

De definitie van kredietinstelling in het Europese Single Rule Book

prof. dr. Bart P.M. Joosen¹

De doelstelling van het Europese Single Rule Book is te komen tot volledig geharmoniseerde regels voor de financiële markten en uniforme toepassing daarvan in de Europese Unie. Het gevolg hiervan kan zijn dat sommige uit de oorspronkelijke Europese regelgeving afkomstige begrippen opnieuw of anders worden geïnterpreteerd dan vóór de introductie van het Single Rule Book. Dat lijkt ook het gevolg te zijn van een opinie van de European Banking Authority van oktober 2014 over het begrip 'kredietinstelling'. Voor de Nederlandse wetgever, toezichthouder en praktijk betekent dit dat toepassing van de regels betreffende de reikwijdte van het toezicht op banken en de reikwijdte van de in art. 3:5 en 4:3 Wft opgenomen verboden van (bemiddeling bij het) aantrekken van opvorderbare gelden moet worden veranderd.

1. Inleiding

De Nederlandse praktijk heeft al vele decennia moeite met de definiëring van wat nu een 'bank' is. Met andere woorden, welke werkzaamheden van een onderneming kwalificeren als werkzaamheden van een 'kredietinstelling' waarvoor een vergunningplicht en doorlopend banktoezicht geldt? En als een onderneming dan geacht kan worden de werkzaamheden als kredietinstelling uit te oefenen, is er dan wellicht reden om deze onderneming desondanks uit te zonderen of vrij te stellen van het banktoezicht of deze onderneming voor de werkzaamheden een ontheffing te geven? Naast de mogelijke kwalificatie van een onderneming als kredietinstelling, is het ondernemingen die niet als kredietinstelling onder toezicht staan verboden om van het publiek zogenaamde 'opvorderbare' gelden aan te trekken², tenzij dit geschiedt tegen uitgifte van effecten conform hoofdstuk 5.1 van de Wft. In dit artikel wordt uitgegaan van het zuiverder begrip 'kredietinstelling'. In de Nederlandse wetgeving is daarvoor in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht de definitie 'bank' gegeven die luidt: een 'bank' is een 'kredietinstelling als bedoeld in art. 4 van de verordening kapitaalvereisten, met dien verstande dat, tenzij anders bepaald, met een

bank wordt gelijkgesteld de houder van een vergunning als bedoeld in art. 3:4.

In de Nederlandse benadering die werd gevolgd voor de inwerkingtreding van de Verordening kapitaalvereisten³ (naar de Engelstalige uitdrukking Capital Requirements Regulation hierna: CRR), stond bij de reikwijdte van het toezicht centraal welke kwalificatie de wederpartij had waarvan de 'opvorderbare gelden' werden aangetrokken. Was deze wederpartij een 'professionele marktpartij' of behoorde deze tot een 'besloten kring' dan was de onderneming die de opvorderbare gelden aantrok niet verplicht een bankvergunning aan te vragen of zich anderszins aan voorschriften voor banken te houden. In deze benadering is met andere woorden niet van belang wat de onderneming met de aangetrokken opvorderbare gelden doet. De focus ligt in deze benadering op de kwalificatie van de wederpartij van wie de gelden afkomstig zijn.

In veel lidstaten van de Europese Unie is sinds de toepassing in het Europese recht halverwege de jaren zeventig van de definitie 'kredietinstellingen' door de nationale wetgevers en toezichthouders een eigen interpretatie aan dit Europese begrip gegeven. Geen van die 'nationale' interpretaties heeft ooit geleid tot aanpassing van de definities in Europese richtlijnen. Die definitie is met andere

1. Prof. dr. Bart P.M. Joosen is als hoogleraar prudentieel toezichtrecht verbonden aan het centrum voor Financieel recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit van Amsterdam. Hij is daarnaast als advocaat werkzaam in de financieel recht praktijk. Hij is medewerker van het Tijdschrift voor Financieel Recht.

2. En de wettekst bepaalt verder dat het niet is toegelaten opvorderbare gelden 'ter beschikking ter verkrijging of ter beschikking te hebben'.

3. Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) Nr. 648/2012, *PbEU* L. 176 van 27 juni 2013 zoals gerectificeerd door Rectificatie van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, *Pb L.* 321 van 30 november 2013.

woorden in de Europese regelgeving al ongeveer veertig jaar hetzelfde. De per 1 januari 2014 in werking getreden CRR kent een definitie van 'kredietinstelling' die niet (of nauwelijks) afwijkt van de oorspronkelijke definitie van de Eerste Bankenrichtlijn van 1977.⁴ Deze in art. 4, eerste lid onder (1) CRR opgenomen definitie luidt:

'kredietinstelling: een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening'

Het is deze definitie van het Single Rule Book die voortaan binnen de hele Europese Unie geldt ter bepaling van de vergunningplicht van kredietinstellingen en de reikwijdte van het bancaire toezicht. Alle nationale varianten en de in de loop der tijd geëvolueerde definities en gegeven interpretaties verdwenen van de ene dag op de andere en werden alle per 1 januari 2014 vervangen door een definitie die Europa al zeer lange tijd hanteert voor de inrichting en bepaling van de reikwijdte van de regelgeving voor kredietinstellingen. Als het gaat om de interpretatie van het begrip 'kredietinstelling' is tegenwoordig het laatste woord aan de Europese Commissie in verband met het bepaalde in art. 456, eerste lid onder (a) CRR. In die bepaling is de Europese Commissie gemachtigd om gedelegeerde handelingen vast te stellen om definities van (onder meer) art. 4 CRR te verduidelijken.⁵

Dat aan die verduidelijking behoefte bestaat, is gebleken uit een door de Commissie aan de European Banking Authority (hierna: EBA) in oktober 2013 verzocht advies over de interpretatie en de reikwijdte van de definitie 'kredietinstelling'. De EBA opinie 'On matters relating to the perimeter of credit institutions' (hierna: EBA Opinion) en het onderliggende onderzoeksrapport is eind november 2014 gepubliceerd⁶ en zal waarschijnlijk leiden tot een verdere door de Commissie te zetten stap tot verduidelijking van dit centrale begrip van de Europese bankwetgeving. In het onderliggende onderzoeksrapport dat de EBA Opinion schraagt is aan

de aan de hand van een enquête bij alle lidstaten in kaart gebracht welke onderdelen van de definitie 'kredietinstelling' in die lidstaten in het verleden tot onduidelijkheden hebben geleid.

2. Oorspronkelijke Nederlandse definitie

a. De oude Wft-definitie

In de tekst van de Wft tot aan de inwerkingtreding van de CRR is een 'bank'⁷ gedefinieerd als:

'degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen'

Nagenoeg ieder woord van deze definitie is in Nederland in de loop der jaren voorwerp geweest van debat, nadere uitleg door de wetgever en toezicht- houder- en beleidsregels. Hierna zetten we enkele verschillen en overeenkomsten van het begrip 'bank' zoals gedefinieerd in art. 1:1 Wft en 'kredietinstelling' zoals gedefinieerd in art. 4 (1) CRR op een rij.

b. 'Onderneming' versus 'degene'

In de CRR-definitie wordt gesproken over 'een onderneming' en in de Nederlandse definitie over 'degene'. Het begrip 'degene' is in zijn aard ruimer dan 'een onderneming' en is in ons land bij gelegenheid van de invoering van de Wft geïntroduceerd ter vervanging van het in de Wtk 1992 nog voorkomende begrip 'een onderneming'. 'Degene die' werd door de wetgever geïntroduceerd ter harmonisatie van terminologie afkomstig uit de Europese verzekeringsrichtlijnen. Er is indertijd geen inhoudelijke wijziging beoogd, zodat dit van de oorspronkelijke Nederlandse definitie afwijkende onderdeel van de CRR-definitie de praktijk niet voor de voeten zal lopen.

4. De Eerste Richtlijn 77/780/EEG van de Raad van 12 december 1977 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, *Pb* EEG Nr. L. 322 van 17 december 1977 definieert in art. 1 een 'kredietinstelling' als: 'een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening'.

5. En, indien in een bepaalde geval een geschil ontstaat over deze interpretatie, is het uiteraard aan het Europese Hof van Justitie om finaal uitsluitsel te geven.

6. 'Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institutions', EBA/Op/2014/12 van 27 november 2014 en 'Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States', EBA Report 27 November 2014.

7. In Nederland is in 2011 het begrip 'bank' geïntroduceerd ter vervanging van de ingewikkelde onderverdeling van verschillende kredietinstellingen in de 'klassieke bank' en de 'elektronisch geldinstelling' die in Wtk 1992 tot 2007 ook als 'kredietinstelling' werd aangemerkt. Bij Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (*Pb* EU L 267), *Stb.* 2011, 670, inwerkingtreding 1 januari 2012, is definitief afscheid genomen van het gebruik van het begrip 'kredietinstelling' en is een bank gedefinieerd zoals in het lichaam van de tekst van deze paragraaf weergegeven en een 'elektronischgeldinstelling' kent zijn eigen definitie.

c. 'Buiten besloten kring', 'professionele marktpartijen' en 'publiek'

Vervolgens is er in de Nederlandse wettelijke definitie sprake van het samenstel van begrippen 'buiten besloten kring' en 'professionele marktpartijen' die een nadere interpretatie dienden te geven aan het van oudsher in de Europese definitie voorkomende begrip 'publiek'. Rondom deze begrippen is er in Nederland altijd veel te doen geweest.⁸ 'Besloten kring' was in de Wft gedefinieerd om bepaalde activiteiten die bijvoorbeeld binnen verenigingsverband worden uitgeoefend buiten de reikwijdte van het toezicht op banken te houden. Ook geldt dat transacties binnen een groep van ondernemingen binnen dit begrip 'besloten kring' konden vallen. De definitie 'professionele marktpartijen' is wellicht een van de meest bediscussieerde begrippen uit de Wft. De in Nederland met het begrip 'professionele marktpartijen' beoogde begrenzing van de toepasselijkheid van het verbod om zonder vergunning de activiteit van een kredietinstelling/bank uit te oefenen, zal ook in de toekomst relevant blijven. Echter, hiervoor geldt dat binnen de Nederlandse praktijk afstand zal moeten worden genomen van het bepaalde in art. 1:1 Wft waarin het begrip 'professionele marktpartijen' nog wel is gedefinieerd tezamen met de nadere aanwijzing van dat begrip in art. 3 van het Besluit definitiebepalingen Wft, terwijl dit begrip in de materieelrechtelijke regelingen niet meer voorkomt. De begrippen 'besloten kring' en 'professionele marktpartijen' hebben hun betekenis voor het Nederlandse recht verloren. De in de definitie van het Single Rule Book opgenomen begrippen 'van het publiek' zullen voortaan moeten worden gehanteerd. Tegelijkertijd zullen we ook zien dat in de Europese verhoudingen het al dan niet 'aantrekken van het publiek' in feite niet zo heel relevant wordt gevonden voor de vraag of er wellicht sprake is van de noodzaak tot het onderwerpen van ondernemingen aan het bankentoezicht.

d. 'Ter beschikking verkrijgen' en 'aantrekken'

Een verder verschil tussen Wft-definitie en CRR-definitie betreft het volgende. In de Nederlandse Wft-tekst werd uitgegaan van het begrip 'ter beschikking verkrijgen' (van opvorderbare gelden) en in de CRR-tekst is dat tegenwoordig omschreven als 'aantrekken' (van deposito's en van andere terugbetaalbare gelden). Er is verschil tussen beide begrippen, waarbij het oorspronkelijke Nederlandse begrip een veelomvattender betekenis heeft. Daaronder wordt namelijk ook verstaan dat het niet alleen moet gaan om het verkrijgen van de gelden (het in de CRR bedoelde 'aantrekken'), maar ook het verkrijgen van de verplichting tot het terugbetalen van de gelden (ook al worden zij niet daadwerkelijk ontvangen). Een dergelijke verplichting kan ontstaan als gevolg van het aanbieden van obligaties, het

sluiten van leenovereenkomsten, schuld- of contractoverneming.⁹ Daar waar andere tekstdelen van de CRR-definitie (in vergelijking met de oude Nederlandse definitie) een bredere reikwijdte lijken te veroorzaken, is er op dit vlak wat de CRR-definitie betreft dus een inperking van de reikwijdte. Mijns inziens is dit geen onderwerp dat door een nadere uitleg in een technische uitvoeringsverordening van de Europese Commissie op grond van art. 456 CRR kan worden geadresseerd. Voor de praktijk in Nederland zal dus voortaan gewerkt moeten worden met de beperktere reikwijdte door het begrip 'aantrekken'.

e. 'Depositō's of van andere terugbetaalbare gelden' en 'opvorderbare gelden'

In de CRR-definitie wordt gebruik gemaakt van het samenstel 'depositō's of van andere terugbetaalbare gelden', terwijl de oorspronkelijke Wft-definitie uitging van 'van opvorderbare gelden'. Dat begrip wordt in ons land overigens nog steeds gebruikt voor de redactie van art. 3:5 Wft, maar op grond van de bij gelegenheid van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten¹⁰ in art. 1:1 gewijzigde definitie 'opvorderbare gelden' wordt ten aanzien van dit begrip terugverwezen naar de definitie van 'kredietinstelling' in de CRR. Onder beide begrippen dient derhalve hetzelfde te worden verstaan. In de hierna volgende paragraaf zal in elk geval nog een verdieping van dit punt worden gegeven, omdat in het EBA-onderzoek naar voren komt dat er op dit vlak in de Europese Unie wel veel onduidelijkheid is. Ook ten aanzien van 'depositō's' wordt er in het EBA-onderzoek nog een nadere beschouwing gegeven.

f. 'Verlenen van kredieten voor eigen rekening'

In de Nederlandse Wft-definitie werd ten aanzien van de kredietverlening gesproken over 'en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzet-

8. Zie: Memorie van toelichting in de Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 166.

9. Zie: Memorie van toelichting in de Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 169.

10. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176) (Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2014, 253 inwerkingtreding op 1 augustus 2014 ingevolge de inwerkingstredingsregeling opgenomen in het Besluit van 15 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten en het Implementatiebesluit richtlijn en verordening kapitaalvereisten, *Stb.* 2014, 304.

tingen' terwijl het in de CRR-definitie gaat om 'en het verlenen van kredieten voor eigen rekening'. Geen besprekingswaardig tekstueel verschil. Wel moet ook ten aanzien van dit fragment van de definitie van de CRR worden vermeld dat in het verleden in Nederland nadere uitleg is gegeven aan enkele tekstelementen van deze passage uit de definitie van 'kredietinstelling' van de CRR.¹¹

g. 'Waarvan de werkzaamheden bestaan uit' en 'zijn bedrijf maken van'

In de CRR-definitie wordt, ten slotte, bepaald dat het moet gaan om een onderneming 'waarvan de werkzaamheden bestaan in' en in de oude Wft-definitie van 'Degene die zijn bedrijf maakt van'. De (oude) Nederlandse regeling en de CRR-definitie wijken in dit opzicht dus substantieel af. Het 'zijn bedrijf maken van' is in Nederland indertijd in de wettekst ingevoerd ter codificatie van het beleid van DNB opgenomen in de Beleidsregel 2005, kernbegrippen, markttoetreding en handhaving Wtk 1992.¹² Het beleid van DNB was er op gericht om al diegenen die zich met de activiteit van 'opvorderbare gelden' bezighielden, dat moesten doen als een zelfstandig identificeerbare activiteit en niet slechts ter ondersteuning van hoofdactiviteiten. Voor de strafrechtelijke vervolging van overtreding van deze verbodsbepaling moest in overeenstemming met

jurisprudentie van de Hoge Raad, sprake zijn van 'geregeld en stelselmatig' aantrekken van opvorderbare gelden.¹³ DNB hanteerde op dat vlak (voor de toezichtpraktijk) een ruimere interpretatie, in die zin dat van het 'bedrijf maken van' ook reeds sprake kon zijn bij 'incidentele activiteiten in het kader van enige onderneming of activiteit'.¹⁴

h. Tussenconclusie

Het moet worden geconstateerd dat de praktijk opnieuw wordt geconfronteerd met onduidelikheden en onzekerheden wat betreft de reikwijdte van het toezicht op kredietinstellingen. Uit bovenstaand overzicht blijkt dat tal van interpretatiekwesies over de CRR-definitie 'kredietinstelling' kunnen ontstaan waarbij onduidelijk is in hoeverre in Nederland uitgekristalliseerde interpretaties en door wetgever en DNB geaccepteerde begrenzingen in de toepassing van het toezicht op banken, ook in de nieuwe situatie na invoering van de CRR mogen worden gehanteerd. Bij de totstandkoming van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten werd er door de minister van Financiën nog van uitgegaan dat er wat Nederland betreft uitgegaan kan worden van de oude interpretaties en de aan de definitie van kredietinstelling gegeven reikwijdte. De Minister betoogt:

*'Met betrekking tot de definitie van 'bank' in de wet wordt voorgesteld om rechtstreeks te verwijzen naar de definitie van 'kredietinstelling' in de verordening. Tevens wordt voorgesteld om het element 'van het publiek' uit de omschrijving van 'kredietinstelling' in de verordening, in de wet niet meer in te vullen met het begrip-paar 'buiten besloten kring, van anderen dan professionele marktpartijen'. Er wordt daarom in verschillende onderdelen voorzien in de vervanging van dit begrippenpaar door het begrip 'publiek' uit de verordening, althans daar waar in de wet gesproken wordt over het aantrekken van kredieten. [...] Zolang een nadere invulling op Europees niveau van de begrippen 'publiek' en 'opvorderbare gelden' nog geen beslag heeft gekregen, ligt het in de rede dat de huidige nationale invulling van deze begrippen relevant zal blijven voor de toepassing en uitleg ervan.'*¹⁵

Met de publicatie van de EBA Opinie en de te verwachten vaststelling van nadere regels door de Europese Commissie als gevolg van die EBA Opinie is een nieuw feit ontstaan, waardoor niet langer kan worden vastgehouden aan de oude Nederlandse interpretaties en daaruit voortvloeiende reikwijdte. Opvallend is wel dat de Minister in de Memorie van Toelichting bij de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten uitsluitend verwijst naar de eventuele verschillen van uitleg die

-
11. Volledigheidshalve geven we de desbetreffende passages uit de memorie van Toelichting op het oorspronkelijk in de Wft gedefinieerde begrip 'bank' nog weer. Onder 'voor eigen rekening' moet worden verstaan: 'indien een rechtspersoon of natuurlijke persoon zelf het financieel risico loopt van zijn kredietuitzettingen. Voorts is er sprake van handelen 'voor eigen rekening' indien de rechtspersoon of natuurlijke persoon zelf een winst- of verliesgerelateerde vergoeding ontvangt met betrekking tot zijn kredietuitzettingen. Een rechtspersoon of natuurlijke persoon die zijn winst uiteindelijk als dividend aan anderen ten goed[e, toev. BPMJ] laat komen, handelt in beginsel met een winst oogmerk en dus 'voor eigen rekening'. En onder het begrip 'kredietuitzettingen' moet worden verstaan: 'met het doel daardoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. Of het verstrekken van gelden tot doel heeft het verkrijgen van op geld waardeerbare voordelen [wordt, toev. BPMJ] van geval tot geval beoordeeld. Aan de Beleidsregel 2005 kernbegrippen markttoetreding en handhaving Wtk 1992 kunnen wel een aantal indicatoren worden ontleend. Indien aan het tegoed meer dan een verwaarloosbare rentevergoeding gekoppeld is, indien het tegoed dient als zekerheid voor bestaande of toekomstige schulden van de geldgever of gerelateerde partijen, of indien als gevolg van het tegoed aan de geldgever of gerelateerde partijen faciliteiten of andere voordelen (bijvoorbeeld het kunnen schrijven van opties of het in rekening brengen van lagere tarieven voor diensten van de geldnemer worden toegekend), dan kan hierin een aanwijzing worden gevonden voor het streven naar op geld waardeerbare voordelen.' Zie: Memorie van toelichting opgenomen in de Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 169.
12. *Strct.* 2004, nr. 254.

13. Zie: HR 27 maart 2001, *JOR* 2001/98.

14. Zie Beleidsregel 2005.

15. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. 3, p. 30 en 31.

zouden kunnen bestaan ten aanzien van de begrippen 'publiek' en 'opvorderbare gelden'. Er is in het verleden, zoals uit bovenstaande inleiding blijkt, in Nederland over meer onderdelen van de definitie kredietinstelling gedebatteerd.

Het is voornamelijk ten aanzien van het element 'waarvan de werkzaamheden bestaan in' in de CRR-definitie 'kredietinstelling' dat er in Europa een nadere duiding volgt die aansluit bij datgene wat in het verleden in Nederland door toezichthouder, wetgever en de hoogste rechter in strafzaken is bepaald ten aanzien van 'het bedrijf maken van' in de oorspronkelijke Nederlandse definitie. Het is naar mijn mening ten aanzien van deze begrippen dat, zoals hierna zal worden besproken, voortaan in Nederland de afbakening van de reikwijdte van de voorschriften van art. 2:11 Wft (vergunningsplicht) en 3:5 Wft (verbod aantrekken opvorderbare gelden) moet worden gezocht.

3. Omzetting in Nederland van definities van de Europese regelgeving

De hiervoor aangehaalde definitie van kredietinstelling in de CRR vervult een belangrijke rol bij de afbakening van de regels voortvloeiend uit de CRR, maar ook de regels uit de Richtlijn kapitaalvereisten¹⁶ (hierna naar de Engelstalige aanduiding Capital Requirements Directive IV, hierna: CRD IV). Ingevolge art. 4, eerste lid onder (3) CRR is een 'instelling' een 'kredietinstelling of een beleggingsonderneming'. Het begrip beleggingsonderneming zoals bedoeld in de CRR heeft een eigen definitie die we in dit artikel niet verder zullen bespreken.¹⁷

16. Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* L. 176 van 27 juni 2013. In deze Richtlijn wordt in art. 3, eerste lid bepaald: Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities: (1) 'kredietinstelling': een kredietinstelling als bedoeld in artikel 4, lid 1, punt 1) van Verordening 575/2013. Daarmee is de cirkel rond, omdat de richtlijnbevestigingen verwijzen naar de definitie van de CRR, is de CRR definitie de te hanteren regeling ook voor de omzetting van de richtlijnbevestigingen in het nationale recht van de Lidstaten.

17. Voor beleggingsondernemingen is er in de Wft een zeer grote reeks bepalingen opgenomen die verwijzen naar de CRR ter afbakening van de regelingen van het prudentieel toezicht en de regelingen van het gedragstoezicht financiële ondernemingen. Wat betreft de regelingen van het prudentieel toezicht is er namelijk sprake van een kleinere deelverzameling beleggingsondernemingen die zijn onderworpen aan de bepalingen van de CRR en CRD IV, terwijl voor de regelingen van het gedragstoezicht financiële ondernemingen zoals geregeld in Deel 4 Wft de reikwijdte van de MiFID richtlijn geldt. Zo is in de Nederlandse wetgeving een tweetal typen 'beleggingsondernemingen' ontstaan, namelijk de 'beleggingsonderne-

De meeste bepalingen van de CRR zijn gericht tot 'instellingen' en een en ander betekent derhalve dat die bepalingen zowel van toepassing zijn op kredietinstellingen als op beleggingsondernemingen in de zin van de CRR. De bepalingen van de CRR hebben rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde en de uit die bepalingen voortvloeiende reikwijdte geldt derhalve ook voor de bevoegde autoriteiten in Nederland en in dit land gevestigde ondernemingen of in Nederland woonachtige burgers.

Door de kruisverwijzing in art. 3 CRD IV naar de definities 'kredietinstelling', 'beleggingsonderneming' en 'instelling' van art. 4 CRR, is ten aanzien van de richtlijntekst die in de nationale wetgeving moest worden omgezet eveneens het definitieapparaat van de CRR van toepassing verklaard. Dat betekent derhalve dat de nationale wetgeving van de lidstaten van de EU voortaan eveneens uit dient te gaan van de definiëring van 'kredietinstelling' zoals bepaald in het Single Rule Book. En waar in die nationale wetgeving een andere definitie was gegeven van 'kredietinstelling', diende die andere definitie te worden vervangen door de Europese Single Rule Book definitie van art. 4 CRR.

In Nederland is er bij de omzetting van CRD IV door middel van de bepalingen van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten gekozen voor een halfslachtige oplossing. Ten aanzien van de bepaling van de definitie 'kredietinstelling' is een directe kruisverwijzing naar de CRR-definitie 'kredietinstelling' opgenomen in de definitie 'bank'. Voor het consequent vervangen van 'bank' door 'kredietinstelling' wat een zuiverder toepassing van het Europese recht zou hebben betekend is door de Nederlandse wetgever niet gekozen. Het zou namelijk het omkeren van de omvangrijke wetwijzigingen betekenen die ingaande 1 januari 2012 zijn ingevoerd bij gelegenheid van de implementatie van de EGI II richtlijn¹⁸ en waarbij alle Nederlandse wetten waar het begrip 'kredietinstelling' voorkwam (het zijn vele tientallen wetten, niet alleen de Wft) zijn aangepast om het begrip 'bank' in te voeren.

Daarnaast is zoals hiervoor is aangestipt, het begrip 'opvorderbare gelden' nader gedefinieerd door dit in art. 1:1 Wft te omschrijven als 'deposito's of andere terugbetaalbare gelden als bedoeld in de definitie van kredietinstelling in art. 4 van de verordening kapitaalvereisten'. Het begrip 'opvorderbare gelden' heeft geen betekenis voor het begrip 'kredietinstelling', maar heeft uitsluitend nog een betekenis voor de bepalingen van art. 3:5 Wft en 4:3 Wft. Voor de nadere invulling van de verboden van art. 3:5 en 4:3 Wft werd de constructie 'buiten besloten kring van anderen dan professionele markt-

ming in de zin van de verordening kapitaalvereisten' (zie bijvoorbeeld het belangrijke art. 3:18a waarin dit begrip wordt gehanteerd) en de 'gewone' beleggingsonderneming in de zin van MiFID.

18. Richtlijn nr. 2009/110/EG. Zie voetnoot 6 voor een verdere bespreking van deze wetgevingsoperatie.

partijen' verwijderd en werd een tekst gegeven die enigszins aansluit bij de tekst van art. 9 CRD IV, maar waarbij enkele andere 'oude elementen' van de Nederlandse regeling zijn gehandhaafd.

Terwijl als gevolg van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten de definitie 'besloten kring' uit art. 1:1 Wft is verwijderd, is het begrip 'professionele marktpartijen' nog wel gehandhaafd. In geen van de bepalingen van de Wft komt dit begrip echter nog voor. Het moet er daarom op worden gehouden dat dit verder een schrijffout is en dat de definitie 'professionele marktpartijen' verder geen betekenis meer heeft.

4. EBA Opinion on the 'perimeter of the definition credit institution'

a. Inleiding

Op 23 oktober 2013 landde bij EBA een verzoek van de Europese Commissie tot het uitvoeren van een allesomvattende studie betreffende de juridische en 'kwantitatieve aspecten' betreffende 'kredietinstellingen' en andere ondernemingen die bancaire activiteiten uitoefenen. Deze studie moet worden geplaatst in de context van het onderzoek naar 'shadow banking' waarover op 4 september 2013 de Commissie een Mededeling 'Schaduwbankieren – Het aanpakken van nieuwe bronnen van risico in de financiële sector'¹⁹ publiceerde. Naar aanleiding van dit verzoek is door EBA bij de bevoegde autoriteiten in alle lidstaten (in ons land is dat DNB) een onderzoek ingesteld naar de interpretatie van het begrip 'kredietinstelling' in de praktijk. Dat onderzoek heeft geleid tot een eerste rapport van EBA aan de Europese Commissie op 16 april 2014.

Naar aanleiding van dat rapport heeft de Europese Commissie op 3 juni 2014²⁰ aan EBA een nader verzoek tot het doen van onderzoek gedaan. Dat onderzoek is naar de vraag wat de gevolgen zijn van de verhuizing van de definitie van 'kredietinstelling' van Richtlijn 2006/48/EG (die in de Nederlandse wetgeving tot 1 augustus 2014 werd aangeduid met de 'herziene richtlijn banken') naar art. 4 CRR voor ondernemingen die geen 'kredietinstelling' meer zijn zoals dat begrip is gedefinieerd in de CRR, maar wel bancaire werkzaamheden verrichten.

De vraagstelling van de Europese Commissie aan EBA in het verzoek van 3 juni 2014, kwam er in feite op neer dat gezocht werd naar de implicaties van het ontbreken van toezicht op bepaalde ondernemingen die zich met 'quasi-bankactiviteiten' bezig houden, maar niet vallen binnen de definities van

de Europese wet- en regelgeving voor het prudentieel toezicht.²¹ Een en ander is tevens aangevuld met een vraagstelling over de toepassing van de regels van het toezicht op geconsolideerde basis door de prudentiële toezichthouders in de lidstaten, waardoor vanuit het perspectief van het toezicht op geconsolideerde basis wellicht compensatie voor het ontbreken van toezicht op de individuele instelling zou kunnen bestaan.

Een andere vraag betrof de toereikendheid van de toezichtregels voor AIFMD- en UCITS-beleggingsinstellingen wanneer dergelijke beleggingsinstellingen betrokken zijn bij 'quasi-bancaire-activiteiten'. Voorts werd op 2 september 2014 de vraagstelling uitgebreid met een vraag een overzicht te geven van de achtergronden van uitsluiting van het prudentieel toezicht van de instellingen die zijn genoemd in artikelen 2, vijfde lid en 9, tweede lid CRD IV. Het gaat daarbij in Nederland bijvoorbeeld om een aantal (regionale) ontwikkelingsbanken die in deze CRD IV bepalingen zijn genoemd als van het prudentieel toezicht uitgezonderde instellingen. In dit artikel wordt uitsluitend ingegaan op het hoofdstuk in het EBA-rapport over het begrip 'kredietinstelling'.

b. Resultaten van het EBA-onderzoek naar de uitleg van 'kredietinstelling'

De EBA constateert dat de belangrijkste dragende elementen van de definitie 'kredietinstelling' als zodanig niet zijn gedefinieerd in de CRR. Het gaat daarbij om de elementen 'deposito's', 'andere terugbetaalbare gelden', 'verlenen van kredieten' en 'van het publiek'. Het hebben van duidelijkheid over deze begrippen is volgens de EBA van belang in verband met de noodzaak om tot een uniforme toepassing te komen van het regime dat is neergelegd in de CRR en in de CRD IV. De maximum harmonisatie die wordt beoogd met de CRR (lees de ambitie om te komen tot een daadwerkelijk Single Rule Book), zou zich verzetten tegen verschillende uitleg in de lidstaten van de verschillende elementen van de definitie 'kredietinstelling'.

Zo'n verschillende uitleg zou namelijk gevolgen kunnen hebben voor toepassing van een verschillende reikwijdte in de lidstaten van de prudentiële normen van de CRR. Bovendien speelt de definitie 'kredietinstelling' een belangrijke rol bij de toepassing van de bepalingen uit andere Europese

19 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, Brussel, 4 september 2013 COM (2013) 614 FINAL.

20 Zie voor de achtergronden en volledige weergave van de geschiedenis, EBA 'Report to the European Commission on the perimeter of credit institutions established in the Member States', 27 november 2014, via www.eba.europa.eu/documents, geraadpleegd op 14 april 2015.

21. Daarin werd uitgegaan van een brede definitie van prudentieel toezicht. Het hoefde daarbij niet per definitie te gaan om toezicht dat op banken/kredietinstellingen werd uitgeoefend. Bijvoorbeeld wordt onder prudentieel toezicht ook verstaan het toezicht op MiFID-beleggingsondernemingen, verzekeraars of beleggingsinstellingen. Zie de formulering in het EBA Rapport, 'Part 1 required the competent authorities to identify the prudential requirements imposed on entities 'genuinely in the shadows' that is: entities that are established in the Member States and carry on bank-like activities within the scope of credit intermediation but are not subject to entity-specific (i.e. solo) prudential requirements under EU-measures.

regelingen. De EBA noemt daarbij de Richtlijn depositogarantiestelsel²², de BRRD²³, het Single Supervisory Mechanism²⁴ en het Single Resolution Mechanism.²⁵ Wat de EBA in het rapport niet noemt, maar wat van fenomenaal belang is, betreft de toepassing van de monetaire beleidsinstrumenten door de Europees Centrale Bank (hierna: ECB), bijvoorbeeld de reserveverplichtingen van kredietinstellingen op grond van Verordening (EG) nr. 1745/2003²⁶ die opgelegd worden aan 'kredietinstellingen' zoals deze ondernemingen zijn gedefinieerd in de regels van het banktoezicht. Ook de monetaire beleidsinstrumenten die leiden tot korte of lange termijn financiering door de ECB zijn geschreven met het begrip 'kredietinstelling' voor het toepassingsbereik. Ondernemingen die geen 'kredietinstelling' zijn als bedoeld in de regelingen van het prudentiële toezicht, zijn uitgesloten van de gewone en buitengewone financieringsoperaties van de ECB.

EBA constateert dat er aan enkele van de kernelementen van de definitie 'kredietinstelling' een verschillende interpretatie wordt gegeven binnen de lidstaten. Daarbij merkt de EBA op dat het niet duidelijk is geworden aan de hand van het onderzoek, of die verschillende uitleg in de lidstaten leidt tot een groot verschil in de definiëring van de kring van ondernemingen die wel en die welke niet aan banktoezicht zijn onderworpen. Het enkele feit dat er verschillende interpretaties bestaan, is voor EBA in elk geval aanleiding om een opinie uit te brengen aan de Europese Commissie. De inhoud en strekking van die opinie wordt hierna nog besproken. Eerst dienen we nog in te gaan op de verschillende elementen waarvan is geconstateerd dat deze leiden tot verschillende interpretatie.

22. Richtlijn 2014/49/EU van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels, *PbEU* L. 173 van 12 juni 2014.

23. Richtlijn 2014/59/EU van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* L. 173, van 12 juni 2014.

24. Waarvan het raamwerk is neergelegd in Verordening (EU) nr. 1024/2013 van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentiële toezicht op kredietinstellingen, *PbEU* L. 287, van 29 oktober 2013.

25. Waarvan het raamwerk is neergelegd in Verordening (EU) nr. 806/2014 van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk afwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010, *PbEU* L. 225 van 30 juli 2014.

26. *PbEU* L. 250 van 2 oktober 2003.

De eindconclusie van het onderzoek dat EBA heeft ingesteld, is dat er binnen de lidstaten een verschillende interpretatie of definitie wordt gegeven aan de volgende elementen:

- 'Deposito' en 'andere terugbetaalbare gelden';
- 'Verlenen van kredieten';
- 'het verband tussen het aantrekken van deposito's of andere terugbetaalbare gelden' en het 'verlenen van kredieten'.

EBA constateert dat er ten aanzien van het begrip 'van het publiek' in geen enkele lidstaat een nadere definitie is gegeven, en dat er daarom geen sprake lijkt te zijn van een verschillende uitleg. Wel constateert EBA dat er in een aantal lidstaten drempels zijn gedefinieerd, die bijvoorbeeld bepalen dat slechts sprake is van een voor de definiëring relevant aantrekken van 'deposito's', wanneer dit geschiedt van tenminste een in de desbetreffende lidstaat regelgeving genoemd aantal partijen. EBA verwerpt deze methode, omdat ook wanneer deposito's slechts van een beperkt aantal partijen worden aangetrokken, er sprake kan zijn van een noodzaak de desbetreffende onderneming als kredietinstelling onder toezicht te plaatsen.

Deze uitkomst van het door EBA ingestelde onderzoek verbaast, omdat nu juist in Nederland het begrip 'van het publiek' al enkele decennia een controversiële kwestie is geweest. Die heeft op den duur geleid tot allerlei specifieke beleidsregels van DNB, vrijstellingsregelingen en uiteindelijk een wettelijke verankering van de alternatieve definitie voor het Nederlandse recht. Door het gebruik van de begrippen 'buiten besloten kring van anderen dan professionele marktpartijen' werd het als onduidelijk gepercipieerde 'publiek' gepareerd. Maar als men de resultaten van het onderzoek van de EBA bekijkt en de landen-specifieke informatie die is opgenomen in de bijlage bij het EBA-rapport, ziet men bij Nederland geen enkele referentie naar deze interpretatiekwestie. Terwijl in dat landen-specifieke rapport voor Nederland wel tal van andere punten die van belang zijn voor de Nederlandse omgeving worden aangehaald en besproken.²⁷ Er is dus Nederlandse inbreng geweest, maar niet op het punt van de interpretatie van 'van het publiek'.

c. De EBA Opinie naar aanleiding van het onderzoek

In een afzonderlijk document 'Opinion of the European Banking Authority on matters relating to the perimeter of credit institutions' gebaseerd op art. 34 van de EBA-Verordening²⁸ bracht de EBA op 27 november 2014 een opinie uit aan de Europese

27. Bijvoorbeeld in voetnoot 86 bij het EBA rapport wordt het regime van de 'opt-in' banken (dat zijn banken die op grond van art. 3:4 Wft een vergunning als bank hebben verkregen ook al voldoen zij niet aan de definitie van 'kredietinstelling' toegelicht, waarbij een nadere verwijzing staat naar het begrip publiek wat geduid wordt door de rapporteur voor Nederland als 'niet zijnde professionele partijen'.

28. Verordening (EU) nr. 1093/2010.

Commissie over de wenselijke vervolgstappen op het vlak van de uitleg van het begrip 'kredietinstelling'. EBA constateert in de opinie:

- Er een groot belang is dat het begrip 'kredietinstelling' binnen de Europese Unie op een eenduidige wijze wordt geïnterpreteerd, gezien het gewicht dat dit begrip heeft in de toepassing van diverse Europese regelingen;
- Er een risico is dat door de verschillende interpretaties die in de lidstaten worden gehanteerd het fundament van het Single Rule Book wordt ondermijnd; en
- Gezien het belang om consumenten en investeerders te beschermen, de financiële stabiliteit te bewaken en te bouwen aan het herstel van het vertrouwen in het financiële systeem wordt aanbevolen dat de Commissie een nadere uitleg geeft aan (bepaalde onderdelen) van de definitie 'kredietinstelling'.

Deze opinie zal waarschijnlijk leiden tot een nadere uitleg van de Europese Commissie van het begrip 'kredietinstelling', of een aanpassing van de CRR door daar een aantal nadere definities van elementen van de definitie 'kredietinstelling' in te voeren. In het hierna volgende deel van dit artikel wordt nog kort stilgestaan bij de elementen die zullen leiden tot die nadere uitleg van de Europese Commissie.

5. Het begrip 'Deposito'

In de EBA-Opinie wordt uitsluitend aanbevolen om een nadere definitie te ontwerpen van 'deposito's' en van 'andere terugbetaalbare gelden'. Ten aanzien van de andere elementen van de definitie volgt er geen concrete aanbeveling tot definiëring. Wat betreft 'deposito's' wordt door de EBA aanbevolen om te komen tot een definitie die nauw aansluit bij de definiëring van dat begrip zoals dat wij dat in Nederland zullen herkennen als de wijze waarop het begrip 'opvorderbare gelden' in het verleden is uitgelegd. Ik geef hierna een vertaling weer van de integrale aanbeveling van de EBA tot definiëring van dit begrip:

In de definitie van 'deposito' zouden de volgende kern-elementen moeten voorkomen. Het moet gaan om:

- een geldbedrag;
- terugbetaalbaar op verzoek of op een contractueel overeengekomen tijdstip;
- terugbetaling van de hoofdsom is wat betreft het tijdstip van terugbetalen (overigens) onvoorwaardelijk;
- al dan niet met vergoeding van rente of een premie;
- ontvangen van derden (natuurlijke personen of rechtspersonen);
- bedrijfsmatig ontvangen.

Uitgesloten van de definitie 'deposito's' dienen (bijvoorbeeld) te worden:

- voorschoten of aanbetalingen in het kader van een voorgenomen afname van goederen of diensten;
- verschaft zekerheid in de vorm van storting in contanten.

In elk geval wordt hiermee door EBA bevestigd dat voor het definiëren van dit begrip geen aansluiting zou moeten worden gezocht bij de Richtlijn depositogarantiestelsels. Wanneer die aansluiting wel zou zijn gezocht zou er een sterke vernauwing hebben plaatsgevonden van de reikwijdte van het banktoezicht. In feite zouden dan nog uitsluitend ondernemingen die deposito's aantrekken van de particuliere consument binnen het bereik van de definitie 'kredietinstelling' vallen. Deze door EBA gegeven (impliciete) uitleg stemt ook overeen met de in ons land door de minister van Financiën gegeven duiding van het begrip 'deposito'. Dat begrip is in de Wft afzonderlijk gedefinieerd²⁹ en ten aanzien van het verschil tussen het in de Wft gedefinieerde begrip 'deposito' en dat begrip in de definitie 'kredietinstelling' in de CRR zegt de Minister in de Memorie van toelichting bij de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten:

*'Het begrip 'opvorderbare gelden' in de Wft wordt gehandhaafd. In plaats van het schrappen van dat begrip, wordt voor de definiëring ervan rechtstreeks verwezen naar het begrip 'deposito's en andere terugbetaalbare gelden' als onderdeel van de definitie van 'kredietinstelling' in de verordening. Hiermee wordt voorkomen dat er samenloop ontstaat met het begrip 'deposito' zoals dat reeds in de wet wordt toegepast en dat reeds in artikel 1:1 is gedefinieerd. Die toepassing van het begrip 'deposito' hangt namelijk niet samen met de richtlijn en verordening kapitaalvereisten.'*³⁰

Voor de definiëring wat een kredietinstelling is geeft de EBA een zo breed mogelijke definitie van 'deposito' en zijn de uitsluitingen van dat begrip (waarborgsommen, voorschoten en dergelijke) beperkt. Daarmee wordt door de EBA de reikwijdte van het toezicht op kredietinstellingen breed getrokken. In zijn aard zou door deze ruime uitleg van de EBA zelfs een onderneming die bijvoorbeeld uitsluitend deposito's zou aantrekken van onder-

29. De definitie van 'deposito' in art. 1:1 Wft luidt: 'een tegoed dat wordt gevormd door op een rekening staande gelden of dat tijdelijk uit normale banktransacties voortvloeit, en dat een bank onder de toepasselijke wettelijke en contractuele voorwaarden dient terug te betalen, alsmede schulden belichaamd in door een bank uitgegeven op naam gestelde schuldbewijzen, met uitzondering van obligaties die voldoen aan de voorwaarden van art. 52, vierde lid, van de richtlijn instellingen voor collectieve beleggingen in effecten'. Het begrip wordt, onder meer, gebruikt om te komen tot definiëring van een 'significant bijkantoor' en het marktaandeel van dat bijkantoor in Nederland wat betreft aangehouden deposito's (art. 1:51c Wft), de regelingen betreffende interventie door DNB uit hoofde van art. 3:159a e.v. Wft en de overdracht van portefeuilles deposito's in het kader van de opvang en de regelingen voor het depositogarantiestelsel (art. 3:258 en volgende Wft).

30. Memorie van toelichting, *Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3, p. 30.*

nemingen die zelf onder toezicht staan als bank, binnen het bereik van de definitie 'kredietinstelling' vallen. Hierin is derhalve een uitbreiding te lezen van de reikwijdte in vergelijking met de 'oude' interpretatie die in Nederland werd gegeven aan het begrip 'bank'. Immers onder de oude voor 1 augustus 2014 in de Wft opgenomen definitie, zou het aantrekken van deposito's van banken gelden als het aantrekken van deposito's van professionele marktpartijen. In dat geval zou niet worden toegekomen aan de kwalificatie van een dergelijke instelling als een 'bank'.

6. De begrippen 'Andere terugbetaalbare gelden'

Ook al is een onderneming niet betrokken bij het aantrekken van deposito's, dan kan er sprake zijn van het aantrekken van andere terugbetaalbare gelden. Voor dat begrip is in de EBA Opinie eveneens een nadere uitleg gegeven. Vrij vertaald naar het Nederlands stelt EBA voor om dit begrip nader te definiëren als:

'obligaties en andere vergelijkbare effecten zoals verhandelbare 'certificates of deposit' onder de voorwaarde dat er sprake is van voortdurende uitgifte hiervan door de desbetreffende onderneming'.

Met deze nadere verduidelijking beoogt EBA aan te sluiten bij de praktijk, waarbij banken worden gefinancierd door middel van voortdurende uitgifte van obligaties op de kapitaalmarkten. Een onderneming die bijvoorbeeld geen 'retaildeposito's' zou aantrekken maar wel een financieringsprogramma kent waarbij obligaties worden uitgeven, zal binnen bereik van de definitie 'kredietinstelling' kunnen vallen, indien wordt voldaan aan het vereiste van 'voortdurende uitgifte'.

Bij het gegeven voorbeeld van 'certificates of deposit' wordt (kennelijk) gerefereerd aan de praktijk van uitgiften van geldmarktinstrumenten, dat wil zeggen kortlopend schuld papier met een looptijd van een paar maanden geplaatst bij professionelen, zoals andere banken, centrale banken, verzekeraars of pensioenfondsen met overvloedige liquiditeiten. Het begrip 'certificates of deposit' is noch in de EBA Opinie noch in de CRR nader gedefinieerd. Maar banken die een obligatieuitgifteprogramma hebben opgezet, zullen niet op dagbasis of 'voortdurend' obligaties op basis van de randvoorwaarden van het programma uitgeven. Eerder zal er sprake zijn van enkele uitgiften per jaar. Het is voornamelijk ten aanzien van dit begrip 'voortdurende uitgifte' dat in zijn aard vraagtekens kunnen worden gezet bij de tekst van de EBA-opinie.

Omdat de EBA geen begrenzing inbouwt ten aanzien van dit begrip, bijvoorbeeld door de kring van personen van wie dergelijke 'andere terugbetaalbare gelden' dienen te worden aangetrokken om in aanmerking te komen voor kwalificatie, is ook op

dit vlak sprake van een ruime definiëring van de reikwijdte van 'kredietinstelling'.

EBA heeft zich op geen enkele wijze uitgelaten over het begrip 'publiek'. Dat betekent mijns inziens dat waar in Nederland in het verleden werd aangegeven dat er sprake zou kunnen zijn van het uitoefenen van het bedrijf 'bank' indien buiten besloten kring of van anderen dan professionele marktpartijen 'deposito's of andere terugbetaalbare gelden' werden aangetrokken, we voortaan uit moeten gaan van het begrip 'publiek'. Hieraan mag niet de in het verleden gegeven uitleg worden gegeven. Met andere woorden, bij gebrek aan een nadere uitleg door EBA van het begrip 'publiek' en bij gebrek aan het leggen van een verband tussen de activiteit van aantrekken van deposito's of andere opvorderbare gelden en de kwalificatie van de wederpartij tot wie die activiteit zich richt, is de oorspronkelijke Nederlandse benadering niet meer bruikbaar.

7. Alternatieve benadering

Deze ontwikkelingen in Europa dwingen ook de Nederlandse praktijk (en toezichthouder) tot het ontwikkelen van een alternatieve benadering, nu de oorspronkelijke benadering waarin werd gefocust op de aard en kwalificatie van de wederpartij, geen invalshoek is die steun vindt in de EBA rapportage of the EBA Opinie. Verwacht mag worden dat de Europese Commissie hierin EBA gaat volgen, althans er is mij geen informatie bekend die de andere kant uitwijst. Dat betekent bijvoorbeeld dat de in de Nederlandse praktijk ontwikkelde methoden om bevestiging te krijgen dat 'opvorderbare gelden' werden aangetrokken 'binnen besloten kring' of van 'professionele marktpartijen' niet langer bruikbaar zijn om te vermijden dat de gefinancierde onderneming zou kunnen kwalificeren als 'kredietinstelling' of om te vermijden dat in strijd met art. 3:5 Wft (of in bepaalde gevallen, art. 4:3 Wft) zou worden gehandeld. De uit de wet- en regelgeving voortvloeiende kwalificatie van de wederpartij als een 'professionele marktpartij' omdat de van die wederpartij aangetrokken gelden een hoger bedrag dan EUR 100.000 bedragen (zie de definitie 'professionele marktpartij' van art. 1:1 Wft en de nadere regeling van art. 3, tweede lid Besluit definitiebepalingen Wft), zal in de Nederlandse praktijk moeten worden verlaten. Het bedingen in de kredietovereenkomsten dat de financierende banken verklaren 'professionele marktpartij' te zijn, heeft in het nieuwe CRR regime evenmin betekenis.

De alternatieve benadering moet naar mijn mening worden gezocht door het instellen van een onderzoek in welke mate er sprake is van het *bedrijfsmatig aantrekken van deposito's of opvorderbare gelden met het oog op bedrijfsmatige kredietverstrekking*. Met andere woorden de vraag is: heeft de desbetreffende onderneming de doelstelling³¹ om als kredietin-

31. Het oogmerk van de onderneming die de deposito's

stelling werkzaam te zijn? Daarbij zou ook gewicht moeten worden gegeven aan de nadere invulling van het begrip 'verlenen van kredieten' en de rol in het 'kredietintermediatie-proces'. Het is namelijk vanuit die invalshoek dat de hele discussie over de definiëring van de werkzaamheden van kredietinstellingen is begonnen. Die discussie gaat namelijk over de afbakening van bankieren en schaduwbankieren en de mogelijke maatregelen die zouden moeten worden getroffen om te komen tot ondertoezichtstelling van schaduwbanken.

Kredietintermediatie wordt omschreven in het EBA rapport en de EBA Opinie als een geheel van kenmerken waaraan de desbetreffende activiteiten zouden moeten voldoen. In de Engelstalige weergave van dit begrip luidt de omschrijving als volgt:

'The four key features of credit intermediation considered are: (a) maturity transformation (borrowing short and lending/investing on longer timescales); (b) liquidity transformation (using cash-like liabilities to buy less liquid assets); (c) leverage; (d) credit risk transfer (transferring the risk of credit default to another person for a fee).'

De op stapel staande regelgeving in het kader van het schaduwbankieren zal leiden tot het onder toezicht stellen van ondernemingen die zich met de hiervoor genoemde kredietintermediatie bezig houden zonder dat deze ondernemingen reeds zijn onderworpen aan (prudentieel) toezicht. Daarbij speelt geen rol hoe deze activiteiten zijn gefinancierd of van welke partijen die financiering afkomstig is. Ook al is die financiering volledig uit 'professionele' kringen aangetrokken, dan nog kan dat leiden tot ondertoezichtstelling.

Deze alternatieve benadering gaat naar mijn inschatting opnieuw leiden tot uitvoerige discussies in de Nederlandse praktijk over tal van financieringsstructuren. Die discussie zal bijvoorbeeld gaan over de in ons land veelvuldig voorkomende structuren voor de financiering van concerns, waarbij speciaal voor dat doel opgerichte vennootschappen een rol spelen bij de bemiddeling en distributie van financiering binnen de groep. Behoudens de in art. 3:2 Wft geregelde gevallen waarbij financiering wordt aangetrokken door concernfinancierings-maatschappijen die actief zijn op de kapitaalmarkten, is het onvermijdelijk dat die discussie gaat plaatsvinden. Datzelfde geldt voor special purpose vehicles die actief zijn in zogenaamde structured finance activiteiten (bijvoorbeeld securitisaties). Dergelijke structuren liggen nu eenmaal momenteel onder het vergrootglas van de Europese

of terugbetaalbare gelden aantrekt is uiteraard een belangrijk gegeven. Uiteraard zal een partij die heeft verklaard niet het oogmerk te hebben om betrokken te zijn in de kredietverlening als bedrijfsmatige activiteit, maar deze werkzaamheden toch feitelijk verricht, al snel tegen de lamp lopen van een verbodsovertreding.

politici en wereldwijde 'standard setting boards', zoals de Financial Stability Board in het kader van de discussies over schaduwbankieren en beheersing van systeemrisico's. En het is nog lang niet zeker of er ook in de toekomst een absolute vrijhaven zal blijven bestaan voor SPV's die betrokken zijn bij dergelijke structured finance structuren.³²

De toets zal daarbij niet langer zijn of dergelijke structuren uitsluitend worden gefinancierd door het aantrekken van gelden op de interprofessionele markten. Het criterium zal eerder zijn of dergelijke structuren als systeemrelevant moeten worden aangemerkt. Zo ja, volgt een ondertoezichtstelling van dergelijke instellingen, of deze zich nu door het publiek laten financieren of niet. Het is nog te vroeg om te concluderen dat de structured finance praktijk grote veranderingen zal kennen; in internationaal verband is men namelijk nog doende om de criteria te ontwikkelen. Verwezen kan worden naar het onlangs uitgebrachte Consultatiedocument van de Financial Stability Board en IOSCO over het kwalificeren van niet-bancaire/niet-verzekeringsorganisaties als 'systeemrelevante instellingen'.³³

Buiten twijfel staat wel inmiddels dat reguliere bedrijfsfinanciering door de bancaire sector aan het bedrijfsleven niet hoeft te leiden tot allerlei discussies over de vraag of een 'gewone onderneming' die een extern bedrijfskrediet aantrekt met het oog op het doen van investeringen of ten behoeve van werkkapitaal, mogelijk anderszins als 'kredietinstelling' zou kunnen kwalificeren of in strijd zou kunnen handelen met het verbod van art. 3:5 Wft. Door de duidelijke koppeling te maken tussen het aantrekken van de financiering enerzijds en het bedrijfsmatig aanwenden van die financiering voor kredietverstrekking of betrokkenheid bij kredietintermediatie, zal in nagenoeg alle gevallen in de praktijk geen verdere discussie meer nodig zijn. De soms krampachtig aandoende contractuele 'ga-

32. Zie bijvoorbeeld de opmerking van EBA in de EBA Opinie: 'Examples of entities carrying on credit intermediation include: money market funds, special purpose vehicles engaged in securitisation transactions, securities and derivatives dealers and companies engaged in factoring, leasing or hire purchase.' Zie verder de opmerkingen van de Europese Commissie in het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rapportage en de transparantie van effectenfinancieringstransacties, Brussel 29 januari 2014, COM (2014) 40 Final: 'De overkoepelende doelstelling, die bij herhaling door de G20 is bevestigd, bestaat erin alle donkere hoeken in de financiële sector weg te werken waarvan een mogelijk effect op het systeemrisico kan uitgaan of die louter uit toezicht- en regelgevingsarbitrage voortvloeien, en de regulering en het toezicht uit te breiden tot alle systeemrelevante financiële instellingen, instrumenten en markten.'

33. Financial Stability Board en IOSCO, Assessment Methodologies for Identifying Non-Bank Non-Insurer Global Systemically Important Financial Institutions, 4 maart 2015, raadpleegbaar via www.financialstabilityboard.org.

ranties' dat de financierende banken jegens zo'n te financieren onderneming verklaren 'professionele marktpartij' te zijn, of, zoals tegenwoordig in sommige gevallen kan worden bespeurd, 'niet tot het publiek' te behoren en de door de financiers af te leggen garanties dat zij bij het overdragen van de (aandelen in de) vorderingen op de gefinancierde onderneming dat uitsluitend zullen doen aan 'professionele marktpartijen' of partijen die 'niet tot het publiek' behoren, kunnen voortaan achterwege blijven.

Binnen dat kader moet ook de in art. 3:5 en 4:3 Wft geregelde materie worden geïnterpreteerd. Vooral ten aanzien van art. 3:5 Wft moet worden bedacht, dat deze regeling vooral ziet op het aantrekken van deposito's en terugbetaalbare gelden in het kader van de uitoefening van het bedrijf van kredietinstelling.³⁴ In zoverre zou het bijvoorbeeld aanbeveling verdienen het vrijstellingsregime zoals dat, onder meer, is geregeld voor advocaten, notarissen, gerechtsdeurwaarders en trustkantoren in artikelen 19 tot en met 24a Vrijstellingsregeling Wft tegen

het licht te houden. Evident is dat de werkzaamheden strekkende tot beheren van derdengelden, niet zijn te beschouwen als die van de uitoefening van het bedrijf van kredietinstelling.

Ik ga in de aanbeveling om de Nederlandse wet- en regelgeving eens kritisch tegen het licht te houden en het 'dorre hout weg te kappen' zo ver dat bijvoorbeeld ook de eigenaardige regeling voor 'opt in-banken' van art. 3:4 Wft geschrapt zou moeten worden. Die opt in regeling is vooral geschreven rondom het in Nederland belangrijk gevonden thema 'aantrekken van opvorderbare gelden van professionele marktpartijen'. Maar nu is gebleken dat het element 'van het publiek' in Europa helemaal niet zo'n belangrijke rol speelt voor het trekken van de grenzen van het banktoezicht, kunnen we maar beter alle reminiscenties aan die oude typisch Nederlandse discussie uit de wetgeving verwijderen.

8. Conclusies

Ik kan me voorstellen dat sommigen die werkzaam zijn in de Nederlandse financieringspraktijk onrustig worden van de constatering dat de afbakening van de definitie van 'kredietinstellingen' alweer is achterhaald door ontwikkelingen in Europa. Het was echter naar mijn mening onvermijdelijk dat er duidelijke signalen werden afgegeven door de Europese autoriteiten, dat het realiseren van de ambitie van een Single Rule Book voor Europa ook gepaard moet gaan met het opheffen van de in verschillende lidstaten ontwikkelde interpretaties over bepaalde kernbegrippen van het banktoezicht. Met andere woorden: de discussie over de definitie van 'kredietinstelling' is weer geopend!

In het EBA-onderzoek komt naar voren dat in andere lidstaten van de Europese Unie het begrip 'van het publiek' niet voor meerdere uitleg vatbaar is en ook niet belangrijk werd gevonden. Kennelijk staat Nederland daarin alleen. Het rond deze begrippen in ons land de afgelopen decennia ontwikkelde beleid, de geïntroduceerde vrijstellingsregelingen en wetteksten betreffende het aantrekken van opvorderbare gelden 'buiten besloten kring en van anderen dan professionele marktpartijen' moet als achterhaald worden beschouwd. Het zou botsen met de hiërarchie van Europese en nationale regelgeving, indien er in Nederland voortgegaan zou worden met het hanteren van deze begrippen of het toepassen van constructies en contractuele bepalingen die in het verleden in dit kader waren bedacht.

In Europa lijkt de ontwikkeling er eerder op te zijn gericht, om bij het toetsen of een onderneming wellicht kwalificeert als een 'kredietinstelling', te bezien welke doelstellingen de onderneming nastreeft met de aangetrokken gelden. Liggen die doelstellingen en de feitelijke verwezenlijking ervan op het vlak van betrokkenheid bij 'kredietintermediatie', dan is het de combinatie van activiteiten die kan leiden tot de kwalificatie 'kredietinstelling'. Daarmee lijkt het duidelijk dat voor een rechttoe rechtaan externe financiering aan ondernemingen, geen twijfel meer kan bestaan of die gefinan-

34. Art. 3:5 Wft is de implementatie van art. 10 CRD IV. De kopstekst van dat artikel luidt: 'Verbod op het bedrijfsmatig aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden van het publiek voor personen of ondernemingen die geen kredietinstelling zijn.' Het eerste lid van dat artikel luidt: 'De lidstaten verbieden personen of ondernemingen die geen kredietinstelling zijn, bedrijfsmatig van het publiek deposito's of andere terugbetaalbare gelden aan te trekken'. Deze bepaling staat in Hoofdstuk I CRD IV in het kader van de vergunningvereisten voor kredietinstellingen. Deze bepaling moet dus in nauwe samenhang worden gelezen met de regelingen omtrent de vergunningplicht van kredietinstellingen en de reikwijdte van het toezicht op kredietinstellingen. In de Nederlandse wetgeving heeft art. 3:5 Wft een min of meer afzonderlijke status gekregen, alsof er naast het verbod om zonder vergunning werkzaamheden als kredietinstellingen te verrichten, ook nog een afzonderlijke regeling zou moeten bestaan die regelt dat een onderneming geen 'opvorderbare gelden' mag aantrekken, geheel buiten de context van de kwestie van de verlening van vergunningen aan kredietinstellingen om. Mijns inziens is dat geen juiste omzetting van het Europese recht en zou de regeling van art. 3:5 Wft in feite geïntegreerd moeten worden met die van art. 2:11 Wft. Maar daar kan mogelijk anders over gedacht worden door Nederlandse juristen werkzaam in de financieringspraktijk. Deze zullen de regeling van art. 3:5 Wft zien als de in Nederland geëvolueerde regeling die, kort gezegd, anderen dan banken verbiedt spaargeld van particulieren aan te trekken, tenzij dit geschiedt tegen uitgifte van effecten waarbij de Prospectusrichtlijn bescherming biedt. Het punt dat ik in dit artikel aan de hand van de lezing van de EBA Opinie en het daarbij door de EBA ingestelde uitvoerige onderzoek naar de regelgeving in de EU wilde maken, is dat Nederland daarin kennelijk alleen staat. Ik moet daarbij overigens bekennen dat ik de in de Nederlandse financieringspraktijk ontwikkelde gewoonte om bij een gewone plain vanilla bedrijfsfinanciering van de financierende banken allerlei verklaringen te ontlokken dat zij 'professionele marktpartijen' zijn of 'niet tot het publiek' horen altijd een beetje 'Much Ado About Nothing' heb gevonden.

cierde onderneming wellicht als 'kredietinstelling' kwalificeert of het verbod van art. 3:5 Wft zou kunnen overtreden. Dat staat niet langer ter discussie dat dat niet het geval is.

Wat nieuw is voor de praktijk, is het gegeven dat een ander criterium een rol gaat spelen bij de toets of een bepaalde financieringsstructuur wel of niet aan banktoezicht is of zal (moeten) worden onderworpen. Het gaat daarbij om het opsporen van die gevallen waarin sprake kan zijn van 'systeemrelevantie'. Het lijkt in het kader van de zure en dure lessen die zijn getrokken naar aanleiding van de crisis in de financiële markten ook een goede ontwikkeling. De bakens worden verzet. Dat betekent dat we in Nederland in de toekomst ook wat kritischer kunnen zijn over structuren die weliswaar volledig 'buiten het publiek om' met middelen afkomstig van professionele marktpartijen worden gefinancierd, maar waarvan een deconfiture een zodanige impact kan hebben, dat ondertoezichtstelling als bank of anderszins leidt tot een betere preventie en beheersing van systeemrisico's.³⁵

35. Zie de perikelen rondom Lehman Brothers Treasury Co. B.V., een niet onder enig toezicht staande onderneming, volledig gefinancierd met middelen aange trokken van 'professionele marktpartijen', met een balanstotaal op een bepaald moment groter dan dat van SNS Bank.