, derde lid, en kan geen tweede dwangsom worden opgelegd voor dezelfde

overtreding als de eerste nog van kracht is (artikel 7:21, derde lid). De beslissing tot oplegging van een last onder dwangsom is vatbaar voor bezwaar en beroep (artikel 7:29) (vgl. de artikelen 5:32a, 5:32b, 5:6 en 5:39 Awb).

Nadat een last onder dwangsom is opgelegd kan de toezichtautoriteit op grond van artikel 7:26, op verzoek van de overtreder, de last opheffen of wijzigingen aanbrengen in de opgelegde last of de hoogte van de dwangsom. Als de last voor bepaalde tijd wordt opgeschort omdat de overtreder tijdelijk niet aan zijn verplichtingen kan voldoen, verbeurt de overtreder gedurende die tijd geen dwangsommen (vgl. artikel 5:34 Awb). Indien uit de opheffing of wijziging van de last onder dwangsom voortvloeit dat een reeds gegeven invorderingsbeschikking als bedoeld in artikel 7:27 niet in stand kan blijven, dan vervalt die beschikking (artikel 7:28). Het is in het belang van de rechtszekerheid dat de invorderingsbeschikking dan vervalt en dat eventueel een nieuwe beschikking wordt gegeven die is aangepast aan de nieuwe situatie (artikel 7:28, tweede lid). Het voorgaande geldt ook als de last onder dwangsom door vernietiging haar rechtskracht verliest (vgl. artikel 5:38 Awb).

Als de overtreder de verbeurde dwangsommen niet vrijwillig betaalt, zal de toezichtautoriteit hem aanmanen tot betaling. Alvorens aan te manen tot betaling van de dwangsom dient de toezichtautoriteit een invorderingsbeschikking als bedoeld in artikel 7:27 te geven indien zij van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd en zij tot invordering wil overgaan (vgl. artikel 5:37 Awb). De invorderingsbeschikking heeft een declaratoir karakter, daar de dwangsommen van rechtswege worden verbeurd door overtreding van de last en niet pas door de invorderingsbeschikking. De overtreder dient een dwangsom te betalen binnen zes weken nadat deze van rechtswege is verbeurd (artikel 7:25; vgl. artikel 4:86 Awb). Meestal zal deze betaaltermijn zijn verstreken voordat de invorderingsbeschikking wordt gegeven, maar dit hoeft niet. Artikel 7:27 bepaalt immers niet dat met de invorderingsbeschikking moet worden gewacht totdat de betaaltermijn is verstreken. De toezichtautoriteit dient ook een beschikking over de invordering te geven als een overtreder daar om vraagt (artikel 7:27, tweede lid). Het ligt niet voor de hand dat de overtreder zelf om een invorderingsbeschikking vraagt, maar het is denkbaar, bijvoorbeeld als de toezichtautoriteit en de overtreder van mening verschillen over de vraag of de last correct is uitgevoerd. Door een invorderingsbeschikking te vragen, kan de overtreder het geschil dan snel aan de rechter voorleggen. Zijn verzoek voorkomt echter niet dat dwangsommen zijn verbeurd als hij uiteindelijk ongelijk krijgt.

De invorderingsbeschikking is, evenals de beslissing tot oplegging van een last onder dwangsom, vatbaar voor bezwaar en beroep (artikel 7:29; vgl. artikel 5:39 Awb). Om de procedurelasten voor de toezichtautoriteit, burger en rechter te beperken, zorgt artikel 7:29, eerste lid, ervoor dat een procedure over de invorderingsbeschikking waar mogelijk worden gecombineerd met een nog aanhangige procedure tegen de last onder dwangsom, zodat de rechter het gehele geschil in één keer kan beslechten. Het tweede lid van artikel 7:29 stelt buiten twijfel dat dit ook geldt als tegen de last onder dwangsom een voorlopige voorziening is gevraagd en de invorderingsbeschikking wordt gegeven voordat op dit verzoek is beslist. In dat geval heeft het verzoek om voorlopige voorziening tegen de last onder dwangsom van rechtswege ook betrekking op de invorderingsbeschikking.

Na een invorderingsbeschikking te hebben gegeven, mag de toezichtautoriteit de overtreder aanmanen tot betaling (artikel 7:27). Als de overtreder de dwangsom dan nog niet betaalt, rest de toezichtautoriteit slechts de

gang naar de civiele rechter om betaling af te dwingen, daar in dit wetsvoorstel geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid in de Awb om de toezichtautoriteit de bevoegdheid te geven zichzelf een executoriale titel te verschaffen door middel van het uitvaardigen van een dwangbevel (vgl. de artikelen 4:114 tot en met 4:116 Awb). Voornoemde bevoegdheid heeft de toezichtautoriteit evenmin bij niet-betaling van een bestuurlijke boete, dus ook dan zal uiteindelijk via de civielrechtelijke weg betaling moeten worden afgedwongen.

§ 7.5 Bestuurlijke boete

Artikelen 7:30 tot en met 7:38

Naast het opleggen van een last onder dwangsom heeft de toezichtautoriteit de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen indien een persoon de voorschriften gesteld bij of krachtens de in de bijlage bij deze wet genoemde artikelen overtreedt of indien een persoon geen gevolg dan wel niet tijdig of onvolledig gevolg geeft aan een aanwijzing van de toezichtautoriteit (artikel 7:30, eerste lid; zie artikel 7:21, eerste lid, voor de last onder dwangsom). Dezelfde bevoegdheden heeft de toezichtautoriteit in het Europese deel van Nederland als bepalingen van de Wft worden overtreden (vgl. de artikelen 1:79 Wft en 1:80 Wft).

De bestuurlijke boete is punitief van aard. Dit heeft onder meer tot gevolg dat de bestuurlijke boete – anders dan de herstelsanctie last onder dwangsom – slechts kan worden opgelegd nadat de overtreding is begaan, ter bestraffing daarvan. De punitieve aard van de bestuurlijke boete heeft ook gevolgen voor de waarborgen die gesteld worden aan het opleggen van een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. De onderhavige artikelen, die zijn ontleend aan titel 5.4 van de Awb, regelen bedoelde waarborgen.

Evenals bij het opleggen van een last onder dwangsom moet de toezichtautoriteit voordat zij een bestuurlijke boete oplegt, degene horen aan wie zij de boete wil opleggen. Een verschil met de hoorplicht bij de last onder dwangsom is dat deze bij de bestuurlijke boete geen uitzonderingen kent (artikel 7:36, eerste lid, eerste volzin; zie artikel 7:22, tweede lid, voor de last onder dwangsom). Deze verplichting om altijd te horen alvorens een bestuurlijke boete op te leggen, is ontleend aan artikel 5:53, derde lid, van de Awb waarin is bepaald dat wanneer een boete kan worden opgelegd van meer dan 340 euro, de overtreder steeds in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen. Omdat bij overtreding van bepalingen van dit wetsvoorstel altijd een boete kan worden opgelegd van meer dan het dollarequivalent van 340 euro, is er voor gekozen om in lijn met de Awb geen uitzonderingen op de hoorplicht op te nemen bij het opleggen van een bestuurlijke boete. Om dezelfde reden dient de toezichtautoriteit of de bevoegde toezichthouder altijd een boeterapport op te maken van de overtreding (artikel 7:34; vgl. artikel 5:53, tweede lid, Awb), welk rapport bij de uitnodiging om zijn zienswijze naar voren te brengen naar de overtreder moet worden gezonden (artikel 7:36, eerste lid, tweede volzin; vgl. artikel 5:50, eerste lid, onderdeel a, Awb). De betrokkene weet dan waartegen hij zich moet verweren. Indien er een proces-verbaal van de overtreding is opgemaakt, wordt dit in de plaats van het rapport naar de overtreder gezonden (artikel 7:34, derde lid; vgl. artikel 5:48, derde lid, Awb). Voorts geldt bij het verhoor van de vermeende overtreder het uit het strafrecht bekende «nemo tenetur» beginsel (artikel 7:33; vgl. artikel 5:10a Awb). Dit houdt in dat niemand gehouden is tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Belangrijke waarborgen ter verzekering hiervan zijn het zwijgrecht (artikel 7:33, eerste lid) en de cautie (artikel 7:33, tweede lid). Verder moet

de overtreder desgevraagd inzage worden verleend in de gegevens die aan het besluit tot het opleggen van de boete ten grondslag zijn gelegd (artikel 7:35; vgl. artikel 5:49 Awb).

Naar aanleiding van het onderzoek kan de toezichtautoriteit beslissen dat voor de overtreding geen boete wordt opgelegd of dat de strafrechtelijke weg moet worden gevolgd. In het laatste geval wordt de overtreding alsnog aan de officier van justitie voorgelegd (artikel 7:36, derde lid; vgl. artikel 5:50, tweede lid, Awb), waarna de beslistermijn voor het opleggen van de bestuurlijke boete wordt opgeschort tot de dag waarop de toezichtautoriteit weer bevoegd wordt een bestuurlijke boete op te leggen (artikel 7:37, derde lid). Die bevoegdheid herleeft als de officier van justitie aan de toezichtautoriteit mededeelt van strafvervolgning af te zien. Als de officier van justitie mededeelt dat de overtreding strafrechtelijk zal worden afgedaan, kan geen boete worden opgelegd. Tevens wordt geen boete opgelegd als één van de uitzonderingsgronden van artikel 7:32 zich voordoet (vgl. de artikelen 5:41 tot en met 5:44 Awb). De eerste uitzondering codificeert voor bestuurlijke boeten het beginsel uit het strafrecht dat geen straf wordt opgelegd indien het strafbare feit niet aan de dader kan worden toegerekend (artikel 7:32, onderdeel a; vgl. artikel 5:41 Awb). Een bestuurlijke boete kan dus alleen worden opgelegd wanneer de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Verwijtbaarheid is geen eis bij het opleggen van een herstelsanctie zoals bijvoorbeeld de last onder dwangsom (zie de toelichting bij artikel 7:3). Wel geldt de algemene uitzondering van artikel 7:3, eerste lid, ook voor de bestuurlijke boete, zodat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd als er voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond. In navolging van het strafrecht bepaalt artikel 7:32, onderdeel b, dat geen boete meer kan worden opgelegd als de overtreder is overleden (vgl. artikel 5:42, eerste lid, Awb). Wanneer de boete slechts de nalatenschap zou treffen, heeft zij immers niet meer het beoogde bestraffende effect. In lijn hiermee wordt in artikel 7:38, eerste lid, bepaald dat een boete vervalt als zij op het tijdstip van overlijden nog niet onherroepelijk is, alsmede dat een onherroepelijke boete vervalt voor zover zij op het tijdstip van overlijden nog niet is betaald (vgl. artikel 5:42, tweede lid, Awb). Deze uitzondering van het overlijden van de overtreder geldt niet voor de last onder dwangsom, daar deze ook effect kan sorteren na de dood van de overtreder, bijvoorbeeld doordat de rechtsopvolger van de overleden overtreder door de reeds opgelegde last onder dwangsom gedwongen wordt om een overtreding van (de onderneming van) de overledene te beëindigen.

Artikel 7:32, onderdeel c, codificeert het zogeheten «ne bis in idem»-beginsel voor bestuurlijke boeten. Dit beginsel, inhoudende dat niemand voor de tweede keer kan worden vervolgd als de rechter reeds onherroepelijk heeft beslist over hetzelfde feit, is een belangrijk beginsel in het strafrecht dat ook bij het opleggen van een bestuurlijke boete op grond van dit wetsvoorstel dient te gelden (vgl. artikel 5:43 Awb). Voor de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties is hetzelfde beginsel neergelegd in onderdeel d. Als voor een overtreding reeds strafvervolgning is ingesteld of een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan voor dezelfde overtreding niet ook nog een bestuurlijke boete worden opgelegd (het zogenaamde *una via*-beginsel) (vgl. artikel 5:44, eerste lid, Awb). In dit kader kan worden opgemerkt dat het opmaken van een proces-verbaal nog geen keuze impliceert voor de strafrechtelijke weg. Als proces-verbaal is opgemaakt, kan later alsnog de bestuursrechtelijke weg worden bewandeld als de officier van justitie de toezichtautoriteit mededeelt van strafvervolgning af te zien. Dit is bijvoorbeeld ook de reden dat wanneer na het opmaken van een proces-verbaal alsnog voor de bestuursrechtelijke weg wordt gekozen, het proces-verbaal

in de plaats treedt van het boeterapport (artikel 7:34, derde lid; vgl. artikel 5:48, derde lid, Awb).

Indien een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd tevens een strafbaar feit is, kan het voorkomen dat, nadat een bestuurlijke boete is opgelegd, een derde zich op de voet van artikel 25 van het Wetboek van Strafvordering BES tot het Gemeenschappelijk Hof van Justitie wendt met een klacht wegens niet-vervolgving van de overtreder voor datzelfde feit. Het Hof kan bevelen om de overtreder alsnog strafrechtelijk te vervolgen. Dit laat onverlet dat dubbele bestraffing uiteraard ook in deze situatie moet worden voorkomen. Daarom bepaalt artikel 7:38, tweede lid, dat het bevel tot vervolging van rechtswege tot gevolg heeft dat een reeds opgelegde boete vervalt. Dit geldt ook als de bestuurlijke boete reeds onherroepelijk was geworden. Het vervallen van de boete van rechtswege brengt mee dat, voor zover de boete reeds is betaald, deze betaling onverschuldigd is gedaan. De toezichtautoriteit dient de betaalde bedragen aan de overtreder terug te betalen.

Indien de toezichtautoriteit alles afwegende van oordeel is dat een boete moet worden opgelegd, dan beslist zij daartoe binnen dertien weken na de dagtekening van het boeterapport in een boetebeschikking (artikel 7:37, eerste lid). Net als de beschikking van de last onder dwangsom moet de boetebeschikking de overtreding en overtreden bepaling vermelden en, zo nodig, een aanduiding van de plaats en het tijdstip waarop de overtreding plaatsvond (artikel 7:37, tweede lid, onderdelen b en c; vgl. artikel 5:9, onderdelen a en b, Awb; zie artikel 7:23, derde lid, voor de last onder dwangsom). De boetebeschikking dient voorts het volgende te vermelden: de naam van de overtreder, het bedrag van de boete en de termijn waarbinnen de boete moet worden betaald. De beschikking moet uitdrukkelijk de naam van de overtreder vermelden, daar de rechtszekerheid eist dat ondubbelzinnig vaststaat wie de boete moet betalen (artikel 7:37, tweede lid, onderdeel a; vgl. artikel 5:52, onderdeel a, Awb). Omdat de oplegging van de boete een bestuursrechtelijke geldschuld creëert, moet de beschikking tevens het te betalen bedrag en de betalings-termijn vermelden (artikel 7:37, tweede lid, onderdelen d en e; vgl. de artikelen 5:52, onderdeel b, en 4:86, tweede lid, onderdeel b, Awb). Het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur (artikel 7:31; vgl. artikel 1:81 Wft). De toezichtautoriteit kan daar alleen van afwijken in het geval omschreven in artikel 7:31, derde lid. Alsdan kan zij de hoogte van de boete bepalen aan de hand van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, waarbij het bedrag van de boete het maximumbedrag dat voor die overtreding kan worden opgelegd op grond van de algemene maatregel van bestuur, kan overschrijden (artikel 7:31, derde lid). De van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht BES, in artikel 7:31, vierde lid, bewerkstelligt dat bij «verandering van wetgeving» de voor de verdachte meest gunstige bepalingen worden toegepast (vgl. artikel 5:46, vierde lid, Awb). Daarbij gaat het niet alleen om wijzigingen in de aard en hoogte van de bestuurlijke boete, maar ook om wijzigingen in het overtreden voorschrift.

De bevoegdheid van de toezichtautoriteit om een bestuurlijke boete op te leggen is in tijd begrensd en vervalt vijf jaren na de dag waarop de overtreding heeft plaatsgevonden (artikel 7:38, derde lid; vgl. artikel 5:45, eerste lid). Deze vervaltermijn wordt opgeschort gedurende de tijd dat bezwaar wordt gemaakt of beroep wordt ingesteld tegen de bestuurlijke boete (artikel 7:38, vierde lid; vgl. artikel 5:45, derde lid, Awb).

Artikelen 7:39 tot en met 7:41

Indien de bestuurlijke sanctie verplicht tot betaling van een geldsom, komt deze geldsom toe aan de toezichtautoriteit die de sanctie heeft opgelegd (artikel 7:39; vgl. artikel 5:10 Awb). Indien te laat wordt betaald en de overtreder derhalve in verzuim is, wordt de verschuldigde geldsom vermeerderd met de wettelijke rente (artikel 7:41; vgl. de artikelen 4:97 tot en met 4:99 Awb). De wijze waarop betaald kan worden, de valuta waarin betaald moet worden en het tijdstip waarop is betaald, worden geregeld in artikel 7:40 (vgl. artikel 4:89 Awb). De schuldenaar draagt de kosten van de betaling (artikel 7:40, vierde lid; vgl. artikel 4:91, eerste lid, Awb).

§ 7.7 Verjaring van dwangsommen en bestuurlijke boeten

Artikelen 7:42 tot en met 7:45

Evenals voor civiele rechtsvorderingen geldt, verjaart het recht tot invordering van verbeurde dwangsommen en bestuurlijke boeten. De bevoegdheid tot het invorderen van dwangsommen verjaart na één jaar en van bestuurlijke boeten na vijf jaren (artikel 7:42; vgl. de artikelen 5:35 en 4:104 Awb). De verjaring wordt gestuit door een daad van rechtsvervolging en door een schriftelijke aanmaning van de overtreder door de toezichtautoriteit (artikel 7:43; vgl. de artikelen 4:105 en 4:106 Awb). Evenals in het privaatrecht geldt dat een daad van rechtsvervolging die wordt ingetrokken, geen stuiting van de verjaring tot gevolg heeft. Daartoe is artikel 316, tweede lid, van Boek 3 van het BW BES in het eerste lid van artikel 7:43 van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarnaast volgt uit artikel 316, tweede lid, van Boek 3 van het BW BES dat, indien de bij de rechter ingestelde vordering niet tot toewijzing leidt, de stuiting niet geacht wordt te hebben plaatsgevonden, tenzij tijdig een nieuwe eis is ingesteld en deze wel tot toewijzing heeft geleid. Door stuiting van de verjaring begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen die gelijk is aan de oorspronkelijke. Dit is alleen niet het geval als de verjaring is gestuit door het instellen van een eis die door toewijzing wordt gevolgd. In dat geval is artikel 324 van Boek 3 van het BW BES van toepassing, welk artikel de verjaring van de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken regelt (artikel 7:44; vgl. artikel 4:110 Awb).

Soms wordt een verjaringstermijn niet gestuit, waarbij een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen, maar verlengd. In artikel 7:45 worden drie gronden voor verlenging van de verjaringstermijn genoemd (vgl. artikel 4:111 Awb). De grond in het eerste lid tracht te bewerkstelligen dat de toezichtautoriteit verzoeken van de schuldenaar om uitstel van betaling mild beoordeelt. De duur van de verlenging is gekoppeld aan de tijd gedurende welke de schuldenaar uitstel van betaling heeft. Als de schuldenaar in surseance van betaling of in staat van faillissement verkeert wordt de verjaring ook verlengd (tweede lid, onderdelen a en b). De duur van de verlenging is dan de periode waarin de schuldenaar in een van de in de vorige zin genoemde situaties verkeert.

§ 7.8 Openbaarmaking van overtredingen

Artikelen 7:46 tot en met 7:53

In navolging van de Wft introduceert dit wetsvoorstel twee publicatiemogelijkheden voor de toezichtautoriteit: de bevoegdheid om een openbare waarschuwing uit te vaardigen (artikelen 7:46 tot en met 7:49) en de openbaarmaking van een opgelegde last onder dwangsom of een

opgelegde bestuurlijke boete (artikelen 7:50 tot en met 7:53). In het kader van het financieel toezicht is publicatie in de eerste plaats van belang om partijen op de financiële markten te kunnen waarschuwen bij bepaalde zware overtredingen, zoals het aanbieden van financiële producten zonder vergunning, of bij overtredingen waarvoor de toezichtautoriteit heeft besloten een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen. Publicatie draagt aldus bij aan een betere voorlichting en bescherming van de consument. Als neveneffect brengt publicatie met zich dat het voor partijen op de financiële markten duidelijk wordt dat de toezichtautoriteiten optreden als er bepaalde regels worden overtreden. Dit bevordert het adequaat functioneren van de financiële markten.

De eerste publicatiemogelijkheid, in artikel 7:46, is met name bedoeld om het publiek te waarschuwen. Door de betrokkene kan een openbare waarschuwing echter als ingrijpend worden ervaren. Daarbij komt dat de waarschuwing reeds kan worden uitgevaardigd op een moment dat nog niet is besloten tot concrete handhavingsmaatregelen. Om die reden is het uitvaardigen van de waarschuwing met de nodige waarborgen omkleed. Zo kan de waarschuwing alleen worden uitgevaardigd bij overtreding van een verbodsbepaling uit de wet, het opleggen van een transactie- of activiteitenverbod of bij overtreding van zulk een verbod. De toezichtautoriteit zal, gegeven het feit dat het een discretionaire bevoegdheid betreft, bovendien een afweging moeten maken tussen het belang van het waarschuwen van het publiek enerzijds en de mogelijke nadelige gevolgen voor betrokkene anderzijds.

Verder dient de toezichtautoriteit betrokkene in de gelegenheid te stellen om zijn zienswijze over de voorgenomen waarschuwing naar voren te brengen (artikel 7:47) en moet vijf werkdagen worden gewacht met het daadwerkelijk uitvaardigen van de waarschuwing (artikel 7:49). Binnen deze termijn is er ruimte voor nader overleg tussen de toezichtautoriteit en betrokkene of kan betrokkene desgewenst bij het Gerecht een verzoek om voorlopige voorziening indienen. In het laatste geval wordt het uitvaardigen van de waarschuwing bovendien opgeschort totdat door het Gerecht op het verzoek is beslist (artikel 7:49, tweede lid). Slechts in twee situaties kan de toezichtautoriteit besluiten om betrokkene niet in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen, dan wel onmiddellijk tot uitvaardiging van de waarschuwing over te gaan. De eerste situatie is indien van de betrokkene geen adres bekend is en zijn adres ook niet met een redelijke inspanning kan worden verkregen (artikelen 7:47, tweede lid, en 7:49, derde lid). De tweede situatie is wanneer de vereiste spoed, onderscheidenlijk de belangen die de wet beoogt te beschermen, geen uitstel toelaten (artikelen 7:47, tweede lid, en 7:49, vierde lid). In dat geval is ook artikel 7:49, tweede lid, niet van toepassing en behoeft met het uitvaardigen van de waarschuwing niet te worden gewacht totdat op een eventueel verzoek om voorlopige voorziening zal zijn beslist. Het moge echter duidelijk zijn dat daarvoor sprake zal moeten zijn van uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld dat er een acuut gevaar dreigt voor de belangen van een groot aantal partijen op de financiële markten. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan ondernemingen die binnen korte tijd veel geld aantrekken met het risico dat de betrokkenen dit geld nooit meer terug zien, of aan ondernemingen die geld aantrekken door niet bestaande diensten of producten aan te bieden en het aangetrokken geld onmiddellijk doorsluizen naar buitenlandse rekeningen of bedrijven.

Opgemerkt zij nog dat het bij het uitvaardigen van een openbare waarschuwing niet is toegestaan om vertrouwelijke gegevens te publiceren. Ook bij het uitvaardigen van een openbare waarschuwing is de

toezichtautoriteit gebonden aan de geheimhoudingsbepaling van artikel 1:20.

De tweede publicatiemogelijkheid, opgenomen in de artikelen 7:50 tot en met 7:53, betreft de openbaarmaking van een opgelegde bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Deze publicatie onderscheidt zich van de openbare waarschuwing doordat het hier, anders dan bij de openbare waarschuwing, niet gaat om een discretionaire bevoegdheid van de toezichtautoriteit. Behoudens de uitzonderingsmogelijkheid in het derde lid van artikel 7:50 is de toezichtautoriteit verplicht een opgelegde last onder dwangsom of een opgelegde bestuurlijke boete openbaar te maken. Een last onder dwangsom moet openbaar worden gemaakt zodra de dwangsom is verbeurd (artikel 7:52). Voor de openbaarmaking van bestuurlijke boeten geldt een tweeledig regime: voor alle bestuurlijke boeten geldt dat zij openbaar worden gemaakt zodra de boete onherroepelijk is geworden (artikel 7:51). Voor bepaalde bestuurlijke boeten geldt echter dat zij ook al in een eerder stadium openbaar worden gemaakt, namelijk zodra zij zijn opgelegd (artikel 7:50). Wel dient daarbij, evenals bij de openbare waarschuwing, een termijn van vijf werkdagen in acht te worden genomen voordat de boete daadwerkelijk openbaar wordt gemaakt.

Het regime van (vrijwel) onmiddellijke openbaarmaking geldt alleen voor boeten die zijn opgelegd ter zake van zware overtredingen. Dit is in de eerste plaats het geval bij overtreding van een verbodsbepaling uit de wet, bij overtreding van een transactie- of activiteitenverbod en bij overtreding van een voorschrift dat beboetbaar is gesteld met een boete van de hoogste boetecategorie (artikel 7:50, eerste lid, onderdelen a en c). In de tweede plaats is dit het geval bij overtreding van de voorschriften, bedoeld in artikel 7:50, eerste lid, onderdeel b. Deze voorschriften hebben tot doel de consument te beschermen, dus overtreding daarvan raakt consumenten rechtstreeks. Voor het vertrouwen van de consument in de financiële markt is het dan ook belangrijk dat deze overtredingen worden bestraft en dat dit snel publiek wordt gemaakt.

Waar het gaat om de openbaarmaking van een onherroepelijke bestuurlijke boete, onderscheidt de openbaarmaking zich op nog een ander punt van de openbare waarschuwing: voor de openbaarmaking van een onherroepelijke bestuurlijke boete gelden, omdat de openbaarmaking plaatsvindt nadat de boete onherroepelijk is geworden, niet de waarborgen van de artikelen 7:47 en 7:49 (zie artikel 7:51). Voor de bestuurlijke boeten die al na vijf dagen openbaar moeten worden gemaakt, en voor de last onder dwangsom gelden die waarborgen overigens wel (artikel 7:50, tweede lid, en artikel 7:52).

Artikel 7:53, eerste lid, bepaalt dat verzoeken om voorlopige voorziening tegen een voorgenomen waarschuwing of openbaarmaking achter gesloten deuren worden behandeld. Het tweede lid van artikel 7:53 bewerkstelligt dat indien de voorzieningenrechter een verbod tot uitvaardiging van een openbare waarschuwing of tot openbaarmaking van een beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom heeft opgelegd, het horen van de bezwaarde en andere partijen in een bezwaarprocedure en het onderzoek ter zitting in een beroepsprocedure, niet in het openbaar plaatsvinden. Bovenstaande vindt vanzelfsprekend niet in het openbaar plaats, omdat het aanwenden van de rechtsmiddelen anders zonder nut zou zijn. Een persoon weert zich immers tegen publicatie van bijvoorbeeld een bestuurlijke boete, juist om te voorkomen dat bekend wordt dat hij een bestuurlijke boete heeft gekregen en dat laatste is niet mogelijk als het onderzoek ter zitting in het openbaar plaatsvindt.

Hoofdstuk 8. Bijzondere prudentiële maatregelen en depositogarantiestelsel

§ 8.1 Bijzondere prudentiële maatregelen kredietinstellingen

Artikel 8:1 (periodieke evaluatie risico's)

In het algemeen gedeelte van deze toelichting is reeds stilgestaan bij de invoering van Bazel II in het onderhavige wetsvoorstel. Deze standaard voor het solvabiliteittoezicht op kredietinstellingen bestaat uit drie pijlers. Pijler I heeft betrekking op het toetsingsvermogen dat een kredietinstelling dient aan te houden in verhouding tot de verschillende soorten risico's waarmee zij te maken heeft. Pijler I zal voor het grootste deel worden uitgewerkt in de nadere regels ter uitvoering van artikel 3:17. Artikel 8:1 implementeert pijler II van Bazel II, de zogeheten «supervisory review». Deze heeft tot doel periodiek te toetsen of de kredietinstelling haar risico's en risicoprofiel op een juiste manier meet en beoordeelt, en of zij een adequaat beleid voert om die risico's te beheersen en te kunnen opvangen. Deze periodieke evaluatie heeft betrekking op twee met elkaar samenhangende factoren: enerzijds de maatregelen, strategieën en procedures voor een beheerste bedrijfsuitoefening op grond van artikel 3:9, en anderzijds het aan te houden toetsingsvermogen van de kredietinstelling.

Het is op grond van artikel 3:9 de verantwoordelijkheid van de kredietinstelling zelf om haar risico's in te schatten en om maatregelen te nemen ter beheersing daarvan. Een kredietinstelling is beter dan de toezichtautoriteit geëquipeerd om de risico's die zij loopt te overzien. Zo heeft een kredietinstelling beter inzage in haar tegenpartijrisico's en kan zij daardoor beter bepalen welke maatregelen daartegen moeten worden genomen. Op basis van de geschatte risico's geldt dan een bepaald kapitaalvereiste voor de kredietinstelling.

De in artikel 8:1 voorgeschreven evaluatie door DNB omvat zowel de beoordeling van kwalitatieve en organisatorische aspecten met betrekking tot het risicobeheer als de kwantificering van het totale risico en de toereikendheid van het interne kapitaal in relatie tot het specifieke risicoprofiel van de desbetreffende kredietinstelling. Zo kijkt DNB naar het kredietrisico, marktrisico en het operationeel risico, de drie categorieën risico's die in pijler I van Bazel II worden onderscheiden. Ook overige risico's zoals concentratierisico's komen aan bod. Conform artikel 8:1, tweede lid, bepaalt DNB, of de bedrijfsuitoefening en het toetsingsvermogen van een kredietinstelling een solide dekking van huidige en mogelijke toekomstige risico's van een kredietinstelling waarborgt.

Artikel 8:1, derde lid, bepaalt dat de frequentie en omvang van de evaluatie zullen afhangen van de aard, omvang en complexiteit van de kredietinstelling. Hoe groter, complexer en geavanceerder een kredietinstelling is, des te hogere eisen zal DNB stellen betreffende de kwantificering, consistentie, systematische aard en documentatie van het proces.

Artikel 8:2 (bijzondere maatregelen)

Dit artikel bevat twee gronden voor het nemen van maatregelen tegen een kredietinstelling. Het eerste lid heeft betrekking op de maatregelen die DNB kan nemen indien de kredietinstelling niet voldoet aan de bij of krachtens de wet gestelde regels met betrekking tot het toetsingsvermogen en de integere- en beheerste bedrijfsuitoefening. De maatregelen kunnen bestaan uit het voorschrijven van een groter toetsingsvermogen dan wettelijk is bepaald, een specifieke voorzieningenbeleid volgen ten

aanzien van de activa of het beperken van het risico dat de kredietinstelling loopt. Het eerste lid is vergelijkbaar met artikel 22 van de Wtk BES.

Artikel 8:2, tweede lid, is net als artikel 8:1 een nieuw element dat correspondeert met artikel 8:1. Dit lid is van toepassing indien de toezichtautoriteit op basis van haar evaluatie oordeelt dat het gevoerde risicobeheer en het aanwezige toetsingsvermogen niet toereikend zijn ter dekking van de door de kredietinstelling gelopen risico's. DNB kan in dat geval de kredietinstelling verplichten om een groter toetsingsvermogen aan te houden dan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur is voorgeschreven. DNB schrijft in ieder geval een hoger toetsingsvermogen voor indien het aangehouden kapitaal niet meer in verhouding staat met het risicoprofiel van de desbetreffende kredietinstelling en dit niet binnen een redelijke termijn kan worden opgeheven door het treffen van andere passende maatregelen. DNB kan overigens in een dergelijke situatie ook, op grond van artikel 7:12, een aanwijzing geven aan de kredietinstelling om (bijvoorbeeld) haar bedrijfsuitoefening aan te passen of langs andere weg haar risico's te verminderen.

Artikel 8:2, derde lid, schrijft voor dat de maatregelen worden opgeheven indien de bedrijfsuitoefening en het toetsingsvermogen een beheerste en duurzame dekking van de risico's van de kredietinstelling waarborgen.

§ 8.2 Bijzondere prudentiële maatregelen verzekeraars

Artikel 8:3 (herstelplan)

Artikel 8:3 bevat een bepaling die niet voorkwam in de wetgeving van de voormalige Nederlandse Antillen en dus nieuw is voor verzekeraars in de openbare lichamen. Met dit artikel wordt beoogd DNB een instrument te verschaffen waardoor DNB preventief kan optreden indien zich een snelle verslechtering van de financiële situatie van de verzekeraar voordoet, terwijl deze op dat moment nog aan de solvabiliteitsvereisten voldoet. DNB kan in dat geval van de verzekeraar verlangen dat deze een herstelplan opstelt om een einde aan deze ontwikkeling te maken. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot het herstelplan.

Een herstelplan verschilt van een saneringsplan (zie artikel 8:5) doordat een saneringsplan wordt geëist als de verzekeraar niet meer beschikt over de vereiste solvabiliteitsmarge, en een herstelplan als hij daar nog wel over beschikt. Om een herstelplan te kunnen verlangen dient sprake te zijn van een situatie waarin de rechten van verzekeringnemers, verzekerden en gerechtigden op een verzekeringssuitkering in het gedrang komen. Is eenmaal artikel 8:5 van toepassing, op grond waarvan de verzekeraar een saneringsplan of een financieringsplan moet indienen, dan kan niet (meer) een herstelplan worden verlangd.

Ingeval DNB een herstelplan heeft verlangd, maar de financiële situatie toch (verder) verslechtert, kan DNB op grond van het derde lid tevens eisen dat de betrokken verzekeraar een hoger minimumbedrag aan solvabiliteitsmarge aanhoudt. Doel hiervan is te waarborgen dat de verzekeraar in staat is in de nabije toekomst aan de solvabiliteitsvereisten te blijven voldoen. Indien het herstelplan niet tot resultaat heeft dat de verzekeraar over het door DNB verhoogde minimumbedrag aan solvabiliteitsmarge beschikt, kan DNB met de haar ter beschikking staande instrumenten afdwingen dat de verzekeraar alsnog aan die eis voldoet. Op grond van artikel 8:3, vierde lid, is het herstelplan het uitgangspunt om het hogere minimumbedrag aan solvabiliteitsmarge vast te stellen.

Artikel 8:4 (ontoereikende technische voorzieningen)

Artikel 8:4 ziet op een verzekeraar met zetel in de openbare lichamen die niet voldoet aan de wettelijke eisen aangaande de technische voorzieningen. Ingevolge het eerste lid is in dat geval de toezichtautoriteit (DNB) bevoegd om de vrije beschikking door de verzekeraar over zijn waarden, waar die zich ook bevinden, te beperken of te verbieden. Het eerste lid impliceert aldus dat de beperking of het verbod zich uitstrekt tot alle onderdelen van de verzekeraar, waaronder ook bijkantoren die in het buitenland actief zijn. De bevoegdheid van DNB kan derhalve worden toegepast met betrekking tot het gehele bedrijf van een verzekeraar.

Indien handelingen worden verricht in strijd met het verbod of de beperking, kan de verzekeraar conform het tweede lid de ongeldigheid daarvan inroepen tegen een wederpartij die van de maatregel op de hoogte was. De beperking of het verbod wordt opgeheven zodra de verzekeraar weer voldoet aan de wettelijke voorschriften aangaande de technische voorzieningen.

Artikel 8:5 (ontoereikende solvabiliteitsmarge)

Dit artikel komt overeen met artikel 52 van de Wtv BES. Het eerste lid verplicht een verzekeraar die niet voldoet aan de wettelijke voorschriften omtrent de vereiste solvabiliteitsmarge om een saneringsplan in te dienen bij DNB. Als de situatie nog verder verslechtert, waardoor de solvabiliteitsmarge ook onder het garantiefonds zakt (zie artikel 3:17, derde lid), rust op de verzekeraar de verplichting een financieringsplan in te dienen. Het financieringsplan onderscheidt zich dus van het saneringsplan doordat de op te lossen problemen groter en nijpender zijn.

Voor het indienen van een saneringsplan of financieringsplan geldt een termijn van acht weken, of zoveel korter als DNB bepaalt. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de inhoud van het saneringsplan en het financieringsplan. De essentie daarvan zal zijn dat het plan duidelijk moet maken op welke wijze en binnen welke termijn de solvabiliteitsmarge weer op de vereiste omvang zal worden gebracht.

Op grond van het derde lid kan DNB toestaan dat een bestaand en goedgekeurd plan wordt gewijzigd, respectievelijk zelf wijzigingen in het plan eisen of de eerder verleende instemming intrekken.

Artikel 8:6 (opgave waarden ter dekking van technische voorzieningen)

Als een verzekeraar niet meer over de vereiste solvabiliteitsmarge beschikt, is dat aanleiding voor verscherpt toezicht. Met name is van belang dat de verzekeraar in staat blijft aan zijn verzekeringsverplichtingen te voldoen. Aan de hand van de in artikel 8:6 bedoelde opgave kan DNB vaststellen of nog steeds voldoende waarden aanwezig zijn ter dekking van de technische voorzieningen (vergelijk artikel 54 van de Wtv BES). Als dat niet zo is, of op zeker moment niet meer zo is, kan DNB op grond van artikel 8:4 de vrije beschikking over de waarden van de verzekeraar beperken of verbieden.

Artikel 8:7 (beperking te beschikken over waarden)

De financiële positie van een verzekeraar kan ondanks het indienen van een saneringsplan of financieringsplan verder verslechteren. In dat geval heeft DNB, net als in de situatie bedoeld in artikel 8:4, de bevoegdheid de

vrije beschikking door de verzekeraar over zijn waarden te beperken of verbieden. Het gaat daarbij om alle waarden, dus niet alleen de waarden ter dekking van de technische voorzieningen, maar ook de waarden die tegenover de solvabiliteitsmarge staan. In die zin is sprake van een vergaande ingreep die alleen gerechtvaardigd is in de uitzonderlijke omstandigheden die in de gegeven situatie aan de orde zijn.

Indien handelingen worden verricht in strijd met het verbod of beperking, kan de verzekeraar conform artikel 8:4, tweede lid, de ongeldigheid daarvan inroepen tegen een wederpartij die van de beperking of het verbod op de hoogte was. De maatregel tegen de verzekeraar wordt opgeheven zodra de verzekeraar weer voldoet aan de wettelijke voorschriften aangaande de solvabiliteitsmarge.

§ 8.3 Noodregeling en faillissement

Artikel 8:8 (geen faillietverklaring dan na intrekking vergunning)

Het onderhavige artikel bepaalt dat het niet mogelijk is over te gaan tot faillissement van een kredietinstelling of verzekeraar, zolang deze nog in het bezit is van een vergunning. Zo wordt voorkomen dat faillissement aan de orde is in een situatie waarin de toezichtautoriteit nog geen aanleiding ziet de vergunning in te trekken. Tevens dient te worden voorkomen dat de betrokken onderneming zich nog tot het publiek kan wenden terwijl een faillissementsprocedure aanhangig is. Dit zowel ter bescherming van het publiek als om te voorkomen dat de onderneming nog nieuwe verplichtingen zou kunnen aangaan, die de boedel mogelijk-kerwijs verder belasten.

Alvorens het Gerecht een beslissing neemt op een verzoek of vordering tot faillietverklaring van een kredietinstelling of verzekeraar stelt het DNB in de gelegenheid haar zienswijze daarover te geven. Dit is met name relevant als het verzoek tot faillietverklaring niet van DNB afkomstig is, en volgt logischerwijs uit de positie en kennis die DNB heeft over ondernemingen die actief zijn op de financiële markten en onder haar toezicht staan. Dit geldt met name ingeval DNB in het kader van een noodregeling reeds betrokken is bij sanering of liquidatie van de betrokken kredietinstelling of verzekeraar.

Voor kredietinstellingen en verzekeraars treden de regels van paragraaf 8.3 in de plaats van de wettelijke bepalingen inzake surseance van betaling.

Artikel 8:9 (uitspreken noodregeling)

In het geval een kredietinstelling of verzekeraar in financiële moeilijkheden komt, bestaat de mogelijkheid dat het Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba de noodregeling uitspreekt op aanvraag van DNB. Het aanvragen van de noodregeling is het meest vergaande toezichtinstrument en wordt in beginsel pas gebruikt nadat andere, minder ingrijpende, maatregelen niet tot het gewenste resultaat hebben geleid. De noodregeling kan zowel een sanerings- als een liquidatieprocedure zijn. De noodregeling kan worden aangevraagd voor vergunninghoudende en voor niet-vergunninghoudende (illegale) kredietinstellingen en verzekeraars. Voor zover het gaat om kredietinstellingen en verzekeraars met zetel in het buitenland kan de noodregeling worden aangevraagd voor een bijkantoor in de openbare lichamen.

Het Gerecht kan de noodregeling uitspreken wanneer aan de in artikel 8:9 opgenomen criteria is voldaan. Deze criteria zijn voor kredietinstellingen ruimer dan thans op grond van de Wtk BES het geval is. Verder zijn de gronden waarop de noodregeling kan worden uitgesproken, in vergelijking tot de Wtk BES en de Wtv BES uitgebreid om specifiekere onderscheid te kunnen maken tussen kredietinstellingen en verzekeraars en tussen ondernemingen met een vergunning en «illegalen» (zie het derde lid van het onderhavige artikel).

In de Wtk BES wordt enkel gesproken van het belang der gezamenlijke schuldeisers als grond voor het Gerecht om ten aanzien van een kredietinstelling de noodregeling uit te spreken. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om de gronden op grond waarvan ten aanzien van een kredietinstelling de noodregeling kan worden uitgesproken, uit te breiden en het Gerecht ook de mogelijkheid te geven de noodregeling uit te spreken wanneer de solvabiliteit of liquiditeit van de onderneming tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling vertoont en redelijkerwijs in die ontwikkelingen geen of onvoldoende verbetering is te voorzien (eerste lid). Deze uitbreiding, die niet geldt voor verzekeraars, is conform de Wft en houdt verband met risico's die specifiek voor kredietinstellingen gelden. Het gaat met name om het risico van een «bankrun» ingeval de situatie bij een kredietinstelling leidt tot onrust onder het publiek. Een deconfiture van een kredietinstelling zal ook eerder de financiële stabiliteit bedreigen en verdergaande gevolgen hebben dan een deconfiture van een verzekeraar. Ingelegde premies bij verzekeraars zijn niet zondermeer opeisbaar, en zolang bijvoorbeeld bij een schadeverzekering zich geen schade heeft voorgedaan, is er ook geen vordering op de verzekeraar.

De criteria om ten aanzien van een verzekeraar de noodregeling uit te spreken zijn opgenomen in het tweede lid. Deze criteria zijn ten opzichte van de Wtv BES inhoudelijk niet gewijzigd. Op grond van het tweede lid kan de noodregeling ten aanzien van een verzekeraar worden uitgesproken als het belang der gezamenlijke schuldeisers – in het bijzonder verzekeringnemers, verzekerden en gerechtigden tot een uitkering – vraagt om een bijzondere voorziening bij de afwikkeling van het bedrijf van de verzekeraar. Een gevaarlijke ontwikkeling van de solvabiliteit of liquiditeit van de verzekeraar vormt geen zelfstandige grond voor het uitspreken van de noodregeling.

In het derde lid is een grond voor het uitroepen van de noodregeling opgenomen voor het geval een kredietinstelling of verzekeraar niet in het bezit is van een op grond van deze wet verleende vergunning. Aangezien de noodregeling naar haar aard alleen betrekking kan hebben op een kredietinstelling of verzekeraar met een vestiging (zetel of bijkantoor) in de openbare lichamen, is het niet hebben van een vergunning in dit verband synoniem aan illegaal.¹ DNB kan bij deze illegale ondernemingen geen of slechts beperkt inzicht krijgen in de financiële situatie maar moet wel zo nodig de noodregeling aan kunnen vragen.

Artikel 8:10 (machtiging DNB bij uitspreken noodregeling)

Bij het uitspreken van de noodregeling kan het Gerecht drie typen machtigingen verlenen: een machtiging tot overdracht van verbintenissen, een machtiging tot liquidatie of een machtiging tot overdracht en liquidatie. Bij een machtiging tot overdracht van verbintenissen is sprake van de zogeheten saneringsprocedure. In de saneringsprocedure zal DNB onderzoeken in hoeverre door een overdracht van verbintenissen de liquidatie van de onderneming nog voorkomen kan worden.

¹ Een verzekeraar die in de openbare lichamen actief is door middel van dienstverrichting heeft geen vergunning nodig – hij kan volstaan met de in artikel 2:23 voorgeschreven notificatieprocedure – en is uiteraard niet aan te merken als illegaal.

Het vorenstaande betekent dat het uitspreken van de noodregeling niet in alle gevallen tot gevolg heeft dat de activa van de onderneming geliquideerd moeten worden. Om die reden leidt het uitspreken van de noodregeling ook niet noodzakelijk tot het intrekken van de vergunning. Zolang sprake is van een saneringsprocedure is intrekking van de vergunning niet aan de orde. Indien daarentegen een machtiging tot liquidatie wordt verleend of, ingeval van een machtiging als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, zodra daadwerkelijk tot liquidatie wordt overgegaan, dient de vergunning wel te worden ingetrokken (zie artikel 2:15, tweede lid).

Het is uiteindelijk aan het Gerecht te bepalen welke machtiging aan DNB wordt verleend, met dien verstande dat DNB in haar verzoekschrift kan vermelden welke machtiging zij het meest passend acht (zie het derde lid). Met name is van belang of DNB mogelijkheden ziet voor een saneringsprocedure. Als op het moment van de aanvraag nog niet duidelijk is welke optie de voorkeur heeft, behoeft DNB dienaangaande geen oordeel te geven.

Artikel 8:11 (behandeling verzoek tot uitspreken noodregeling)

Artikel 8:11 is slechts beperkt aangepast ten opzichte van de corresponderende leden van artikel 28 van de Wtk BES. De belangrijkste aanpassing is de invoeging van het zesde lid. Wanneer het Gerecht in eerste instantie machtiging heeft verleend voor een saneringsprocedure, en later alsnog aanleiding blijkt te bestaan voor liquidatie, dan kan de machtiging op grond van het zesde lid in die zin worden uitgebreid. Deze aanpassing volgt uit de keuze om duidelijker onderscheid tussen de verschillende machtigingen te maken.

Dit artikel heeft ten doel om het proces tot het uitspreken van de noodregeling in goede banen te leiden. Dit houdt onder andere in dat het Gerecht het verzoek van DNB met spoed behandelt en dat de terechtzitting niet openbaar is (eerste lid). Wanneer de moeilijke financiële situatie van een onderneming in de openbaarheid zou komen kan dit tot gevolg hebben dat de situatie van de onderneming nog verder verslechtert. Vanzelfsprekend wordt de beschikking openbaar gemaakt nadat de noodregeling door het Gerecht is uitgesproken (vijfde lid). Een afgewezen verzoek wordt niet openbaar gemaakt. Openbaarmaking van een afwijzende beschikking zou de positie van de betrokken onderneming verder kunnen verzwakken.

Alvorens op het verzoek tot uitspreken van de noodregeling te beslissen, stelt het Gerecht de betrokken kredietinstelling of verzekeraar evenals DNB in de gelegenheid te worden gehoord (derde lid). De onderneming kan aldus haar visie geven, en DNB kan haar verzoekschrift nader toelichten. Het Gerecht is voorts bevoegd onderzoek te doen of te laten doen in de boeken en zakelijke bescheiden van de onderneming (tweede lid). Het beschikt daarbij over de bevoegdheden van artikel 7:10, tweede en derde lid, terwijl de onderneming en haar werknemers verplicht zijn het Gerecht alle medewerking te verlenen (vergelijk artikel 7:11).

Tegen de beschikking van het Gerecht inzake de aanvraag van de noodregeling staan geen bezwaar- of beroepsmogelijkheden open, behalve het middel van cassatie in het belang der wet (zevende lid). Als de vergunning van de betrokken kredietinstelling of verzekeraar is ingetrokken op grond van artikel 2:15, tweede lid, onderdeel a, kan de onderneming daartegen wel beroep instellen. Dat heeft evenwel geen schorsende werking voor de behandeling van het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling (vierde lid).

Artikel 8:12 (gevolgen uitspreken noodregeling)

Het is denkbaar dat tegelijk met het verzoek tot het uitspreken van de noodregeling een verzoek of vordering tot faillietverklaring aanhangig is gemaakt. In dat geval wordt dat laatste verzoek niet behandeld totdat op het verzoek tot uitspreken van de noodregeling is beslist (eerste lid). Als de noodregeling wordt uitgesproken vervalt het verzoek of de vordering tot faillietverklaring van rechtswege. Een dergelijk verzoek kan dan alleen nog door DNB worden gedaan, overeenkomstig artikel 8:22 (tweede lid). DNB kan het Gerecht ook verzoeken de noodregeling in te trekken (derde lid).

De gevolgen van het uitspreken van de noodregeling hangen af van het soort machtiging dat is afgegeven door het Gerecht op basis van artikel 8:10 van deze wet. Ingeval de machtiging (mede) strekt tot liquidatie, zoals bepaald in artikel 8:10, eerste lid, onderdelen b en c, zal DNB de vergunning van de onderneming moeten intrekken (zie artikel 2:15, tweede lid, onderdeel a). Op deze wijze kan de onderneming niet meer actief zijn op de financiële markten en nieuwe verplichtingen aangaan die de boedel belasten. Als de noodregeling wordt uitgesproken ten aanzien van een verzekeraar mogen ingevolge het vierde lid vanaf dat moment alleen nog de premies, of de daarmee verkregen waarden, worden toegevoegd aan de waarden ter dekking van de technische voorzieningen. Deze bepaling beoogt te voorkomen dat niet uit premies afkomstige gelden aan het eigen vermogen van de verzekeraar worden onttrokken. Als het faillissement van een verzekeraar wordt uitgesproken zonder voorafgaande noodregeling, of later dan een maand na beëindiging van de noodregeling, geldt een soortgelijk verbod vanaf de dag van faillietverklaring (vijfde lid).

Artikelen 8:13 tot en met 8:15 (bevoegdheden DNB onder de noodregeling)

In de originele artikelen uit de Wtk BES en de Wtv BES was het bepaalde in de artikelen 8:13, 8:14 en 8:15 opgenomen in één gezamenlijk artikel. Een opsplitsing is gezien de aard van de bepalingen logischer en maakt de wet overzichtelijker.

In artikel 8:13 zijn geen wijzigingen doorgevoerd ten opzichte van de Wtk BES. Het belangrijkste verschil met de Wft is dat conform de voorheen bestaande Antilliaanse wetgeving DNB in eerste instantie zelf gemachtigd wordt om de betrokken onderneming te saneren dan wel te liquideren. DNB heeft de mogelijkheid andere bewindvoerders te machtigen om de noodregeling uit te voeren (vijfde lid).

Het uitspreken van de noodregeling heeft aldus tot gevolg dat DNB bij uitsluiting alle bevoegdheden van de bestuurders en commissarissen van de betrokken kredietinstelling of verzekeraar uitoefent en zich daarbij laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (eerste lid). De bestuurders en commissarissen dienen daarbij DNB alle medewerking te verlenen (tweede lid). DNB kan de bestuurders eventueel machtigen bepaalde handelingen te verrichten (derde lid) en is tevens bevoegd bestuurders en commissarissen te ontslaan, met inachtneming van het vierde lid ten aanzien van de toepasselijke opzegtermijn.

Het ligt in de rede dat DNB in de praktijk gebruik zal maken van de optie van het vijfde lid. In dat geval komen de hiervoor genoemde bevoegdheden toe aan de door DNB aangewezen bewindvoerders.

Artikel 8:14 is gericht op de besluitvorming van de aandeelhouders of leden van een onderneming ten aanzien waarvan de noodregeling van kracht is. Besluiten van deze partijen behoeven de goedkeuring van DNB om van kracht te zijn. Als ingevolge de statuten voor een bepaalde handeling een besluit van de aandeelhouders of de leden vereist is en dit besluit uitblijft, kan DNB het besluit nemen.

Artikel 8:15 regelt de bevoegdheden van DNB met betrekking tot (onder andere) het uitschrijven of innen van niet gedane stortingen op de aandelen in het geplaatste kapitaal. De verschillende onderdelen zien op de bevoegdheden van DNB voor een kredietinstelling, een verzekeraar, respectievelijk een verzekeraar die de rechtsvorm van een onderlinge waarborgmaatschappij heeft.

Artikel 8:16 (gevolgen voor schuldeisers)

In artikel 8:16 wordt geregeld wat de gevolgen zijn van het uitspreken van de noodregeling voor de schuldeisers. Het eerste lid regelt dat de kredietinstelling of verzekeraar niet kan worden genoodzaakt verplichtingen die zijn ontstaan voor de uitspraak van de noodregeling na te komen. DNB kan bepaalde uitkeringen doen als zij daar aanleiding toe ziet, mits dat in de gegeven situatie verantwoord is (tweede lid). Het eerste lid verhindert niet dat crediteuren hun zekerheidsrechten kunnen uitoefenen, tot ten hoogste het bedrag dat door zekerheid (pand of hypotheek) wordt gedekt. Een eventueel surplus valt wel onder de werking van het eerste lid. De overeenkomstige toepassing van artikel 231a van de Faillissementswet BES zorgt ervoor dat de rechter in eerste aanleg, op verzoek van DNB, de uitoefening van zekerheidsrechten gedurende een periode van ten hoogste twee maanden afhankelijk kan maken van een rechterlijke machtiging, de zogeheten afkoelingsperiode (zesde lid).

Artikel 8:17 (schuldvergelijking en schuldoverneming)

Met betrekking tot schuldvergelijking en schuldoverneming worden de artikelen 224 en 225 uit de Faillissementswet BES van toepassing verklaard. In deze artikelen is geregeld dat indien een persoon tegelijk schuldeiser en schuldenaar is en hij te goeder trouw de verplichtingen is aangegaan voor het uitspreken van de noodregeling, schuldvergelijking kan plaatsvinden. Op de schuldoverneming van een derde kan alleen beroep worden gedaan indien de schuldoverneming te goeder trouw heeft plaatsgevonden. Na de uitspraak van het Gerecht overgenomen vorderingen of schulden kunnen nimmer in vergelijking worden gebracht.

In het tweede lid worden verscheidene artikelen van de Faillissementswet BES van overeenkomstige toepassing verklaard met betrekking tot wederkerige overeenkomsten in het algemeen, en overeenkomsten van huurkoop, het opzeggen van huurovereenkomsten en het opzeggen van dienstbetrekkingen in het bijzonder indien daarbij een kredietinstelling of verzekeraar partij is ten aanzien waarvan de noodregeling is uitgesproken. Hier wordt onder andere afwikkeling geregeld van wederkerige overeenkomsten die niet of slechts gedeeltelijk zijn nagekomen. In het derde lid wordt verwezen naar artikel 230 van de Faillissementswet BES, dat de rechtsgevolgen bepaalt van voldoening van schulden nadat de noodregeling in werking is getreden.

Artikel 8:18 (bijzondere machtiging aan DNB)

Het Gerecht kan op grond van dit artikel DNB, tegelijk met de machtiging op grond van artikel 8:10, een bijzondere machtiging verlenen waarmee DNB de overdracht van verbintenissen in het kader van een saneringsprocedure kan bevorderen. De bijzondere machtiging geeft DNB de mogelijkheid bepaalde overeenkomsten van verzekering en overeenkomsten tot het ter beschikking verkrijgen van gelden te wijzigen dan wel de duur van die overeenkomsten te verkorten. Bepaalde, in het eerste lid, onderdeel a, genoemde bedingen in zulke overeenkomsten zijn hiervan uitgesloten en kunnen derhalve niet worden gewijzigd. Daarnaast kunnen ingevolge het tweede lid overeenkomsten van levensverzekering niet zo worden gewijzigd dat daar voor verzekeringnemers meer verplichtingen uit voortvloeien.

Een verzoek van DNB tot het verlenen van een bijzondere machtiging wordt behandeld overeenkomstig de procedureregels van artikel 8:11. Overdracht van verbintenissen krachtens artikel 8:10, eerste lid, onderdeel a, wordt bekend gemaakt op de in het vierde lid beschreven wijze. Voor zover van toepassing wordt daarbij tevens vermeld welke wijzigingen door DNB in de desbetreffende overeenkomsten zijn aangebracht. Het vijfde lid ten slotte regelt het tijdstip waarop de overdracht en de eventuele wijzigingen van kracht worden.

Artikel 8:19 (geen nadeel overdracht van rechten)

Dit artikel is gelijklopend aan de overeenkomstige bepalingen van de Wtk BES en de Wtv BES. Aangezien de noodregeling wordt uitgesproken in het belang van de schuldeisers, mag een overdracht van rechten en verplichtingen niet leiden tot bevoordeling van de bij de overdracht betrokken crediteuren ten koste van de overblijvende schuldeisers.

Artikel 8:20 (kosten noodregeling)

Artikel 8:20 regelt dat de kosten van de noodregeling door het Gerecht worden vastgesteld en voor rekening komen van de onder de noodregeling vallende onderneming. De kosten omvatten de door of namens DNB gedane uitgaven en de vergoeding voor verrichte werkzaamheden, met inbegrip van de uitgaven en vergoedingen voor gemachtigden die namens DNB optreden.

Artikel 8:21 (gelijkstelling noodregeling met faillissement)

Door middel van artikel 8:21 wordt ten aanzien van bepaalde strafbare gedragingen de rechtstoestand van de noodregeling gelijkgesteld met faillissement. Het gaat in dit geval om gedragingen als het weigeren van het verstrekken van inlichtingen door de gefailleerde of bestuurders van de gefailleerde. Ook heeft dit artikel betrekking op strafbaarstellingen in het Wetboek van Strafrecht zoals gedragingen die in strijd met de akte van oprichting zijn en geleid hebben tot het faillissement van de onderneming, het (medewerken aan het) wegsluizen van gelden uit de boedel voor het faillissement en het frauderen met de administratie van de onderneming.

Artikel 8:22 (faillietverklaring op verzoek van DNB)

Artikel 8:22 regelt de overgang tussen noodregeling en faillissement. Indien DNB ziet dat de kredietinstelling of verzekeraar een negatief eigen vermogen heeft en het met de noodregeling te bereiken doel niet kan worden verwezenlijkt zal zij het faillissement van de betreffende onderneming aanvragen. Hetzelfde geldt als nog geen noodregeling van kracht

is, maar er geen redelijk vooruitzicht is dat met de noodregeling een faillissement kan worden voorkomen (eerste lid).

Het tweede lid ziet op een verzekeraar met zetel in het buitenland. Overeenkomstig artikel 71, tweede lid, van de Wtv BES dient in dat geval het eigen vermogen als bedoeld in het eerste lid door DNB te worden beoordeeld aan de hand van de activa en passiva die behoren tot het vanuit de vestigingen in de openbare lichamen uitgeoefende verzekeringsbedrijf.

Als de betrokken kredietinstelling of verzekeraar eenmaal failliet is verklaard, zijn de «gewone» regels van titel I van de Faillissementswet BES van toepassing, met dien verstande dat de faillietverklaring ook kan worden uitgesproken zonder dat de onderneming in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen (derde lid).

Artikel 8:23 (beëindiging noodregeling bij faillietverklaring)

Indien de kredietinstelling of verzekeraar failliet wordt verklaard, houdt de noodregeling van rechtswege op te bestaan. In die situatie bestaat behoefte aan een aantal aanvullende bepalingen opdat bij de afwikkeling van het faillissement mede rekening wordt gehouden met de voorafgaande noodregeling. Hetzelfde geldt wanneer de faillietverklaring wordt uitgesproken binnen een maand na het intrekken van de noodregeling. De onderdelen a tot en met d zijn gelijklopend aan de overeenkomstige bepalingen in de Wtk BES (artikel 37, vierde lid) respectievelijk de Wtv BES (artikel 71, vierde lid). Onderdeel e, dat specifiek betrekking heeft op levensverzekeringsovereenkomsten, is overgenomen uit de Wtv BES.

Artikel 8:24 (verslag aan minister)

Het is om systeemrelevante redenen van belang om de minister op de hoogte te houden van de situatie op de financiële markten, met name in crisissituaties en -tijden. Dit artikel regelt dat DNB verslag uitbrengt aan de minister in ieder geval na de beëindiging van de noodregeling en, indien de minister daarom verzoekt, tijdens de noodregeling. Indien DNB met gebruikmaking van artikel 8:13, vijfde lid, bewindvoerders heeft aangewezen, zal het verslag mede bestaan uit de bevindingen van deze bewindvoerders.

Artikel 8:25 (bevoorrechte vorderingen)

Het eerste lid van artikel 8:25 bevat een regeling voor de voldoening van de boedelschulden van een verzekeraar, daaronder begrepen de tijdens de noodregeling ontstane boedelschulden. De overige leden van dit artikel hebben in hoofdzaak betrekking op de vorderingen die verhaald kunnen worden op de waarden ter dekking van de technische voorzieningen van de verzekeraar. Genoemde waarden dienen uitsluitend tot voldoening van vorderingen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomsten die zijn gesloten vanuit vestigingen in de openbare lichamen. Andere vorderingen, voor zover ze niet zijn gedekt door pand of hypotheek op deze waarden, kunnen pas op de waarden ter dekking van de technische voorzieningen worden verhaald als vaststaat dat de vorderingen uit hoofde van verzekeringsovereenkomsten ten volle zijn voldaan. Verzekeringscrediteuren nemen zo een bevoorrechte positie in ten opzichte van de overige schuldeisers. Voor zover de waarden ter dekking van de technische voorzieningen niet toereikend zijn om aan alle verzekeringsverplichtingen te voldoen, nemen de verzekeringscrediteuren ten aanzien van het restant rang na de overige schuldeisers.

Artikelen 8:26 tot en met 8:28 (instelling en uitvoering DGS)

De onderhavige artikelen regelen de instelling en uitvoering van het DGS. Evenals in de Wft wordt de exacte reikwijdte van het DGS – de ondernemingen en personen die onder het stelsel vallen, alsmede de vorderingen die daaronder vallen – bij algemene maatregel van bestuur geregeld (zie artikel 8:26, derde lid). Ook de toepassing en bekostiging van het DGS zullen bij die maatregel worden uitgewerkt. De uitvoering van het DGS – daaronder ook begrepen het verrichten van betalingen aan depositohouders van een betalingsonmachtige kredietinstelling, mocht het ooit tot toepassing van het DGS komen – wordt in artikel 8:28, eerste en tweede lid, aan DNB opgedragen.

In paragraaf 6 van het algemeen deel van de toelichting is reeds aangegeven dat het voornemen bestaat om het DGS voor de openbare lichamen deel te laten uitmaken van een groter DGS, waaraan ook Curaçao en Sint Maarten (en wellicht op termijn ook Aruba) deelnemen. Met het oog hierop is in het tweede lid van artikel 8:26 uitdrukkelijk bepaald dat het DGS voor de openbare lichamen deel kan uitmaken van een DGS waaraan ook andere landen uit het Caribische deel van het Koninkrijk deelnemen. Ook de artikelen 8:27 en 8:28, derde lid, houden met dat voornemen verband. Artikel 8:27 maakt het mogelijk dat de middelen van een gezamenlijk Caribisch DGS worden ondergebracht in een door DNB en de CBCS tezamen op te richten stichting, terwijl artikel 8:28, derde lid, uitdrukkelijk toestaat om de uitvoering van het DGS geheel of gedeeltelijk uit te besteden. Daarbij dient met name gedacht te worden aan uitbesteding van bepaalde taken aan de CBCS, die vanwege haar aanwezigheid in de regio die taken vermoedelijk makkelijker zal kunnen uitvoeren dan DNB, die immers in Amsterdam zetelt. Denkbaar is echter ook dat bepaalde taken aan de gezamenlijke stichting worden uitbesteed, bijvoorbeeld waar het gaat om het verrichten van betalingen aan depositohouders, indien toepassing moet worden gegeven aan het DGS.

Artikel 8:29 (subrogatie)

Ingevolge het eerste lid van dit artikel wordt DNB van rechtswege gesubrogeerd in de rechten van depositohouders, nadat zij aan hen heeft uitgekeerd. Als een vordering groter is dan het bedrag van de onder het DGS uitgekeerde vergoeding, vindt de subrogatie uiteraard slechts plaats tot het bedrag van die vergoeding. De bepaling is nodig om DNB in staat stellen verhaal te nemen op de betrokken kredietinstelling. Daarnaast dient te worden voorkomen dat een depositohouder, na een vergoeding te hebben ontvangen uit hoofde van het DGS, zijn recht op vergoeding van diezelfde vordering op de betalingsonmachtige kredietinstelling behoudt. Voor zover zijn vordering de onder het DGS uitgekeerde vergoeding te boven ging, behoudt hij vanzelfsprekend wel zijn recht jegens de kredietinstelling.

Het tweede lid ziet op de situatie dat de middelen van het DGS in een stichting zijn ondergebracht. Alsdan ligt het niet voor de hand dat DNB in de rechten van de depositohouders treedt, maar dient subrogatie plaats te vinden op de stichting.

Artikel 8:30 (geen hoofdelijke aansprakelijkheid DNB)

In navolging van artikel 3:261a van de Wft bepaalt het onderhavige artikel dat de indiening van een verzoek om in aanmerking te komen voor een vergoeding op grond van het DGS er niet toe leidt dat DNB en de boedel of de betalingsonmachtige kredietinstelling daardoor hoofdelijk verbonden raken.

Hoofdstuk 9. Strafbepalingen

Artikelen 9:1 en 9:2 (misdrijven en overtredingen)

Overtreding van de bepalingen van deze wet kan in ernstige gevallen behalve bestuursrechtelijk ook strafrechtelijk worden gesanctioneerd. De artikelen 9:1 en 9:2 bevatten een opsomming van deze gevallen. Artikel 9:1 heeft betrekking op overtredingen die opzettelijk zijn begaan en om die reden als misdrijf worden aangemerkt. Als geen sprake is van opzet is artikel 9:2 van toepassing. In dat geval worden de strafbaar gestelde feiten aangemerkt als overtredingen.

De hoogste strafmaat is van toepassing als artikel 2:1, eerste lid, of 2:3, eerste of tweede lid, wordt overtreden. Deze artikelen bevatten het verbod om zonder vergunning als financiële onderneming in de openbare lichamen actief te zijn en vormen de basis voor het toezicht op deze ondernemingen. Het behoeft geen betoog dat overtreding van deze bepalingen op een ernstige manier afbreuk doet aan de doelstellingen van de wet. Wanneer sprake is van opzettelijke overtreding moet zelfs worden aangenomen dat de betrokken onderneming er bewust op uit is voordelen te behalen, mogelijk ten koste van haar klanten, die zij niet zou kunnen behalen als zij aan de vergunningeis en de overige voorschriften van de wet zou voldoen. Dezelfde strafmaat is van toepassing op overtreding van artikel 7:20. Op grond van dat artikel is het de betrokken financiële onderneming verboden in de openbare lichamen nieuwe overeenkomsten af te sluiten. Een dergelijk verbod kan worden opgelegd als de onderneming geen gevolg heeft gegeven aan een door de toezichtautoriteit gegeven aanwijzing. Er is dus sprake van een voorgeschiedenis, die is uitgemond in een verbod om nieuwe overeenkomsten af te sluiten. Als vervolgens dat verbod (ook) niet wordt nageleefd is dat een ernstige schending van het recht.

Het tweede lid van artikel 9:1 en het tweede lid van artikel 9:2 geven een opsomming van de overige artikelen waarvan overtreding strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd, als misdrijf (artikel 9:1) of als overtreding (artikel 9:2). In de opgesomde gevallen bestaat aanleiding voor strafrechtelijke sancties, omdat de doelstellingen van de wet en de belangen die deze beoogt te beschermen in het geding zijn, dan wel omdat de effectiviteit van het toezicht wordt ondermijnd.

Overtreding van artikel 2:23 (notificatieplicht voor verzekeraars met zetel in het buitenland), 3:39 (meldingsplicht accountant) of 3:40 (meldingsplicht actuaris) bemoeilijkt het toezicht, doordat de toezichtautoriteit belangrijke of potentieel belangrijke informatie wordt onthouden. Voor een effectief toezicht is evenzeer van belang dat de toezichtautoriteit en haar personeel zich houden aan de geheimhoudingsplicht van artikel 1:20. Ook overtreding van artikel 3:28 bemoeilijkt het toezicht, doordat de toezichtautoriteit niet weet welke partijen voor welk percentage belangen hebben in een financiële onderneming en daarin zeggenschap kunnen uitoefenen. Dit kan nog verder strekkende gevolgen hebben als de houder van een gekwalificeerde deelneming op eigen gewin uit is.

Bij overtreding van de artikelen 4:9 (verbod op onnodige transacties, het zogenaamde churning) en 5:15 (maximale kredietvergoeding) wordt de consument rechtstreeks benadeeld, doordat hij onnodige kosten of een te hoge kredietvergoeding moet betalen. Zijn belang wordt ook geschaad als een onderneming zich tegenover hem ten onrechte presenteert als bank (artikel 2:21), of als hij geld toevertrouwt aan een partij die niet bevoegd is tot het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek (artikel 2:22). De consument of belegger wordt eveneens benadeeld als hij onjuiste of misleidende informatie krijgt (artikel 5:3) of als hem effecten worden aangeboden zonder dat een prospectus beschikbaar is waaruit kan worden opgemaakt of het een goede belegging zou zijn (artikel 5:19).

In het geval van marktmisbruik (artikelen 5:25 tot en met 5:27) verrijkt de dader zich ten koste van anderen, of probeert zich te verrijken. Overtreding van de bepalingen inzake melding van zeggenschap respectievelijk het uitbrengen van een openbaar bod (hoofdstuk 6) verstoort de transparantie van de effectenmarkt en kan nadelige gevolgen hebben voor de betrokken vennootschap.

Artikel 7:11, eerste lid, verplicht een ieder alle medewerking te verlenen die in redelijkheid van hem kan worden gevorderd in het kader van de uitoefening van het toezicht ingevolge deze wet. Het spreekt voor zich dat deze medewerking cruciaal is voor de effectiviteit van het toezicht, en dat bij overtreding van deze bepaling strafrechtelijke sancties mogelijk moeten zijn. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstige toepassing van de medewerkingsplicht uit artikel 7:11, eerste lid, in artikel 8:11, tweede lid.

Artikel 9:3 (opsporing van strafbare feiten)

Op grond van dit artikel kan op maat in de aanwijzing van opsporingsambtenaren worden voorzien. Naast de op grond van het Wetboek van Strafvordering BES bevoegde algemene opsporingsambtenaren kunnen ook bijzondere opsporingsambtenaren worden aangewezen. Dit is niet alleen van belang met het oog op de specifieke kennis waarover een opsporingsambtenaar mogelijk zal moeten beschikken, ook kan hiermee indien nodig worden voorkomen dat bij de opsporing van strafbare feiten een te groot beroep op het politieapparaat moet worden gedaan.

Hoofdstuk 10. Overgangs- en slotbepalingen

§ 10.1 Overgangsrecht

Artikelen 10:1 en 10:2 (vergunningen)

Financiële ondernemingen die in het bezit zijn van een vergunning op grond van de bestaande toezichtwetten behouden hun vergunning bij inwerkingtreding van de onderhavige wet. Ingevolge artikel 10:1 wordt die vergunning van rechtswege omgezet in een vergunning op grond van deze wet. Dit geldt ook als zij hun huidige vergunning hebben gekregen op grond van toepasselijk overgangsrecht bij de inwerkingtreding van die toezichtwetten; die vergunning geldt op grond van dat overgangsrecht immers als een op grond van de thans geldende toezichtwetten verleende vergunning. Met de van rechtswege omzetting waarin het onderhavige artikel voorziet, wordt voorkomen dat financiële ondernemingen die al in de openbare lichamen actief zijn op het moment van inwerkingtreding van deze wet, opnieuw een vergunning moeten aanvragen en de daarvoor geldende procedure moeten doorlopen.

Een bijzondere situatie doet zich voor ten aanzien van kredietaanbieders die thans in het bezit zijn van een vergunning als kredietinstelling, maar ingevolge de onderhavige wet niet meer kwalificeren als kredietinstelling aangezien zij geen opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen aantrekken. Voor deze categorie is in artikel 10:1, eerste lid, bepaald dat hun huidige vergunning als kredietinstelling wordt omgezet in een vergunning als kredietaanbieder.

Ook ten aanzien van trustkantoren doet zich een bijzondere situatie voor. Onder de Wtt BES mogen trustdiensten, in navolging van de voorheen geldende Nederlands-Antilliaanse landsverordening, ook worden verleend door personen, vermeld op de bijlagen bij een vergunning. Op grond van dit wetsvoorstel is dat echter niet meer mogelijk. Het verrichten van trustdiensten is voorbehouden aan de vergunninghouder zelf. Om die reden bepaalt artikel 10:1, derde lid, dat uitsluitend de vergunning wordt omgezet, en niet de eventuele bijlagen bij die vergunning. Voor de op de bijlagen vermelde personen bevat artikel 10:2, eerste en tweede lid, een bijzondere voorziening. Aan hen wordt van rechtswege een tijdelijke vergunning verleend voor de duur van zes maanden, op grond waarvan zij hun bestaande activiteiten kunnen voortzetten. Tijdens die zes maanden kunnen zij ofwel een nieuwe vergunning aanvragen, ofwel hun activiteiten afbouwen.

Voor assurantiebemiddelaars is eveneens een bijzondere voorziening nodig (artikel 10:2, tweede lid), omdat de Wabb BES geen vergunning vereist om actief te mogen zijn als assurantiebemiddelaar, maar een inschrijving in het register voor assurantiebemiddelaars. Zoals toegelicht bij artikel 2:3, wordt in dit wetsvoorstel de registratieplicht vervangen door een vergunningplicht. Artikel 10:2, tweede lid, zorgt er vervolgens voor dat bestaande registerinschrijvingen van rechtswege worden omgezet in vergunningen op grond van artikel 2:3, eerste lid, onderdeel a.

Het voorgaande doet er niet aan af dat in de openbare lichamen actieve financiële ondernemingen te allen tijde dienen te voldoen aan alle (overige) bepalingen van de wet. Voor zover deze bepalingen ook nu al gelden, wat veelal het geval is, levert dat geen problemen op. Voor zover evenwel sprake is van nieuwe of zwaardere eisen, zullen financiële ondernemingen een redelijke termijn krijgen om aan die nieuwe of zwaardere eisen te voldoen. Verwezen zij in dit verband naar de toelichting bij artikel 10:21, op grond waarvan voor bepaalde categorieën ondernemingen in een gefaseerde inwerkingtreding van de nieuwe of zwaardere eisen zal worden voorzien.

Artikel 10:3 (buitenlandse zetelhouders)

Artikel 3:1 schrijft voor dat een financiële onderneming haar zetel in de openbare lichamen, Curaçao of Sint Maarten moet hebben, behoudens in bij ministeriële regeling te bepalen gevallen. Zonder speciale voorziening zou dit ertoe leiden dat een thans in de openbare lichamen gevestigd bijkantoor van een financiële onderneming met zetel buiten het grondgebied van de voormalige Nederlandse Antillen van dit artikel in overtreding zou zijn. Om dit te voorkomen bevat artikel 10:3 een grandfather-bepaling, waardoor bestaande bijkantoren van de werking van artikel 3:1 worden uitgezonderd. Bewust is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om op grond van artikel 3:1, tweede lid, bij ministeriële regeling staten buiten het grondgebied van de voormalige Nederlandse Antillen aan te wijzen, waar een financiële onderneming eveneens haar zetel zou mogen hebben. Het gaat hier immers niet om een generieke voorziening waarop ook in toekomstige gevallen een beroep kan worden

gedaan, maar om een overgangsvoorziening voor reeds bestaande individuele gevallen.

Artikel 10:4 (ontheffingen)

Ingevolge artikel 10:4 blijven ontheffingen die zijn verleend op basis van een bestaande toezichtwet na inwerkingtreding van de onderhavige wet van kracht. Dit geldt uiteraard alleen voor zover de verplichting waarop de ontheffing betrekking heeft ook dan nog bestaat en voor zover ook in de nieuwe situatie in de mogelijkheid van een ontheffing is voorzien. Het voorgaande geldt ingevolge het tweede lid tevens voor ontheffingen die zijn verleend op grond van de Wmz BES. Deze ontheffingen onderscheiden zich van ontheffingen als bedoeld in het eerste lid, in die zin dat zij niet door DNB of de AFM zijn verleend, maar door het bestuur van een ter beurze genoteerde vennootschap.

Artikel 10:5 (betrouwbaarheid en deskundigheid beleidsbepalers)

Het eerste lid bewerkstelligt dat een persoon van wie DNB of de AFM op grond van een van de bestaande toezichtwetten de betrouwbaarheid heeft vastgesteld, in het kader van de onderhavige wet niet opnieuw behoeft te worden getoetst. Het eerste lid laat onverlet dat wijzigingen in de relevante feiten of omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een hernieuwde toetsing (vgl. artikel 3:4, tweede lid). Hernieuwde toetsing vindt eveneens plaats als beleidsbepalers op grond van het vierde lid van artikel 3:4 periodiek worden (her)beoordeeld.

Het tweede lid bevat een soortgelijke bepaling ten aanzien van de deskundigheid waarover dagelijksbeleidsbepalers en leden van een toezichthoudend orgaan ingevolge artikel 3:5 dienen te beschikken. Een persoon waarvan de deskundigheid is vastgesteld op basis van een bestaande toezichtwet, wordt – behoudens gewijzigde feiten of omstandigheden – ook voor de toepassing van de onderhavige wet voldoende deskundig geacht. Indien de eisen op dit gebied worden aangepast en anders komen te luiden dan nu, zal in de desbetreffende regeling een overgangsvoorziening worden getroffen om betrokkenen op een redelijke manier de gelegenheid te geven aan die gewijzigde eisen te voldoen.

Artikel 10:6 (verklaringen van geen bezwaar)

Ingevolge artikel 3:28 is een verklaring van geen bezwaar vereist voor (onder andere) het houden van een deelneming in een financiële onderneming respectievelijk voor het uitoefenen van de aan die deelneming verbonden zeggenschap. Een dergelijke verplichting bestaat reeds op grond van de Wtk BES en de Wtv BES. Artikel 10:6 zorgt ervoor dat een verklaring van geen bezwaar, verkregen op grond van de Wtk BES of de Wtv BES, wordt aangemerkt als verklaring van geen bezwaar ex artikel 3:28 voor het houden van een deelneming in een kredietinstelling of een verzekeraar.

Artikel 10:7 (aanwijzingen en aanzeggingen)

Op grond van de bestaande toezichtwetten kan de toezichtautoriteit – evenals in het voorliggende wetsvoorstel – financiële ondernemingen een aanwijzing geven tot het volgen van een bepaalde gedragslijn. Voor de continuïteit van het toezicht is het wenselijk dat deze aanwijzingen ook na inwerkingtreding van deze wet hun geldigheid behouden. Met het oog hierop bepaalt het eerste lid dat een op grond van een van de bestaande toezichtwetten gegeven aanwijzing wordt gelijkgesteld met een op grond van artikel 7:12 van dit wetsvoorstel gegeven aanwijzing. Dit betekent

tevens dat de bevoegde toezichtautoriteit (DNB of de AFM) de in de wet voorziene maatregelen kan opleggen wanneer aan de aanwijzing niet of niet volledig gevolg wordt gegeven. Deze maatregelen kunnen inhouden: het benoemen van een curator (artikelen 7:14 en 7:15), een verbod op het afsluiten van nieuwe overeenkomsten (artikel 7:20), het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete (artikelen 7:21 en 7:30) en het wijzigen of intrekken van de vergunning (artikel 2:14).

Behalve het instrument van de aanwijzing kent de Wtk BES ook het verzoek aan een kredietinstelling waarvan de liquiditeit of solvabiliteit in gevaar is of in gevaar dreigt te komen, om bepaalde maatregelen te nemen of een bepaalde gedragslijn te volgen (zie artikel 22, eerste lid, Wtk BES). In de systematiek van het wetsvoorstel dient een dergelijk verzoek te worden aangemerkt als een aanwijzing op grond van artikel 7:12, tweede lid. Met het oog hierop is in het tweede lid van het onderhavige artikel bepaald dat een verzoek ex artikel 22, eerste lid, van de Wtk BES voor de toepassing van het eerste lid wordt aangemerkt als aanwijzing.

Naast de aanwijzing en het hierboven genoemde verzoek kennen de Wtk BES, de Wtba BES en de Wtv BES nog een derde instrument: de aanzegging. Nadat een beleggingsinstelling, een kredietinstelling of een verzekeraar op grond van de toepasselijke toezichtwet een aanzegging heeft gekregen als bedoeld in het derde lid, mogen alle of sommige organen van de onderneming hun bevoegdheden alleen nog uitoefenen na goedkeuring door een of meer, door de bevoegde toezichtautoriteit aangewezen personen. Een dergelijke aanzegging heeft hetzelfde gevolg als de benoeming van een curator op grond van artikel 7:14. Het derde lid van het onderhavige artikel bewerkstelligt dat de genoemde situatie wordt gecontinueerd, als ware er een curator benoemd. Dit betekent tevens dat artikel 7:17, dat de gevolgen van de benoeming van een curator regelt, van toepassing is.

Artikel 10:8 (bestuurlijke boeten)

Dit artikel bevat het overgangsrecht ten aanzien van bestuurlijke boeten. Het eerste lid regelt dat een op grond van bestaande toezichtwetten opgelegde boete wordt gelijkgesteld met een op grond van artikel 7:30 opgelegde boete. Dit betekent dat een reeds opgelegde, maar op het moment van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel nog niet betaalde boete gewoon opeisbaar blijft en alsnog zal moeten worden voldaan. Uit de gelijkstelling volgt tevens dat de betaling, alsmede de verjaring en het verval van deze openstaande boeten vanaf het moment van inwerkingtreding van de wet door de artikelen 7:39 e.v. worden beheerst.

Het tweede lid bevat een voorziening voor het geval een overtreding van een van de bestaande toezichtwetten pas na (of eventueel vlak voor) de inwerkingtreding van de onderhavige wet aan het licht komt. Voor een effectieve handhaving van de bestaande toezichtwetten is het wenselijk om in dergelijke gevallen alsnog een bestuurlijke boete te kunnen opleggen, ook al is het overtreden voorschrift op dat moment niet meer van kracht. Uiteraard komen daarbij alleen die overtredingen voor bestraffing met een bestuurlijke boete in aanmerking, die ook reeds op grond van de oude toezichtwet met een bestuurlijke boete werden bedreigd. Voorts blijft op het opleggen van de boete het recht van toepassing, zoals dat voorafgaande aan de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel gold. Dat geldt zowel de procedure als de hoogte van de boete. Op de betaling van een eenmaal opgelegde boete, alsmede de verjaring of het eventuele verval van die boete, zijn de bepalingen van dit wetsvoorstel wel gewoon van toepassing.

De bestaande toezichtwetten bevatten geen regeling voor de openbaarmaking van opgelegde bestuurlijke boeten. Om die reden wordt in het derde lid bepaald dat de in de artikelen 7:50 en 7:51 geregelde openbaarmaking van bestuurlijke boeten niet geldt voor boeten die zijn opgelegd ter zake van een voor de inwerkingtreding van deze wet gepleegde overtreding.

Artikel 10:9 (noodregeling en faillissement)

Het onderhavige artikel bevat een voorziening voor het bijzondere geval dat op het moment van inwerkingtreding van deze wet de noodregeling van toepassing zou zijn ten aanzien van een kredietinstelling of verzekeraar, dan wel dat ten aanzien van een kredietinstelling of verzekeraar het faillissement is uitgesproken. Op de afhandeling van de noodregeling of het faillissement blijft in dat geval het recht van toepassing dat gold op het tijdstip van het uitspreken van de noodregeling of het faillissement. Rechtszekerheid is in deze gevallen van groot belang, temeer omdat de aanspraken van crediteuren en andere belanghebbenden rechtstreeks afhankelijk zijn van het toepasselijke recht. Bepalend voor de toepassing van artikel 10:9 is het moment waarop de noodregeling of het faillissement wordt uitgesproken. Verzoeken tot het uitspreken van de noodregeling en aanvragen van een faillissement waarop op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet nog niet is beslist, worden afgehandeld met inachtneming van de in hoofdstuk 8 opgenomen bepalingen.

Artikel 10:10 (geheimhoudingsplicht en vertrouwelijke gegevens)

In de bestaande toezichtwetten zijn diverse bepalingen opgenomen die de toezichtautoriteiten ertoe verplichten om vertrouwelijke gegevens die zij bij de uitvoering van die wetten hebben verkregen, geheim te houden. Die bepalingen verliezen echter hun rechtskracht op het moment waarop de bestaande toezichtwetten ingevolge artikel 10:11 worden ingetrokken. Om ook na de intrekking van die wetten de vertrouwelijkheid van op grond van die wetten verstrekte of verkregen gegevens te waarborgen worden in het onderhavige artikel de geheimhoudings- en informatieuitwisselingsbepalingen uit hoofdstuk 1 van overeenkomstige toepassing verklaard. Aldus is gewaarborgd dat voor vertrouwelijke gegevens, verkregen of verstrekt op grond van bestaande toezichtwetten, hetzelfde beschermingsniveau geldt als voor gegevens die op grond van deze wet zullen worden verstrekt of verkregen.

§ 10.2 Wijziging van andere wetten

Artikel 10:11 (intrekking bestaande toezichtwetten)

De materie van de indit artikelgenoemde wetten wordt thans geregeld in de onderhavige wet, zodat die wetten kunnen worden ingetrokken.

Artikelen 10:12 tot en met 10:20 (wijziging andere wetten)

De totstandkoming van onderhavige wet en de intrekking van de in artikel 10:11 genoemde wetten noodzaken tevens tot aanpassing van een aantal andere wetten. In de benodigde wijzigingen van die wetten wordt door de artikelen 10:12 tot en met 10:20 voorzien.

Artikel 10:21 (inwerkingtreding)

De onderhavige wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Dat tijdstip kan verschillend zijn voor de verschillende artikelen en voor verschillende categorieën financiële ondernemingen. Het voornemen bestaat om op basis van dit artikel voor de inwerkingtreding van de navolgende bepalingen een overgangstermijn van, naar huidig inzicht, zes maanden vast te stellen.

Financiële ondernemingen die op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet al in de openbare lichamen actief waren, krijgen op grond van de artikelen 10:1 en 10:2 een vergunning van rechtswege waarmee ze hun activiteiten kunnen voortzetten zonder een nieuwe vergunning te hoeven aanvragen. Niettemin brengen de in dit wetsvoorstel geïntroduceerde gedragsregels nieuwe verplichtingen voor hen mee. Een overgangstermijn van redelijke duur stelt deze marktpartijen in de gelegenheid zich daarop voor te bereiden.

Adviseurs, bemiddelaars niet-zijnde assurantiebemiddelaars, elektronisch-geldinstellingen, kredietaanbieders (met uitzondering van kredietinstellingen en verzekeraars) en vermogensbeheerders vallen thans niet onder enige toezichtwet. Na inwerkingtreding van deze wet zullen echter ook zij financiële ondernemingen in de zin van deze wet zijn. Doordat zij thans niet onder toezicht staan, worden zij straks voor het eerst vergunningplichtig en zullen zij aan alle op hen van toepassing zijnde regels moeten voldoen. Aangezien het hier om nieuwe verplichtingen gaat, dienen zij een redelijke termijn te krijgen om een vergunning aan te vragen en om eerst aan de vergunningeisen en vervolgens aan alle overige (doorlopende) eisen te voldoen. Een termijn van zes maanden lijkt daarvoor zowel redelijk als voldoende.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat de wet ten aanzien van diverse onderwerpen voorziet in nadere uitwerking door middel van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Ook die regels kunnen voor marktpartijen nieuwe verplichtingen meebrengen die om overgangsmatregelen vragen. Dergelijke overgangsmatregelen zullen alsdan in de desbetreffende algemene maatregel van bestuur of, in het geval van door Onze Minister of de toezichtautoriteit te stellen regels, in de desbetreffende regeling worden opgenomen.

De minister van Financiën,
J. C. de Jager