

Beleidsregel kernbegrippen Markttoetreding en Handhaving Wtk 1992

Algemeen

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft op 15 december 2001 door wijziging van de ministeriële regeling van 4 februari 1993 tot uitvoering van artikel 1 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (hierna: de Uitvoeringsregeling) een begin gemaakt met de complete herziening en vervanging van het geheel aan vrijstellingsregelingen dat is verbonden aan de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992). Op 22 april 2002 is een concept voor

een nieuwe 'Ministeriële regeling tot vrijstelling van enkele verbodsbepalingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992' voor het publiek openbaar geworden op de DNB-website (www.dnb.nl). Op 23 mei 2002 is, na een eerste consultatieronde, een herziene 'Ministeriële regeling tot vrijstelling van enkele verbodsbepalingen van de Wet toezicht kredietwezen 1992' (hierna: de Vrijstellingsregeling) gepubliceerd. De Vrijstellingsregeling zal vervangen de Uitvoeringsregeling, de ministeriële regeling Vrijstelling van de verbodsbepaling Wet toezicht kredietwezen 1992 van 23 december 1992 en de ministeriële regeling Vrijstelling artikel 83 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 van 23 december 1992. DNB heeft tevens op 22 april 2002 een eerste concept van een 'Beleidsregel kernbegrippen en Markttoetreding en Handhaving Wtk 1992' (hierna: de Beleidsregel) op haar website gepubliceerd. Na een eerste consultatieronde is op 24 mei 2002 een tweede concept van de Beleidsregel gepubliceerd. DNB heeft de Beleidsregel opgesteld om duidelijkheid en rechtszekerheid te verschaffen omtrent de interpretatie van enkele begrippen uit de Wtk en de Vrijstellingsregeling.

Tot 30 mei 2002 konden zwaarwegende bezwaren tegen de herziene versies van de Vrijstellingsregeling en de Beleidsregel worden ingediend. De Vrijstellingsregeling en de Beleidsregel zullen gelijktijdig met de wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 in verband met de invoering van bedrijfseconomisch toezicht op instellingen van elektronisch geld (wetsvoorstel elektronisch geld). De verwachting was, bij het ter perse gaan van dit artikel, dat dit wetsvoorstel per 1 juni 2002 in werking zou treden (bekendgemaakt op www.minfin.nl). Dit artikel is gebaseerd op de hiervoor genoemde Vrijstellingsregeling en Beleidsregel.

Wat de status van de Beleidsregel betreft, kan in het algemeen worden gezegd dat een beleidsregel een besluit is, niet inhoudende een algemeen verbindend voorschrift, dat een algemene regel geeft omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Bij de justitabelen en het bestuursorgaan bestaat de behoefte om duidelijkheid te verkrijgen over de beleidsvrijheid die een bestuursorgaan heeft bij de uitoefening van de bevoegdheid. In die behoefte voorziet een beleidsregel.

Een van de begrippen uit de Wtk waarvan DNB een uitleg geeft in de Beleidsregel, is het begrip 'bedrijf maken van' zoals dat wordt gebruikt in de definitie van het begrip 'kredietinstelling' in artikel 1 lid 1 onder a Wtk.

In artikel 5 leden 1 en 2 van de Beleidsregel is deze uitleg vastgelegd. Aan de hand van een in de praktijk vaak voorkomende structuur zal worden bekeken of het begrip 'bedrijf maken van', zoals omschreven in artikel 5 van de Beleidsregel, de nodige duidelijkheid geeft.

Indien een houdstermaatschappij obligaties uitgeeft of leningen aangaat met banken en de verworven financiële middelen uitzet bij werkmaatschappijen, zodat deze maatschappijen hun bedrijfsactiviteiten kunnen uitvoeren, dan wordt deze houdstermaatschappij, indien men van oordeel is dat zij haar 'bedrijf maakt van' haar financieringsactiviteiten, aangemerkt als een kredietinstelling in de zin van artikel 1 lid 1 onder a Wtk. Immers, de definitie luidt 'een onderneming of instelling die haar bedrijf maakt van het ter beschikking verkrijgen van, al dan niet op termijn, opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen'. Op grond van artikel 6 Wtk is deze houdstermaatschappij dan vergunningplichtig. Deze vergunning behoeft niet te worden aangevraagd indien de houdstermaatschappij in aanmerking komt voor een vrijstelling of op grond van artikel 1 lid 4 Wtk een ontheffing heeft verkregen. De Serière pleit ervoor (Ondernemingsrecht 2001, p. 307-310) om een dergelijke houdstermaatschappij niet te beschouwen als een vergunningplichtige kredietinstelling, aangezien uit de wetsgeschiedenis voortvloeit dat dit niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Daar komt volgens De Serière nog bij dat het onderscheid tussen een kredietinstelling en de hiervoor omschreven houdstermaatschappij evident is. Een kredietinstelling maakt haar bedrijf van het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen, terwijl een houdstermaatschappij als enig doel heeft de bedrijfsactiviteiten van haar dochtermaatschappijen te ondersteunen. De Serière stelt wel het vereiste dat alle werkzaamheden die door een houdstermaatschappij op de geldmarkt worden verricht om kapitaal te verwerven of kapitaal aan te houden, het doel moeten hebben 'ten dienste te staan' van de hoofdactiviteiten van het concern. DNB was tot voor kort echter van mening dat een dergelijke houdstermaatschappij in beginsel ofwel aan de voorwaarden van een van de vrijstellingen uit de Uitvoeringsregeling moet voldoen, ofwel op grond van artikel 1 lid 4 Wtk om een ontheffing moet verzoeken.

Voor de Nederlandse economie is het van groot belang dat een (tussen)houdstermaatschappij op de geldmarkt kan functioneren zonder dat zij behoeft te voldoen aan

de voorwaarden van een van de vrijstellingen uit de Uitvoeringsregeling of dat een ontheffing gevraagd moet worden. Voor een houdstermaatschappij die aan het hoofd staat van een concern en die gelden van het publiek wil aantrekken, is op dit moment zelfs geen enkele vrijstelling beschikbaar, omdat een dergelijke houdstermaatschappij naar de letter niet kan voldoen aan de voorwaarde van een onvoorwaardelijke garantie van de onderneming die aan het hoofd staat van het concern (art. 3 van de Uitvoeringsregeling). Op dit moment rest een dergelijke houdstermaatschappij derhalve niets anders dan het veiligheidshalve vragen van een individuele ontheffing. Bovendien wordt het doel van de Wtk voorbijgeschoten indien (tussen)houdstermaatschappijen onder toezicht van DNB worden gebracht. Het doel van de Wtk is enerzijds het beschermen van de 'afnemers' van diensten die door de betrokken financiële instellingen worden aangeboden of verricht, en anderzijds het bevorderen van de goede werking van de financiële markten en het handhaven van het vertrouwen in de financiële sector (TK 1995-1996, 24 843, nr. 1, p. 3). Door het toestaan dat een (tussen)houdstermaatschappij gelden aantrekt om de activiteiten van haar dochters te financieren, komt mijns inziens deze doelstelling op geen enkele wijze in gevaar.

Artikel 5 leden 1 en 2 van de Beleidsregel

Artikel 5 lid 1 van de Beleidsregel bepaalt:

'De Bank stelt dat een onderneming of instelling "haar bedrijf maakt" van de in artikel 1, eerste lid, aanhef en sub a Wtk 1992 genoemde activiteiten indien:

- a. feitelijk opvorderbare gelden worden verkregen en feitelijk voor eigen rekening gelden worden uitgezet door middel van kredietuitzettingen of beleggingen;
- b. dit een zelfstandig identificeerbare activiteit betreft; en
- c. welke niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten.'

Lid 2 bepaalt:

'Binnen het kader van het eerste lid geldt dat een directe relatie tussen het aantrekken en uitzetten niet hoeft, maar wel aanwezig mag zijn (aantrekken om dat specifieke geld weer uit te zetten). De intentie om er winst mee te maken is niet noodzakelijk, maar kan, indien aanwezig, een rol spelen bij de beoordeling onder sub c van het eerste lid.'

Toelichting van DNB

Algemeen

In de toelichting wordt weergegeven dat indien de activiteiten onder a door een instelling worden ontplooid en deze activiteiten niet voldoen aan datgene wat onder b en/of c is vermeld, geen sprake is van 'bedrijf maken van'. Deze instellingen vallen dan volgens de toelichtingen niet onder de definitie van kredietinstelling en de voorwaarden uit de Vrijstellingsregeling zijn niet op deze instellingen van toepassing.

Zelfstandig identificeerbare activiteit

Ter verduidelijking van het begrip 'zelfstandig identificeerbare activiteit', dat als een van de vereisten is opgenomen onder b, is een niet limitatief aantal indicatoren opgenomen, zoals:

- aanwezigheid van winstgericht cashmanagement;
- er wordt aangetrokken enkel om die gelden weer uit te zetten;
- de reden voor het bestaan van de instelling is om geldstromen te kanaliseren.

Aan een van deze indicatoren, te weten dat gelden worden aangetrokken met als uitsluitend doel deze weer (binnen de groep) uit te zetten, zal doorgaans snel zijn voldaan. Alsdan ontplooit de instelling de hiervoor onder a genoemde activiteit en is tevens aan de onder b genoemde voorwaarde voldaan. Als het aantrekken en uitzetten van gelden dan niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteit (voorwaarde c), wordt de betreffende vennootschap aangemerkt als kredietinstelling.

Ondersteuning van de hoofdactiviteit

Van 'ondersteuning' van de hoofdactiviteit, zoals omschreven in artikel 5 lid 1 onder c van de Beleidsregel, blijkt onder andere sprake te zijn indien cashmanagement wordt verricht of een financiering wordt verstrekt door een industriële onderneming of een (tussen)houdstermaatschappij waarmee uitsluitend de industriële activiteiten van zichzelf of van een dochtermaatschappij worden gefinancierd. DNB geeft daarbij het volgende voorbeeld: 'Een oorlogskas zonder concrete overname is geen cashmanagement ten behoeve van de gewone activiteiten en dus niet ondersteunend, geld aangetrokken ter betaling van een reeds gepubliceerde, op korte termijn plaatsvindende concrete overname wel.' Hieruit valt mijns inziens af te leiden dat onder cashmanagement wordt verstaan het aanhouden van de financiële middelen voor gewone activiteiten die binnen een korte termijn zullen plaatsvinden.

In de toelichting bij de Beleidsregel wordt tevens duidelijk gemaakt dat de (tussen)houdstermaatschappij zich actief moet bemoeien met en dat het haar moet gaan om het bedrijf van de dochtermaatschappij. De financiële middelen mogen niet enkel worden gebruikt voor het 'passief' beleggen in aandelen van deelnemingen. Hoe deze 'actieve' betrokkenheid door de (tussen)houdstermaatschappij aangetoond moet worden, is niet aangegeven in de toelichting. A contrario redenerend zou kunnen worden gezegd dat sprake is van 'actieve' bemoeienis indien geen sprake is van passief beleggen, met ander woorden indien de aandelen in de deelnemingen niet uitsluitend ter belegging worden aangehouden.

Als voorbeeld van een instelling die als zelfstandige, als zodanig te identificeren hoofdactiviteit heeft het 'bedrijf maken van' het aantrekken van gelden en het doen van kredietuitzettingen dan wel beleggingen, wordt onder andere gegeven de participatiemaatschappij. Het werken met vreemd vermogen door een participatiemaatschappij en dit uitzetten in een dochter is meestal een 'belegging'. Deze activiteiten zijn te identificeren als zelfstandige hoofdactiviteit. Derhalve vallen zij gewoonlijk onder de definitie van kredietinstelling.

Het doel van de financiering speelt ook een grote rol. In artikel 5 lid 2 van de Beleidsregel is opgenomen dat de intentie om winst te maken van invloed kan zijn bij de beoordeling of sprake is van 'ondersteuning'. Uit de toelichting volgt dat indien het enige doel blijkt te zijn winst maken van het verkrijgen van gelden en uitzetten of beleggen van gelden, dan is in ieder geval sprake van 'bedrijf maken van'. Is het doel van de financiering 'enkel het bedrijf van de dochters dan is geen sprake van het bedrijf maken van'.

Gevolgen van de Beleidsregel en de toelichting

Het eerste duidelijk zichtbare gevolg van de Beleidsregel is dat een (tussen)houdstermaatschappij nu obligaties kan uitgeven of leningen kan aangaan met banken en de verworven financiële middelen kan uitzetten bij werkmaatschappijen ter ondersteuning van de bedrijfsactiviteit, zonder geacht te worden 'bedrijf te maken van' het ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden en het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen. Het enige wat duidelijk moet blijken, is dat zij deze financiële middelen aanwendt voor de bedrijfsactiviteiten van de werkmaatschappij in plaats van met het oogmerk winst te maken. Dit betekent dan voor de (tussen)houdstermaatschappij dat zij niet voldoet aan de definitie van kredietinstelling in de zin van artikel 1 lid 1 onder a Wtk en heeft tot

gevolg dat zij niet meer hoeft te voldoen aan de vereisten voor een vrijstelling op grond van de Vrijstellingsregeling of om een ontheffing moet vragen op grond van artikel 1 lid 4 Wtk.

Naar aanleiding van de uitleg van het begrip cashmanagement in samenhang met de voorwaarde dat winst maken niet het enige doel van de financieringsactiviteit mag zijn, ontstaat de vraag op welke wijze en voor welke duur de financiële middelen aangehouden mogen worden door de (tussen)houdstermaatschappij. Indien de (tussen)houdstermaatschappij de financiële middelen plaatst op een rekening-courant bij een bank, dan heeft dit waarschijnlijk tot gevolg dat er geen winst zal worden gemaakt. Waarschijnlijk zal het plaatsen van de financiële middelen op een rekening-courant minder rendabel zijn. Daarentegen kan wel meteen over de middelen worden beschikt op het moment dat de bedrijfsactiviteit wordt uitgevoerd, waar deze middelen voor bedoeld zijn (bijvoorbeeld de hiervoor genoemde concrete overname). De conclusie zal dan ook moeten luiden dat het mogelijk moet zijn voor een (tussen)houdstermaatschappij om aangetrokken financiële middelen te plaatsen op een rekening-courant voor korte termijn en die pas daarna te gebruiken voor de bedrijfsactiviteiten van een dochtermaatschappij.

Een financieel aantrekkelijkere mogelijkheid is het vastzetten voor verschillende perioden van de financiële middelen op een depositorekening. Indien pas over een maand over een bedrag hoeft te worden beschikt, is het mogelijk dit bedrag voor een maand vast te zetten op een 'maanddeposito'. Dit gebeurt doorgaans tegen een hogere rente dan bij een rekening-courant. Dit kan bij strikte interpretatie van de Beleidsregel de volgende gevolgen hebben. Indien de financiële middelen worden aangetrokken en vervolgens geplaatst op een deposito voor de aankomende concrete overname die over een maand zal plaatsvinden, dan zou kunnen worden verdedigd dat het plaatsen op deposito dient ter ondersteuning van de concrete hoofdactiviteit, namelijk acquisitie. Het doel is niet winst maken, maar het doel is het overnemen van een andere vennootschap. Géén sprake is dan van 'bedrijf maken van' en dus is ook géén sprake van een kredietinstelling.

Hieruit volgt dat tevens verdedigbaar is dat een (tussen)houdstermaatschappij financiële middelen die aangetrokken zijn of op andere wijze ter beschikking zijn gekomen van de (tussen)houdstermaatschappij en die tijdelijk niet benut worden, plaatst op een depositorekening en in de toekomst aanwendt voor bedrijfsactivitei-

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

ten van een dochtermaatschappij. Dit valt onder het begrip cashmanagement zoals hiervoor is afgeleid uit de toelichting van DNB. Met het aanhouden van de financiële middelen op de depositorekening beoogt de (tussen)houdstermaatschappij de bedrijfsactiviteiten van de dochtermaatschappij in de toekomst te kunnen ondersteunen. In een brief van de Minister van Financiën van 29 april 2002, waarin de minister antwoord geeft op vragen die door een aantal leden van de Tweede Kamer zijn gesteld naar aanleiding van de wijziging van de Uitvoeringsregeling d.d. 18 december 2001, geeft de minister ook aan dat 'bij ondersteuning gedacht kan worden aan het kasbeheer door een industriële onderneming uitsluitend ter financiering van de industriële activiteiten'. Het plaatsen van financiële middelen die niet gebruikt worden op een depositorekening, zou hieronder kunnen vallen.

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme lezers.

Conclusie

Uit de Beleidsregel en toelichting daarop kan worden geconcludeerd dat na het in werking treden van de Beleidsregel er duidelijkheid zal bestaan voor (tussen)houdstermaatschappijen die de door hen aange trokken gelden uitsluitend uitzetten binnen de groep. Dergelijke (tussen)houdstermaatschappijen worden niet geacht hun bedrijf te maken van het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen en zijn derhalve geen vergunningplichtige kredietinstellingen. Minder duidelijk is wat de situatie is indien een dergelijke (tussen)houdstermaatschappij overtollige kasgelden tijdelijk belegt buiten de groep. Uit de invulling die door DNB aan het begrip cashmanagement wordt gegeven, kan naar mijn mening echter worden geconcludeerd dat ook in dat geval de (tussen)houdstermaatschappij niet geacht wordt 'haar bedrijf te maken van' het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen. Daarmee wordt naar mijn opvatting recht gedaan aan het doel van de Wtk.

Mr. K. Rutten
NautaDutilh