

financieringsmaatschappijen verzwaard met overgewicht

Op 1 januari 2002 werd een nieuwe wijziging van kracht van de regeling van de Minister van Financiën tot uitvoering van artikel 1 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992) van 4 februari 1993 (de regeling inzake financieringsmaatschappijen; hierna: de Vrijstellingsregeling).

Veel concerns, waaronder vanwege belastingredenen ook buitenlandse, hebben een concernfinancieringsmaatschappij in de vorm van een Nederlandse vennootschap. De financieringsmaatschappij trekt opvorderbare gelden aan in de markt, meestal onder garantie van de concernmoeder, en leent de opbrengst door aan andere concernmaatschappijen. Ook in andere constellaties komen Nederlandse vennootschappen voor die opvorderbare gelden aantrekken en deze weer uitzetten of beleggen, zoals in het kader van securitisations. Door hun activiteiten (het aantrekken van opvorderbare gelden en het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen) voldoen financieringsmaatschappijen aan de definitie van kredietinstelling in de Wtk 1992. Voor een Nederlandse onderneming of instelling brengt dit mee dat een bankvergunning van De Nederlandsche Bank

(DNB) is vereist en dat de betrokken onderneming of instelling onder toezicht van DNB komt te staan. Op grond van de Vrijstellingsregeling worden financieringsmaatschappijen die voldoen aan een van de daarin genoemde vrijstellingen en de daaraan verbonden voorwaarden, niet als kredietinstelling beschouwd, waardoor genoemde vergunning- en toezichtplicht voor hen niet geldt.

De Vrijstellingsregeling is met ingang van 1 januari 2002 gewijzigd. Een aantal van de wijzigingen wordt pas in de loop van dit voorjaar van kracht. De korte termijn waarop de wijzigingen zijn ingevoerd, is vooral ingegeven door het streven om misbruik van de financiële sector voor criminele, waaronder terroristische, activiteiten verder te bemoeilijken. In grote lijnen komen de wijzigingen op het volgende neer.

Beperking van het gebruik van toonderstukken

Met ingang van 29 januari 2002 is het financieringsmaatschappijen niet langer toegestaan gelden aan te trekken tegen uitgifte van schuldtitels aan toonder. Hoewel niet als een verbod geformuleerd, komt de nieuwe bepaling daar in feite op neer. Een uitzondering geldt voor toonderstukken die zijn genoteerd aan een van overheidswege erkende effectenbeurs in een EU-landstaat of een ander land dat is aangesloten bij het Verdrag inzake de Europese Economische Ruimte (Noorwegen, IJsland, Liechtenstein), Japan, Canada, Zwitserland of de Verenigde Staten van Amerika (inclusief toonderstukken die zijn 'geregistreerd' bij de SEC in de VS). Financieringsmaatschappijen die toonderstukken willen uitgeven die niet zullen worden genoteerd zoals hiervoor bedoeld (met andere woorden die in het geheel niet dan wel elders zullen worden genoteerd), zullen een ontheffing moeten aanvragen bij DNB (of een bankvergunning, maar dat schiet voorbij aan de hele gedachte achter financieringsmaatschappijen).

Overige wijzigingen

De overige wijzigingen zijn in drie punten te ontleden.

Ten eerste dienen financieringsmaatschappijen zich uiterlijk 26 februari 2002 te melden bij DNB, onder overlegging van bepaalde informatie (voornamelijk naam, adres en contactgegevens) over henzelf en hun (statutaire) bestuurders, (mede)beleidsbepalers (feitelijke bestuurders) en/of commissarissen, alsmede houders van gekwalificeerde deelnemingen in hun kapitaal (direct of indirect meer dan 5%). Het voorgeschreven meldingsformulier is of wordt door DNB aan haar bekende vrijgestelde en ontheven financieringsmaat-

schappijen toegezonden en is tevens beschikbaar via de website van DNB (www.dnb.nl). Voor nieuw opgerichte financieringsmaatschappijen geldt dat de melding ten minste vier weken voorafgaand aan de uitoefening van hun bedrijf dient te geschieden.

Op 1 april 2002 wordt vervolgens de bepaling van kracht die vereist dat de betrouwbaarheid van al degenen die op meer of mindere afstand betrokken zijn bij het beleid van de financieringsmaatschappij (de hiervoor genoemde statutaire en feitelijke bestuurders, commissarissen en houders van een gekwalificeerde deelneming) buiten twijfel staat. De financieringsmaatschappij dient uiterlijk 29 april 2002 een schriftelijke verklaring inzake de betrouwbaarheid van genoemde personen aan DNB te verstrekken. Ook hiervoor is een voorgeschreven formulier beschikbaar. Met betrekking tot de criteria die de financieringsmaatschappij kan toepassen voor het beoordelen van deze betrouwbaarheid, kan zij volgens de toelichting aansluiting zoeken bij de beleidsregel die onder meer door DNB zelf wordt gehanteerd voor betrouwbaarheidstoetsingen voor vergunningbehoevende en -houdende kredietinstellingen.

Ten slotte wordt, eveneens op 1 april 2002, een bepaling van kracht die ziet op de administratieve organisatie van de financieringsmaatschappij. Die dient met ingang van genoemde datum mede te zijn gericht op transparantie van de bedrijfsprocessen, en zodanig te zijn ingericht dat de instelling bekend is met de identiteit van degenen met wie zij transacties sluit (in het bijzonder degenen van wie zij gelden aantrekt en bij wie zij gelden uitzet of belegt) en met de herkomst en bestemming van de gelden (behoudens uitzonderingen voor toegestane uitgaven van toonderstukken, waar deze aspecten niet kunnen worden vastgesteld), alsmede dat ongebruikelijke transacties worden opgemerkt en onderzocht en dat de medewerking aan dergelijke transacties wordt geweigerd. Ook hiervoor geldt dat de financieringsmaatschappij uiterlijk 29 april 2002 een schriftelijke verklaring op een voorgeschreven formulier aan DNB moet verstrekken, inhoudende dat haar administratieve organisatie aan de (gewijzigde) Vrijstellingsregeling voldoet.

Commentaar

De markt is enigszins overvallen door de nieuwe regels en de snelheid waarmee deze zijn ingevoerd. Anders dan gebruikelijk was, is er geen voorafgaand overleg geweest met de markt. Genoemde snelheid en het ontbreken van overleg zijn er wellicht mede oorzaak van dat sommige nieuwe regels belemmerende factoren blijken te vormen voor bonafide financieringsmaat-

schappijen, terwijl men zich kan afvragen of het doel dat met de wijziging van de Vrijstellingsregeling wordt beoogd, de betreffende regels werkelijk nodig maakt (althans in de vorm waarin zij thans zijn afgekondigd).

Na het bekend worden van de nieuwe regels is hierover in de – tevoren niet geraadpleegde – markt een discussie op gang gekomen. Uit contacten met banken en trustkantoren is mij bekend dat vanuit die hoek aan het Ministerie van Financiën en aan DNB kenbaar is gemaakt welke bezwaren zij hebben tegen het nieuwe regime. Ook tussen diverse advocatenkantoren heeft overleg plaatsgehad. Hieronder volgen enkele punten van commentaar op de nieuwe regels, waarbij ik opmerk dat ik daarvoor deels heb geput uit genoemde discussie in de markt.

Met betrekking tot de toonderstukken behoeven veel situaties die sinds jaar en dag veelvuldig voorkomen thans een ontheffing. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan zogenoemde private placements van obligaties (waarbij de obligaties bij één of meerdere institutionele beleggers of andere professionele marktpartijen worden geplaatst) en uitgiften van commercial paper (kortlopend schuld papier met een hoge coupure, eveneens geplaatst bij professionele beleggers). De verhandeling blijft in deze gevallen ook tot professionelen beperkt. Betrokken partijen achten het dan niet nodig het schuld papier te noteren. DNB, zich bewust van deze praktijk, heeft in een circulaire van 20 december 2001 aangegeven op verzoek een ontheffing te zullen verlenen – vooralsnog zonder additionele voorschriften of voorwaarden – indien de financieringsmaatschappij voldoet aan de overige voorwaarden die in de ontheffing zijn opgenomen (grotendeels gebaseerd op de Vrijstellingsregeling). Inmiddels zijn de eerste ontheffingen aangevraagd en op heel korte termijn door DNB verleend. Het aanvragen van een ontheffing kost echter toch steeds tijd en geld. Men kan zich afvragen of de Vrijstellingsregeling zelf niet meer uitzonderingen zou kunnen toelaten dan thans het geval is. De gedachte achter het verbod op toonderstukken is kennelijk dat de houder van dergelijke stukken zijn identiteit niet kenbaar hoeft te maken, wat misbruik zou kunnen bevorderen. De uitzondering voor bepaalde genoteerde stukken (het praktische probleem onderkennen dat men bij beurstransacties zijn wederpartij veelal niet kent) is kennelijk ingegeven door de overweging dat op genoemde beurzen en de daarop werkzame handelaren een behoorlijk toezicht bestaat, ook wat betreft het weren van partijen en transacties met een misdadige achtergrond. Bedacht kan echter worden dat vrijwel alle schuld papier aan toonder, ook indien niet geno-

teerd, wordt opgenomen in een clearing system of een central securities depository (zoals Necigef, Euroclear of Clearstream). Bij uitgifte en levering na verhandeling vinden girale boekingen plaats op rekeningen in de administratie van het clearing system en de daarbij aangesloten instellingen (voornamelijk banken). Daardoor moeten de houders van de stukken toch te traceren zijn. Voorts zullen de betrokken instellingen vaak ook op grond van reeds anderszins toepasselijke regelgeving hun cliënten moeten kennen. Men kan daarom goed bepleiten dat ook toonderstukken die in een clearing system zijn opgenomen, ook al zijn zij niet genoteerd, zouden moeten worden uitgezonderd van het verbod op toonderstukken.

De vier weken die moeten liggen tussen de melding bij DNB en de aanvang van de uitoefening van de bedrijfsactiviteiten door de financieringsmaatschappij, zijn ook niet bevorderlijk voor de praktijk. Hoewel met de voorbereiding van veel structuren een zekere tijd zal zijn gemoeid, wordt de financieringsmaatschappij zelf vaak pas in een vrij laat stadium opgericht. Een van de redenen hiervoor is dat als er onverhoopt complicaties opkomen die de structuur niet werkbaar maken, het weinig zinvol is – eerder lastig – als de vennootschap dan al bestaat. Het is te hopen dat DNB zich op dit punt soepel zal opstellen.

Een ander gevolg van de nieuwe regels is dat thans ook houders van gekwalificeerde deelnemingen in de financieringsmaatschappij in ogenschouw moeten worden genomen. Onder de oude regels hoefde niet verder te worden gekeken dan tot en met de uiteindelijke moedermaatschappij van het concern waartoe de financieringsmaatschappij behoort. Denkbaar is dat iemand die een belang van iets meer dan 5% verwerft in die uiteindelijke moedermaatschappij, houder wordt van een gekwalificeerde deelneming in de financieringsmaatschappij. Nog afgezien van het feit dat de financieringsmaatschappij het ontstaan van zo'n deelneming niet kan verhinderen en daar zelfs wellicht helemaal geen weet van heeft, kan men zich afvragen of het wel noodzakelijk is dat het betrouwbaarheidsvereiste zich dan mede tot deze houder gaat uitstrekken. Van noemenswaardige invloed zal veelal geen sprake zijn. Waarom stopt de regeling niet op het niveau van de uiteindelijke moedermaatschappij, met het vereiste dat die (in de persoon van haar bestuur) betrouwbaar is? Een ander punt is dat in de toelichting bij de wijziging wordt gesteld dat de financieringsmaatschappij er zelf voor dient zorg te dragen dat de genoemde bij haar beleid betrokken personen betrouwbaar zijn. Ik zie niet in hoe zij dat kan

doen (overigens erken ik dat er ook onder de regeling zoals deze gold voor 1 januari 2002 reeds bepaalde vereisten waren waaraan voldaan moest worden zonder dat de financieringsmaatschappij daar zelf overwegende invloed op had). Voorts past de opmerking dat aansluiting bij genoemde beleidsregel voor de betrouwbaarheidstoetsing ervan uitgaat dat de financieringsmaatschappij dezelfde toegang heeft tot (bij buitenlandse concerns ook buitenlandse) informatiebronnen als een toezichthouder als DNB (denk bijvoorbeeld aan politie-registers). Dat is geen reële veronderstelling. Ook afgezien hiervan is de vraag op basis waarvan de financieringsmaatschappij zou kunnen verklaren dat bedoelde personen betrouwbaar zijn. Trustkantoren die als bestuurder van financieringsmaatschappijen van buitenlandse concerns optreden, maken zich terecht zorgen over deze vraag. Het zou al helpen als een bepaling wordt opgenomen die aangeeft dat bepaalde personen of instellingen geacht worden betrouwbaar te zijn. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gelden voor instellingen die onder adequaat toezicht staan, alsmede hun bestuurders of andere werknemers die tevens als commissaris of bestuurder van de financieringsmaatschappij optreden. Het lijkt mij overigens onwaarschijnlijk dat kwaadwillende figuren zich laten afschrikken door het vereiste dat een betrouwbaarheidsverklaring wordt verstrekt. Men kan zich in algemene termen afvragen wat de toegevoegde waarde is van een betrouwbaarheidsverklaring van de financieringsmaatschappij zelf. Kan niet worden volstaan met het vereiste dat bepaalde personen betrouwbaar zijn, zonder dat de financieringsmaatschappij zich daarover behoeft uit te laten? Indien (en zodra) niet wordt voldaan aan het betrouwbaarheidsvereiste, kan de financieringsmaatschappij zich niet langer op de Vrijstellingsregeling beroepen en wordt zij daardoor direct een kredietinstelling zonder vergunning, met alle (eventuele) gevolgen van dien. Zou zich een dergelijke situatie voordoen bij een vergunninghoudende, onder toezicht staande kredietinstelling, dan is er geen sprake van het automatisch verlies van de bankvergunning; er is dan tijd om naar een oplossing te zoeken. Een analoog systeem zou mijns inziens ook voor financieringsmaatschappijen moeten gelden.

De regels inzake de vaststelling van de identiteit van wederpartijen en de herkomst en bestemming van gelden roepen ook vragen op. Met betrekking tot de identiteitsvaststelling lijkt de regeling zich te beperken tot de wederpartijen van de financieringsmaatschappij zelf; deze behoeft zich kennelijk niet te bekommeren om de identiteit van de wederpartijen van haar wederpartijen

(en zo verder). Dit laatste zou in de praktijk ook moeilijk uitvoerbaar zijn. De formulering van de herkomst- en bestemmingsbepaling is echter ruimer, terwijl ook daarvoor de praktische vraag kan worden gesteld hoe ver dit onderzoek moet gaan en hoe de financieringsmaatschappij dit zou moeten uitvoeren. Zeker indien een financieringsmaatschappij gelden aantrekt van professionele partijen als bijvoorbeeld banken, zou toch niet verlangd behoeven te worden dat zij die partijen vraagt naar de herkomst van de aan haar uitgeleende gelden? En moet een concernfinancieringsmaatschappij die gelden doorleent aan haar moeder, deze vragen wat zij ermee gaat doen? Het eerlijke antwoord zal veelal luiden dat de gelden zullen worden aangewend 'for general corporate purposes'.

Mag het een onsje minder zijn?

Al met al kan worden gesteld dat de recente wijziging van de Vrijstellingsregeling, ingegeven door de op zich gerechtvaardigde wens om het gebruik van het Nederlandse financiële systeem voor criminele activiteiten verder te beteugelen, als ongewenst neveneffect belemmeringen heeft gecreëerd in het gebruik van dat systeem door bonafide partijen. Gevolg hiervan kan en lijkt te zijn, dat deze partijen bij het opzetten van een financieringsmaatschappij niet langer de 'Nederlandroute' zullen overwegen, maar zullen kiezen voor een andere jurisdictie. Dat kan toch niet de bedoeling zijn geweest. Vanuit de markt is inmiddels een proces op gang gekomen om te trachten de scherpste kantjes weer van de regeling af te schaven en deze voor bonafide financieringsmaatschappijen weer werkbaar te maken. Het is te hopen dat het ministerie hiervoor op korte termijn een gevoelig oor zal hebben.

Mr. W.J. Horsten
