

Kroniek toezicht en handhaving

mr. A.J. Boorsma, mr. M. Feenstra en mr. M. Koppenol¹

Dit is de tweede kroniek Toezicht en Handhaving die verschijnt tijdens de coronacrisis. Ten tijde van het schrijven van deze kroniek bevinden we ons (inmiddels) in de derde golf van de coronapandemie. De samenleving zit nog steeds grotendeels op slot, maar langzamerhand gloort er weer enige hoop aan de horizon. De coronacrisis heeft het afgelopen jaar een enorme impact op de Nederlandse economie gehad. Zonder enige overdrijving stelt DNB in haar jaarverslag dat er in de geschiedenis van Nederland en van DNB geen jaar is geweest dat het economisch tij zo snel keerde. Inmiddels verkeert de Nederlandse economie in een diepe recessie. Maar mede door alle overheidsmaatregelen is de economie relatief vitaal door het eerste crisisjaar gekomen.² Toezicht en handhaving blijven ook in deze bijzondere tijd van onverminderd groot belang. De financiële toezichthouders hebben in de pandemie tal van maatregelen richting de instellingen genomen als 'operational relief', zoals langere tijdslijnen voor rapportages en uitstel van stresstesten. Verder zijn de toezichthouders overgestapt van *onsite*-onderzoeken naar *offline*-onderzoeken, waarbij meer de nadruk op deskresearch ligt.³

De pandemie had ook voor de rechtspraak ingrijpende gevolgen. Als gevolg van de uitbraak van corona sloten de rechtbank en het CbB vanaf half maart 2020 voor een korte periode de deuren, hoewel urgente zaken wel werden behandeld. De rechtspraktijk kreeg verder van de één op de andere dag te maken met zittingen via skype, fysieke aanpassingen van zittingen met "kuchschermen", en communicatie met de rechterlijke colleges via het beveiligd platform ZIVVER. Een wezenlijk onderdeel van het grondrechtelijk gewaarborgde rechterlijke proces is dat zittingen in het openbaar plaatsvinden. De wetgever trof in verband hiermee een wettelijke voorziening met de Tijdelijke Wet COVID-19 Justitie en Veiligheid⁴; deze wet voorziet in de mogelijkheid om de mondelinge behandeling van een zaak te laten plaatsvinden met een 'tweezijdig elektronisch communicatiemiddel'. Voor bestuursrechtelijke zaken is dat geregeld in art. 2 van de Tijdelijk Wet COVID-19 Justitie en Veiligheid. Al deze juridische en praktische aanpassingen en extra inspanningen hebben ertoe geleid dat de rechtspraak in de rechtspraktijk

van DNB en de AFM naar onze waarneming relatief ongestoord kon doorgaan.

In deze kroniek doen wij verslag van de belangrijkste ontwikkelingen in vooral de rechtspraak op het terrein van toezicht en handhaving van het afgelopen jaar.

1. Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en conclusies AG

In deze kroniekperiode is het wetsvoorstel Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer bij de Tweede Kamer in behandeling. Met dit wetsvoorstel wordt een lacune in de rechtsbescherming tegen een door de AFM of DNB genomen aanwijzingsbesluit ex art. 1:75 Wft en een besluit tot benoeming van een stille curator (art. 1:76 Wft) hersteld. Hiermee blijft bestuursrechtelijk beroep en bezwaar tegen deze besluiten mogelijk.⁵ Onduidelijk is echter wanneer deze wijziging in werking zal treden; het wetsvoorstel ligt op dit moment nog bij de Tweede Kamer.

Met ingang van 3 november 2020 hebben de AFM en DNB hun gezamenlijk handhavingsbeleid uit 2008 herzien. Het handhavingsbeleid bevat het algemene kader voor de inzet van handhavingsinstrumenten door de toezichthouders.⁶ Uitgangspunt van het gezamenlijk handhavingsbeleid is dat tegen niet normconform gedrag zal worden opgetreden en dat niet

1. Arnoud Boorsma, Maaïke Feenstra en Marlies Koppenol zijn advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn. Ze zijn betrokken geweest bij een aantal van de in de kroniek opgenomen procedures en traden hierbij op namens de AFM en DNB. Deze kroniek is op persoonlijke titel geschreven en bijgewerkt tot en met 15 april 2021. Zij bedanken Ingrid Hasker voor de ondersteuning bij dit artikel.

2. DNB jaarverslag 2020 *Op weg naar herstel*: <https://www.dnb.nl/media/odydkcui/jaarverslag2020.pdf> of AFM, *Jaarverslag 2020*: <https://www.afm.nl/nl-nl/verslaglegging/jaarverslag>.

3. J. Beckers en A. Merz, 'Interview - De grote toezichtsinterviewwestafette - Deel 5: De Nederlandsche Bank', *TvT 2021/1.4*.

4. Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0043413/2020-12-17>. T.C. Borman, 'Spoedwet voor elektronische zittingen', *NTB 2020/103*.

5. *Kamerstukken II 2019/20*, 35261, nr. 8, p. 4. Zie voor een uitgebreide bespreking C.M. Grundmann-van de Krol, 'Wft uit koers (8): De Wft en de haperende relatie met de Awb', *Ondernemingsrecht 2020/44* en C.M. Grundmann-van de Krol, 'Wft op koers (13): Verzoening tussen de Wft en de Awb', *Ondernemingsrecht 2020/114*.

6. *Stcr.* 2020, 56540.

zal worden gedoogd. De aard van de reactie van de toezichthouders op een (dreigende) overtreding wordt overwegend bepaald door de inhoud en strekking van de overtreden norm. Belangrijke vernieuwing met het uit 2008 daterende beleid is dat de samenwerking in FEC-verband en de internationale samenwerking een plek krijgt. Verder is nieuw dat de toezichthouders in het reguliere toezicht ook gebruik maken van gedrag- en cultuurinzichten. Ten slotte bevat het nieuwe handhavingsbeleid een paragraaf over openbaarmaking. In de literatuur is vrij stevige kritiek op dit beleid geuit omdat het te vrijblijvend zou zijn en voor de instellingen teveel een *black box*.⁷

Bij alleen een gezamenlijk handhavingsbeleid bleef het niet in deze kroniekperiode. DNB heeft per 12 december 2020 een algemeen boetetoemingsbeleid met betrekking tot het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes.⁸ In het nieuwe boetetoemingsbeleid van DNB wordt voor het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes een onderscheid gemaakt tussen drie boeteregimes: een boeteregime op basis van een basisbedrag, een omzet gerelateerd boeteregime en een voordeel gerelateerd boeteregime. Het boetetoemingsbeleid schrijft ten aanzien van het boeteregime op basis van een basisbedrag acht stappen voor die worden doorlopen teneinde de boetehoogte te kunnen vaststellen. De AFM volgt DNB op de voet. De AFM heeft op 25 maart 2021 een concept-boetetoemingsbeleid ter consultatie aangeboden.⁹ Dit beleid vervangt het – aanvankelijk voor intern gebruik opgestelde – Boetetoemingsbeleid AFM uit 2009, dat voor het laatst in maart 2015 is aangepast en in medio 2017 is gepubliceerd.

Conclusie Rechterlijke toetsing bestuurlijke maatregelen en evenredigheid

Tijdens de kroniekperiode was er maatschappelijk gezien veel aandacht voor het werk van uitvoeringsorganisaties zoals de Belastingdienst en UWV. Centraal in deze maatschappelijke discussie vormde (onder andere) de vraag of deze uitvoeringsorganisaties bij de toepassing van de wettelijke regels voldoende maatwerk leveren en oog hebben voor het evenredigheidsvereiste, toegesneden op de bijzondere omstandigheden en belangen van de individuele bur-

ger.¹⁰ Deze maatschappelijke discussie heeft inmiddels ook zijn weerslag gekregen in de rechtspraak. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in drie uitspraken van 2 december 2020 geoordeeld dat de gemeente Amsterdam meer maatwerk moest bieden bij het bepalen bij de hoogte van boetes voor illegale woningverhuur aan toeristen in Amsterdam.¹¹ De Centrale Raad van Beroep zette een streep door het boetebeleid van de minister van SZW voor overtredingen van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).¹²

In lijn met deze thematiek heeft de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak aan Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven een conclusie gevraagd over de indringendheid van de toetsing door de bestuursrechter van bestuurlijke maatregelen en wat daarbij de betekenis is van het evenredigheidsbeginsel.¹³ Naast een algemeen kader heeft de voorzitter gevraagd om ook een aantal aandachtspunten in deze conclusie te bespreken, namelijk:

- De rechtsbasis van de rechterlijke toetsing aan evenredigheid (EVRM, EU-recht of nationaal recht);
- In welke gevallen de rechter besluiten van bestuursorganen kan toetsen aan het evenredigheidsbeginsel;
- Met welke omstandigheden de bestuursrechter rekening kan en moet houden;
- Hoe indringend de toetsing kan zijn als de bevoegdheid voor het bestuur om een bestuurlijke maatregel op te leggen "wettelijk of beleidsmatig is gefixeerd"; en
- Of het daarbij uitmaakt dat er voor dezelfde overtreding ook andere bestuursrechtelijke of strafrechtelijke maatregelen zijn opgelegd.

De Grote Kamer van de Afdeling heeft de zaken waarin de conclusie is gevraagd op 23 april 2021 op

7. A. Mein, 'Opinie – Handhavingsbeleid financiële toezichthouders', *TvT* 2020/2.8. En M. Nelemans en C.A. Doets, 'Richting toekomstbestendig handhavingsbeleid van de financiële toezichthouders', *TBS&H* 2020/2.1.

8. *Strrt.* 2020, 63846

9. AFM consulteert beleidsregel voor bepalen hoogte bestuurlijke boetes, <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2021/mrt/consultatie-boetetoemingsbeleid>. De consultatie loopt tot en met 30 april 2021.

10. Het gaat het bestek van deze kroniek te buiten om aan deze maatschappelijke discussie recht te doen. Wij volstaan met verwijzing met een greep uit de overvloedige literatuur die inmiddels over dit onderwerp is verschenen waarbij wij geen volledigheid betrachten. W. den Ouden, 'Maatwerk in het bestuursrecht', *NTB* 2020/130, K. Giezeman en N. Jak, 'Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet.', *NJB* 2020/572, B.J. van Ettekoven, 'Tussen wet en recht' Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag', *NJB* 2021/101, S.E. Zijlstra, 'Lessen uit de toeslagenaffaire', *NTB* 2021/60.

11. ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2850, AB 2021/8, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, ECLI:NL:RVS:2020:2851, AB 2021/9, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en ECLI:NL:RVS:2020:2849, AB 2021/10, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

12. CRvB 2 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:2871.

13. Afdeling bestuursrechtspraak vraagt conclusie over rechterlijke toetsing evenredigheid, <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@124250/conclusie-toetsing-evenredigheid/>.

een zitting behandeld, waarna de Advocaat-Generaal zes weken de tijd krijgt om een conclusie te nemen. Hierna zal de Grote Kamer van de Afdeling uitspraak doen.

Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State

We hebben eerder in onze kronieken stilgestaan bij het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie in het strafrecht en bij bestraffende sancties.¹⁴ Naar aanleiding van dat advies is in maart 2020 het WODC-onderzoeksrapport 'schorsende werking van rechtsmiddelen bij bestuurlijke boetes' verschenen.¹⁵ De onderzoekers adviseren om schorsende werking toe te kennen aan het bezwaar tegen bestuurlijke boetes. Ten tijde van het afronden van de kroniek was de beleidsreactie van de Minister van Justitie en Veiligheid, nog niet verschenen. Mocht het advies van de onderzoekers worden overgenomen, dan lijkt voor de financiële toezichthouders de praktijk weinig te veranderen. Veel van de door de toezichthouders gehandhaafde wetten kennen immers al een regeling voor schorsende werking (bijv. art. 1:85 Wft, art. 184 Pensioenwet en art. 32b Wwft). Daarnaast volgt uit het onderzoek dat de AFM in de praktijk ook schorsende werking toepast bij boetes op grond van de Whc, waarin zo'n regeling niet is opgenomen.¹⁶ In het kader van het ongevraagd advies van de Afdeling advisering wijzen we verder nog op een kritische publicatie die in deze kroniekperiode verscheen over het advies.¹⁷

2. Procesrechtelijke ontwikkelingen

De klassieke bestuursrechtelijke begrippen, zoals het besluitbegrip en het belanghebbende begrip, waren tijdens deze kroniekperiode geen rustig bezit.

Belanghebbende begrip

Het belanghebbende begrip leidde in deze kroniekperiode tot een aantal belangwekkende uitspraken. Een verzoek om handhaving op te treden kan slechts worden aangemerkt als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb als het is ingediend door een belanghebbende. Onder een belanghebbende wordt verstaan degene wiens belang 'rechtstreeks' bij een besluit is betrokken. Bij uitspraak van 19 februari

2021¹⁸ heeft de rechtbank Rotterdam zich uitgelaten over de (princiële) vraag of een individuele consument, die zich tot de AFM heeft gewend met een verzoek tot handhavend optreden tegen een verzekeraar, wel of geen belanghebbende is bij de reactie van de AFM op zijn verzoek. De rechtbank oordeelt dat de betreffende individuele consument geen belanghebbende is. Volgens de rechtbank zou een ander oordeel op dit punt betekenen dat iedereen die een overeenkomst sluit met een onder toezicht staande instelling en op enig moment tot het standpunt komt dat die overeenkomst in strijd is met wettelijke bepalingen, belanghebbende is bij een verzoek aan de toezichthouder om in te grijpen, ongeacht of het gewenste ingrijpen in het concrete geval enige praktische betekenis heeft. Naar het oordeel van de rechtbank verliest het begrip belanghebbende dan zijn onderscheidend vermogen, wat ernstig afbreuk kan doen aan de mogelijkheden die de AFM heeft om haar beperkte handhavingscapaciteit optimaal in te zetten.

Van even grote – principiële – betekenis voor de toezichtspraktijk vormen vier uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 26 februari 2021.¹⁹ In deze procedures draaide het om de vraag of een aantal polishouders van pensioenverzekeraar Optas als belanghebbende moest worden aangemerkt bij een besluit van DNB waarbij DNB heeft ingestemd met de (voorgenomen) overgang van rechten en verplichtingen uit alle overeenkomsten van levensverzekeringen uit de portefeuille van Optas naar Aegon Levensverzekering N.V. Het verweer van DNB kwam er kort gezegd op neer dat het de polishouders zowel ontbrak aan een rechtstreeks als aan een persoonlijk belang. De rechtbank heeft die argumentatie van DNB niet gevolgd. De rechtbank stelt in de eerste plaats vast dat het financiële belang van de voormalig polishouders uitsluitend bestaat als gevolg van een contractuele relatie met Optas en dat dus in zoverre sprake is van een afgeleid belang. Nu hun belang bij het instemmingsbesluit van DNB *tegengesteld* is aan dat van Optas, kan volgens de rechtbank niet aan de polishouders worden tegengeworpen dat hun belang een afgeleid belang is. Ten tweede passeert de rechtbank het argument van DNB dat de polishouders geen belanghebbenden zijn bij het instemmingsbesluit, omdat de belangen van deze (relatief kleine groep) polishouders zich niet onderscheiden van de belangen van tienduizenden andere polishouders. Volgens de rechtbank komen de polishouders op voor een naar zijn aard individueel belang, namelijk hun eigen, persoonlijke financiële positie.

14. Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, *Stort.* 2015, 30280.

15. H.E. Bröring, A. Tollenaar, M. Feenstra en A. Outhuijzen, *Schorsende werking van rechtsmiddelen bij bestuurlijke boetes*, WODC rapport 3014: Groningen, 2020. Zie van dezelfde auteurs ook 'Schorsende werking van bezwaar bij bestuurlijke boetes?', *JBplus* 2020/2.

16. Idem. paragraaf 4.8.

17. A.R. Hartman, O.J.D.M. Jansen, 'Op de kast en weer terug, maar niet in de la – Raad van State en Kabinet over de keuze tussen de twee bestraffende stelsels in het publiekrechtelijke sanctierecht', *TBS&H* 2021/1.6.

18. Rb. Rotterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2554.

19. Rb. Rotterdam 26 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1486, ECLI:NL:RBROT:2021:1487, ECLI:NL:RBROT:2021:1488 en ECLI:NL:RBROT:2021:1489.

Besluitbegrip

In een uitspraak van 15 december 2020²⁰ heeft het CBb zich uitgelaten over de vraag of een email van toezichthouders aan een collectieve vergunninghouder over haar *locked-up*- en rentebeleid ten aanzien van een door haar beheerde kredietportefeuille, als een bestuurlijk rechtsoordeel moet worden aangemerkt dat met een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb kan worden gelijk gesteld. Dit is voor de toezichtspraktijk een belangrijke uitspraak, omdat de afgelopen jaren in de literatuur de zorg is geuit dat de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming tegen het handelen van toezichthouders tekort schiet.²¹ In lijn met de rechtbank oordeelt het CBb dat de brief van de toezichthouders van de AFM aan de collectieve vergunninghouder geen besluit is in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb en daarmee ook niet op één lijn is te stellen. Van een bestuurlijk rechtsoordeel is volgens het CBb evenmin sprake. Daartoe acht het CBb relevant dat de betreffende email waarmee de aangesloten onderneming zich niet kon verenigen, niet aan haar maar aan de collectieve vergunninghouder was gericht. Reeds daarom, aldus het College, valt niet in te zien dat een op de collectieve vergunninghouder betrekkelijk rechtsoordeel – daargelaten of dit als zelfstandig en definitief dient te worden beschouwd – bij wijze van uitzondering moet worden gelijk gesteld met een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. Hoewel de feiten en omstandigheden van de casus nogal bijzonder zijn, laat de uitspraak van het CBb volgens ons zien dat het CBb terughoudend is om de bestuursrechtelijke rechtsbescherming over de band van een bestuurlijk rechtsoordeel te verruimen.

Tot slot signaleren wij een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 19 maart 2021.²² Het draaide in die zaak om een besluit van de ACM tot stopzetting van een lopend onderzoek naar PostNL. Een andere postvervoerder, RM, maakte daartegen bezwaar. In het kader van deze bezwaarprocedure was de ACM voornemens om RM inzage te geven in een geschoonde samenvatting van het onderzoeksrapport. Tegen deze voorgenomen beslissing van de ACM is PostNL opgekomen. De voorzieningenrechter moet naar aanleiding daarvan onder meer beoordelen of de (voorbereidings)-beslissing van de ACM, om RM inzage te geven in een geschoonde samenvatting van het onderzoeksrapport, kwalificeert als besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Volgens de voorzieningenrechter is dat het geval, omdat (i) met de beslissing duidelijk wordt welke stukken de ACM beschouwt als op de zaak betrekking hebbende stukken, (ii) het de beslissing bevat om RM inzage te verstrekken in de samenvatting, hetgeen neerkomt op feitelijke toepassing van art. 7:

4 lid 2 en lid 6 Awb, (iii) het een beslissing bevat over de wijze van terinzagelegging die afwijkt van lid 2 en (iv) uit art. 7:4 lid 6 Awb volgt dat van de toepassing van dit artikellid mededeling wordt gedaan, hetgeen bij de (bestreden) voorbereidingsbeslissing is gebeurd. Om die redenen gaan er volgens de voorzieningenrechter rechtsgevolgen uit van de voorbereidingsbeslissing. Verder is volgens de voorzieningenrechter voldaan aan de vereisten van art. 6:3 Awb, zodat PostNL tegen de voorbereidingsbeslissing kon opkomen.

Op de zaak betrekking hebbende stukken

Ook deze kroniekperiode heeft het vraagstuk over de op de zaak betrekking hebbende stukken de gemoeieren bezig gehouden. Op grond van art. 8:42 Awb moet een bestuursorgaan in een beroepsprocedure de op de zaak betrekking hebbende stukken indienen. Het bestuursorgaan kan daarop een verzoek bij de bestuursrechter doen op grond van art. 8:29 Awb ertoe strekkende dat alleen de bestuursrechter kennis zal mogen nemen van (delen van) de betreffende dossierstukken. Voor de beslissing zoals bedoeld in art. 8:29 lid 3 Awb of een verzoek tot beperkte kennisneming gerechtvaardigd is, past de bestuursrechter een belangenafweging toe. Wij signaleerden in de vorige kroniek dat de rechtspraak hierover casuïstisch is en dat de invulling in de praktijk nog niet altijd duidelijk is.

Mede gelet hierop heeft de Afdeling bestuursrechtpraak op 10 juni 2020 een overzichtsuitspraak gedaan over de toepassing van art. 8:29 Awb.²³ Met deze overzichtsuitspraak geeft de Afdeling praktische handvatten voor (de beoordelingen van) 8:29-verzoeken. In de uitspraak wordt ingegaan op de vragen wie een verzoek om beperkte kennisneming kunnen doen, aan welke eisen zo'n verzoek moet voldoen en wanneer er wel of niet sprake is van gewichtige redenen bij een verzoek om beperkte kennisneming.

Het CBb heeft zich na deze overzichtsuitspraak over dit vraagstuk in het kader van een verzoek om beperkte kennisneming op grond van (onder andere) de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10, tweede lid, onder e, Wob) gebogen.²⁴ De ACM had de vertrouwelijke versie van een aantal gedingstukken overgelegd en met een beroep op art. 8:29 Awb het verzoek gedaan dat uitsluitend het CBb kennis zou mogen nemen van (delen van) deze stukken. In de betreffende delen werd namelijk melding gemaakt van namen van medewerkers van bedrijven die de litigieuze gedragingen van de onderneming onder de aandacht hebben gebracht. Het CBb begint met de standaardoverweging dat bij dergelijke verzoeken een afweging van belangen speelt. Het CBb vervolgt dat het belang van de eerbiediging

20. CBb 15 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:983, JOR 2021/90, m.nt. V.H. Affourtit.

21. S.M.C. Nuijten en R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 155, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

22. Rb. Rotterdam (vzr.) 19 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2274.

23. ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367, AB 2020/268, m.nt. P.J. Stolk, JB 2020/137, m.nt. L.J.M. Timmermans en Gst. 2020/131, m.nt. C.N. van der Sluis.

24. CBb 4 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:629.

van de persoonlijke levenssfeer in dit geval zwaarder moet wegen, omdat openbaarmaking van deze informatie tot negatieve gevolgen kan leiden voor de loopbaan van de betreffende medewerkers en aldus tot een onevenredig nadeel voor betrokkenen zal kunnen leiden alsmede een inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer tot gevolg zal kunnen hebben. Bij die afweging heeft het College ook laten meewegen dat de namen van de bedrijven waar de betrokken personen werken (en die de gedragingen van de onderneming hebben aangekaart bij de ACM) wel bekend zijn voor de betreffende onderneming.

Verder wijzen wij op de hiervoor al besproken uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in de procedure naar aanleiding van het stopzettingsbesluit van de ACM, volgend op een onderzoek naar PostNL. Deze uitspraak biedt een interessant inkijkje in de wijze waarop het vraagstuk over de op de zaak betrekking hebbende stukken in de bezwaarprocedure wordt toegepast.²⁵ Nadat de voorzieningenrechter onder meer heeft vastgesteld dat de beslissing van de ACM tot het geven van inzage aan RM in de samenvatting van het onderzoeksrapport kwalificeert als besluit, komt de vraag aan de orde of de samenvatting kwalificeert als een op de zaak betrekking hebbend stuk in de zin van art. 7:4 lid 2 Awb. De voorzieningenrechter oordeelt dat als tegen een handhavingsbesluit wordt opgekomen, een daaraan voorafgaand onderzoeksrapport evident een op de zaak betrekking hebbend stuk is. Dat is volgens de voorzieningenrechter niet anders in de situatie zoals hier aan de orde, waarbij geen handhaving is gevolgd op het rapport. De vraag is daardoor nog slechts of gewichtige redenen in de zin van art. 7:4 lid 6 Awb zich verzetten tegen de terinzagelegging van de (geschoonde) samenvatting. De voorzieningenrechter stelt in dat verband voorop dat ook als sprake is van gewichtige redenen, er uit oogpunt van rechtsbescherming een belangenafweging moet volgen met betrekking tot het geheimhouden van stukken. Volgens de voorzieningenrechter bevat de geschoonde versie van de samenvatting echter geen materiaal als bedoeld in art. 10, lid 1 onder c, Wob en is in geval van terinzagelegging van de geschoonde samenvatting tenminste sprake van onevenredige benadeling of bevoordeling, zodat er volgens de voorzieningenrechter geen gewichtige redenen zijn die zich tegen terinzagelegging verzetten.

3. Toezicht en handhaving

Digitale onderzoeken

In de vorige kroniek wezen wij op een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) waarin het EHRM als hoofdregel stelt dat in procedures waarin een straf kan worden opgelegd, de verdediging op grond van art. 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) toegang

moet krijgen tot al het (digitale) bewijsmateriaal dat aan de vervolgende instantie ter beschikking staat.²⁶ In hetzelfde arrest maakt het EHRM echter ook duidelijk dat niet steeds onvoorwaardelijk toegang tot al het bewijsmateriaal moet worden gegeven.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam geeft in de uitspraak van 21 september 2020 toepassing aan dit arrest van het EHRM.²⁷ In deze zaak over de publicatie van bestuurlijke boetes, opgelegd door de ACM aan verschillende sigarettfabrikanten wegens overtreding van het kartelverbod, lag onder meer de vraag voor of de overtreders recht hadden op inzage in de onderzoeksdatasets van de mede-overtreders. De ACM had via een dataroomprocedure aan verzoeksters toegang geboden tot de onderzoeksdatasets van de mede-overtreders met stukken die, aldus de voorzieningenrechter, mogelijk relevant konden zijn voor de verdediging van verzoeksters. Volgens de voorzieningenrechter heeft de ACM hiermee voldoende aan de op haar rustende verplichting voldaan. Hoewel de voorzieningenrechter hiermee dus een verplichting in het leven lijkt te roepen om toegang te geven tot onderzoeksdatasets van mede-overtreders, blijkt uit de uitspraak dat een dataroomprocedure, waarbij de data enkel (tijdelijk) ten kantore van de ACM en slechts voor de gemachtigden van de overtreders inzichtelijk is en waarbij onder meer geen kopieën gemaakt kunnen worden van stukken, in dit geval voldoende was om aan de waarborgen van art. 6 EVRM te voldoen. Een ongelimiteerde toegang voor gemachtigden was daardoor niet nodig. Dat hield evenwel ook verband met het feit dat de mede-overtreders volgens de voorzieningenrechter nog steeds met elkaar concurreren en de onderzoeksdatasets bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten.

Verder wijzen wij in dit verband nog op de Werkwijze inzien en kopiëren van digitale gegevens (Digitale werkwijze) die DNB, in navolging van de AFM en ACM, op 22 juni 2020 heeft vastgesteld.²⁸ Door DNB aangewezen toezichthouders beschikken over de bevoegdheid om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daarvan kopieën te maken (art. 5:17 Awb). Ook zijn zij bevoegd om inlichtingen te vorderen (art. 5:16 Awb). De Digitale werkwijze geeft op hoofdlijnen weer hoe de toezichthouders van DNB te werk zullen gaan bij het uitoefenen van deze bevoegdheden voor zover DNB daarbij digitale gegevens vordert.

Motivering besluitvorming

Een ander bestuursrechtelijk begrip dat het afgelopen jaar de nodige aandacht heeft gekregen betreft het motiveringsvereiste. Op grond van het motiveringsvereiste, dat zijn weerslag heeft gekregen in de

25. Rb. Rotterdam (vzr.) 19 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2274.

26. EHRM 25 juli 2019, 1586/15, rov. 58 (*Rook v. Germany*).

27. Rb. Rotterdam (vzr.) 21 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8452.

28. *Stcr.* 2020, 32814.

artt. 3:46 en 3:47 Awb, dienen besluiten te berusten op een deugdelijke en kenbare motivering. In deze kroniekperiode is in het licht van dit vereiste meermaals de vraag aan de orde gekomen of een toezichthouder zich ter onderbouwing van zijn besluit mag baseren op vaststellingen van een andere toezichthouder. De rechtbank Rotterdam heeft zich in dat verband gebogen over de vraag of DNB, als prudentieel toezichthouder, in het kader van haar besluitvorming, mag uitgaan van relevante besluiten van de AFM ten behoeve van de motivering van haar eigen besluiten, dan wel of DNB de besluitvorming van de AFM in dat geval 'over moet doen'.²⁹ In de procedure bij de rechtbank Rotterdam stonden zogeheten SREP-besluiten van DNB centraal. In dergelijke besluiten wordt – kort gezegd – vastgesteld of risico's op de juiste wijze worden gekapitaliseerd. Indien er bijvoorbeeld vanwege een begane overtreding meer risico door de onderneming wordt gelopen, zal daarvoor meer kapitaal moeten worden aangehouden om de daarmee gepaard gaande risico's af te dekken. DNB had in het desbetreffende SREP-besluit bepaald dat de betreffende ondernemingen hun solvabiliteit dienden te verhogen. Dat hield onder meer verband met door de AFM vastgestelde overtredingen van het BGfo wegens het onderbrengen van ontvangen gelden van cliënten op een rekening bij een niet erkend geldmarktfonds. De rechtbank ziet zich – naar aanleiding van het betoog van eiseres in de procedure – voor de vraag gesteld of DNB zich mag verlaten op het oordeel van de AFM over het niet onderbrengen van gelden bij niet erkende geldmarktfondsen, dan wel of DNB die overtreding en het door eiseres daartegen gevoerde verweer zelf (nogmaals) had moeten onderzoeken. De rechtbank oordeelt dat het niet aan DNB is om het onderzoek van de AFM 'over te doen'. Volgens de rechtbank is de AFM de bevoegde toezichthouder om te onderzoeken of art. 165b BGfo is overtreden, zodat niet van DNB kan worden gevergd dat zij daarnaar zelf onderzoek doet en een oordeel daarover vormt, nog daargelaten dat niet gevergd kan worden dat DNB over de benodigde deskundigheid beschikt voor het beoordelen van de betreffende overtreding. DNB is volgens de rechtbank terecht uitgegaan van het oordeel van de AFM; daarbij is wel van belang dat er geen reden voor twijfel aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming van het oordeel van de AFM of de juistheid daarvan bestond.

Een soortgelijke vraag kwam ook al iets eerder in deze kroniekperiode aan de orde, in een procedure naar aanleiding van een besluit van DNB tot intrekking van de vergunning van een trustkantoor.³⁰ Aan dat besluit heeft DNB, onder meer, een negatief betrouwbaarheidsoordeel van de enig bestuurder en (middellijk) aandeelhouder van het trustkantoor ten grondslag gelegd. Dit negatieve betrouwbaarheidsoordeel was gebaseerd op verdenkingen van het OM

en belastingaanslagen van de Belastingdienst, die onder meer zien op belastingontduiking, oplichting en witwassen. In de procedure bij de rechtbank Rotterdam ging het onder andere om de vraag of DNB – bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van beleidsbepalers en houders van gekwalificeerde deelnemingen – informatie over strafbare feiten en belastingaanslagen mocht gebruiken, ondanks dat deze verdenkingen nog niet onherroepelijk vaststonden. De rechtbank oordeelt hier dat DNB zich in haar besluitvorming mag baseren op de verdenking van een strafbaar feit en dat DNB het oordeel van de strafrechter daarover niet hoeft af te wachten, tenzij de verdenking niet serieus genomen dient te worden. Het afwachten van besluitvorming door derden zou volgens de rechtbank ernstig afbreuk doen aan de effectiviteit van het door DNB uit te oefenen toezicht.

4. Bestuurlijke boetes

Feitelijk leiding geven en medeplegen

In de afgelopen kroniekperiode zijn diverse uitspraken verschenen over feitelijk leiding geven. Vaste rechtspraak is dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake kan zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedraging achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.

In de uitspraak van 3 november 2020 herhaalt het CBb deze rechtspraak.³¹ Vaste rechtspraak is ook dat voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging op zichzelf niet voldoende is dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan.³² Als echter (een van) de feitelijke hoofdactiviteit(en) van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, is in beginsel wel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium.

Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat die hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet, dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Deze situatie deed zich volgens het CBb voor in de uitspraak van 30 juni 2020.³³ In deze uitspraak staan twee boetes centraal die de AFM heeft opgelegd aan een onderneming en haar feitelijk leidinggever, omdat de onderneming – door het dagelijks beleid over het beheer van een beleggingsfonds volledig uit handen te geven aan een

29. Rb. Rotterdam 18 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2348.

30. Rb. Rotterdam 30 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7050, JOR 2020/236, m.nt. M. van Eersel.

31. CBb 3 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:792, AB 2021/57, m.nt. R. Stijnen.

32. Zie bijv. CBb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, JOR 2016/131, m.nt. Bierman.

33. CBb 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, JOR 2020/207, m.nt. S.M.C. Nuijten.

buitenlandse onderneming – als stroman voor die onderneming optrad. Anders dan de feitelijk leidinggever in deze zaak betoogde, hoeft de AFM volgens het CBb niet te bewijzen dat de feitelijk leidinggever op de hoogte was van de onderliggende overtredingen. Appellant was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst enig bestuurder en dagelijks beleidsbepaler van de onderneming. In die hoedanigheid is appellant de overeenkomst aangegaan en heeft hij de overeenkomst namens de onderneming ondertekend. Dit betekent volgens het CBb dat appellant niet alleen op de hoogte was dat vorengenoemd beheer van het beleggingsfonds en daarmee haar hoofdactiviteit uit handen is gegeven aan een buitenlandse onderneming, maar ook dat appellante uit de aard der zaak geen beleid heeft gevoerd dat een integrale en beheerste uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Met andere woorden: de feitelijk leidinggever heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen.

Vaste rechtspraak is eveneens dat voor het aannemen van feitelijk leidinggeven een juridische positie als bestuurder van een rechtspersoon geen vereiste is.³⁴ In een uitspraak van 6 april 2021 – over een door de AFM opgelegde bestuurlijke boete wegens feitelijk leidinggeven aan overtreding van art. 4:11, eerste lid, Wft – herhaalt het CBb deze rechtspraak.³⁵ Anders dan door appellant in de zaak werd aangevoerd, is volgens het CBb niet alleen de formele, maar ook de feitelijke situatie bepalend voor de vraag of iemand feitelijk leiding heeft gegeven aan een gedraging. Dat appellant zelf geen bestuurder was van de beleggingsonderneming, dan wel dat hij niet de formele bevoegdheid zou hebben gehad om de directie van de beleggingsonderneming te 'overrulen', staat er volgens het CBb op zichzelf niet aan in de weg om iemand als feitelijk leidinggever aan te merken. Appellant had feitelijk een substantiële invloed op het (dagelijks) beleid van de beleggingsonderneming. Volgens het CBb ligt op grond daarvan reeds voor de hand dat appellant een zodanige zeggenschap had over de gedraging dat kan worden gezegd dat hij daaraan feitelijk leiding heeft gegeven. In ieder geval kan op grond daarvan volgens het CBb met de AFM worden geconcludeerd dat appellant minst genomen bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedraging en dat hij die maatregelen achterwege heeft gelaten. Al met al is het CBb daarom van oordeel dat de AFM hem terecht als feitelijk leidinggever heeft aangemerkt.

Van andere orde is de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 2 september 2020.³⁶ In die zaak werd een bestuurder civielrechtelijk aansprakelijk gesteld voor (de betaling van) een door de AFM opgelegde

bestuurlijke boete van een door hem bestuurde vennootschap die hiervoor geen verhaal bood. Een dergelijke (succesvolle) civielrechtelijke aansprakelijkheidsstelling komt in de rechtspraak (nog) niet vaak voor. Uit vaste rechtspraak volgt dat een bestuurder alleen dan persoonlijk aansprakelijk kan zijn, wanneer hem persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Volgens de rechtbank is van een ernstig verwijt in dit geval sprake. De bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. De rechtbank baseert dit oordeel op verschillende omstandigheden, zoals de omstandigheid dat de bestuurder de vennootschap heel bewust in strijd met de wet- en regelgeving heeft laten handelen met het doel om met het onrechtmatige businessmodel zoveel mogelijk geld te verdienen.

Tot slot wijzen wij nog op een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 14 mei 2020 over het evenredigheidsbeginsel en de hoogte van de boete bij feitelijk leidinggeven.³⁷ Eiser betwistte in deze zaak niet dat hij feitelijk leiding had gegeven aan een overtreding van art. 4:11 lid 1 Wft (het niet voeren van een adequaat beleid dat een integrale uitoefening van het bedrijf waarborgt). Wel stelde eiser zich onder meer op het standpunt dat een andere bestuurder een grotere rol speelde bij de overtreding, dat hij moest worden aangemerkt als een 'first offender', dat cliënten schadeloos zouden zijn gesteld en dat hij niet van de overtreding heeft geprofiteerd. De rechtbank gaat hier niet in mee en oordeelt dat – ook als deze omstandigheden onderbouwd zouden zijn – ze niet afdoen aan de boetewaardigheid van de overtreding of tot het oordeel hoeven te leiden dat de boete onevenredig is. Verder is nog vermeldenswaardig dat eiser zich in deze zaak op het standpunt stelde dat de aan hem opgelegde boete wegens feitelijk leidinggeven aan een overtreding van art. 4:11 Wft moest worden gematigd, omdat – net als bij de strafmaat in het strafrecht – rekening zou moeten worden gehouden met het feit dat publicatie van de boete schade tot gevolg heeft. De rechtbank gaat ook hier niet in mee en overweegt dat de schade – die eiser overigens ook niet nader specificeerde – het directe gevolg is van zijn feitelijk leidinggeven aan de overtreding door de onderneming. De rechtbank lijkt met deze uitspraak aansluiting te zoeken bij de uitspraak van het CBb van 5 februari 2019³⁸; hierin overwoog het CBb dat de publiciteit, die het gevolg was van de openbaarmaking van het sanctiebesluit, onvoldoende aanleiding vormde om over te gaan tot matiging van de opgelegde boetes.

34. Zie bijv. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

35. CBb 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366.

36. Rb. Rotterdam 2 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8779, JOR 2021/35, m.nt. T.M.C. Arons.

37. Rb. Rotterdam 14 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4255.

38. CBb 5 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:47, JOR 2019/82, m.nt. S.M.C. Nuijten.

Bewijs

In een eerdere kroniek hebben we stilgestaan bij een uitspraak van de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, waarin (onder meer) is ingegaan op de toelaatbaarheid van het inbrengen van nader bewijs door een bestuursorgaan.³⁹ De Grote Kamer van de Afdeling heeft in die uitspraak kort samengevat geoordeeld dat de inbreng van nader bewijs door het bestuursorgaan na afronding van het onderzoek door de toezichthouder niet categorisch is uitgesloten. Heel kort en bondig geeft de Grote Kamer als vuistregel dat, indien het bestuursorgaan eerst na de voltooiing van de besluitvorming (in bezwaar) nieuw bewijs inbrengt terwijl het geen goede reden heeft kunnen geven waarom het dat niet eerder heeft kunnen doen, dat in strijd is met de goede procesorde. In een uitspraak van 24 november 2020⁴⁰ oordeelt het CbB in lijn met die hoofdregel dat de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit geen goede reden heeft kunnen geven waarom hij een aanvullend rapport en de daarop gebaseerde conclusie in het hoger beroepschrift, niet voor de voltooiing van de besluitvorming (in bezwaar) heeft kunnen inbrengen. Van de minister kon naar het oordeel van het CbB in redelijkheid worden gevergd dat hij de betreffende informatie eerder, namelijk in reactie op een bezwaargrond had ingebracht. Het CbB concludeert dat het aanvullende rapport niet als bewijs bij deze zaak mag worden betrokken.

Draagkracht

Bij de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete kan de draagkracht van de beboete betrokkene een rol spelen. Het ligt echter wel op de weg van de beboete rechtspersoon of natuurlijke persoon om aannemelijk te maken dat sprake is van beperkte(re) draagkracht waarmee in de boetetoemeting rekening moet worden gehouden. Het is aan de rechtspersoon of natuurlijke persoon om daartoe ook de nodige gegevens te verstrekken. Vervolgens zal de bestuursrechter de hoogte van de opgelegde bestuurlijke boete *ex nunc* (vol) toetsen. Dat deze bijzondere coronatijd van invloed kan zijn op de uitkomst van een boetezaak, laat een uitspraak van het CbB van 18 augustus 2020 zien.⁴¹ In deze procedure ging het om de hoogte van een door de ACM opgelegde bestuurlijke boete. De rechtbank Rotterdam had de betreffende boete reeds verlaagd van € 1.935.000 naar € 1.000.000. Van corona of een (zeer) beperkte draagkracht was toen nog geen sprake. Appellante heeft zich in hoger beroep echter op het standpunt gesteld dat haar financiële draagkracht inmiddels zo beperkt is dat de boete zoals die door de rechtbank is vastgesteld, niet (langer) evenredig is en dat haar

faillissement – mede door het betalen van de boete – acuut dreigt. De ACM heeft tijdens de comparitie in deze zaak verklaard op basis van een draagkrachttoets geen aanleiding te zien tot matiging van de boete. Los van het draagkrachtverweer acht de ACM echter, vanwege bijzondere omstandigheden, een boete van € 10.000,- evenredig. Die bijzondere omstandigheden bestaan onder andere uit de financiële situatie van appellante en de door appellante gestelde urgentie en daarnaast de coronacrisis en de gevolgen daarvan voor appellante. Het CbB acht op grond van de bijzondere omstandigheden van dit geval de door de ACM voorgestelde boete passend en geboden, en stelt de boete op € 10.000 vast.

5. Herstelsancties

In de voorgaande editie van deze kroniek werd al de conclusie van Staatsraad advocaat-generaal Wattel van 11 maart 2020 besproken over de toetsing van herstelsancties. Zoals toen al aangestipt, is dit ook van belang voor de financiële toezichtpraktijk, aangezien het in die conclusie ging om de vraag of de heroverweging in bezwaar van (weigeren van) herstelsancties op grond van art. 7:11 Awb *ex tunc* of *ex nunc* moet plaatsvinden. Staatsraad advocaat-generaal Wattel overwoog dat geen 'binaire' keuze tussen *ex tunc* en *ex nunc* moet plaatsvinden, maar dat de heroverweging tot effectieve en evenredige sanctionering moet leiden. Inmiddels heeft de Grote Kamer van de Afdeling op 28 oktober 2020 zich in een uitspraak hierover uitgelaten.⁴² De Afdeling volgt in de uitspraak in belangrijke mate de conclusie van advocaat-generaal Wattel. Ook volgens de Afdeling moet de heroverweging van herstelsancties leiden tot een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving van de desbetreffende norm. Daarvoor moet het bestuursorgaan bij de heroverweging volgens de Afdeling feiten en omstandigheden betrekken die hebben geleid tot het eerdere besluit, maar ook nieuwe ontwikkelingen. De heroverweging moet bij dit soort besluiten volgens de Afdeling dus een tweeslag kennen: er wordt zowel *ex tunc* als *ex nunc* getoetst. Tegelijk overweegt de Afdeling dat alleen gevolgen moeten worden verbonden aan feiten en omstandigheden van na het primaire besluit, voor zover het doel en de strekking van de te handhaven norm of fundamentele rechtsbeginselen zich daartegen niet verzetten. Wanneer bijvoorbeeld een last onder dwangsom is opgelegd en vervolgens een dwangsom is verbeurd, blijft deze verschuldigd – ook als de overtreding ten tijde van de beslissing op bezwaar inmiddels is beëindigd en daarom in bezwaar niet opnieuw een last wordt opgelegd. Voor de situatie waarin het gaat om een herstelsanctie ter voorkoming van herhaling van een eerdere overtreding, sluit de Afdeling aan bij vaste rechtspraak van het CbB. Dat betekent dat een dergelijke last kan worden opgelegd indien een overtreding heeft plaatsgevonden en gevaar voor herhaling

39. ABRs 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, zie ook A.J. Boorsma, T. Gillhaus, en C. de Rond, 'Kroniek toezicht en handhaving - (1 maart 2017 t/m 31 maart 2018)', *FR* 2018/6.

40. CbB 24 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:881, *JB* 2021/27, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

41. CbB 18 augustus 2020, ECLI:NL:CBB:2020:559, *JOR* 2020/259, m.nt. M. Altena en M. Kraaijeveld.

42. ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571, *M en R* 2021/11, m.nt. W.Th. Douma.

voor de hand ligt. Daarvoor moeten de omstandigheden ten tijde van het opleggen van de last op één lijn kunnen worden gesteld met de omstandigheden ten tijde van de eerdere overtreding.

Vooruitlopend op de uitspraak van de Grote Kamer heeft het CbB op 28 april 2020 een uitspraak gedaan over de *ex tunc/ex nunc* beoordeling bij herstelsancties, waarin het CbB de conclusie van advocaat-generaal Wattel niet noemt, maar hier – voor zover wij dat kunnen overzien – wel navolging aan geeft.⁴³ Appellante in die zaak beschikte over een vergunning voor het bemiddelen en/of adviseren in financiële producten als bedoeld in art. 2:75 en/of 2:80 Wft, waardoor zij jaarlijks een bijdrage in de kosten voor het doorlopend toezicht aan de AFM verschuldigd was. Omdat appellante de bijdrage niet had betaald, was de AFM overgegaan tot intrekking van de vergunning op grond van art. 1:104 lid 1, onder m, Wft. Appellant stelde zich bij het CbB op het standpunt dat de rechtbank bij de beoordeling van het bestreden besluit onvoldoende rekening heeft gehouden met het feit dat zij hangende bezwaar het bedrag van de verschuldigde heffingen heeft voldaan. Hier ging het CbB niet in mee. Onder verwijzing naar de uitspraak van 19 mei 2009 overweegt het CbB dat een besluit als hier aan de orde, in bezwaar in eerste instantie moet worden beoordeeld met inachtneming van de feiten en het recht zoals die zich voordeden ten tijde van het nemen van het besluit,⁴⁴ maar dat nadien opgetreden wijzigingen in de feiten of het recht onder omstandigheden wel aanleiding kunnen geven het besluit in bezwaar te herzien. Niet is gebleken van wijziging in de hiervoor bedoelde zin die AFM aanleiding behoorde te geven de intrekking van de vergunning in bezwaar te herroepen. De omstandigheid dat appellant hangende de bezwaarprocedure een bedrag ter hoogte van de nog verschuldigde heffingen heeft betaald, laat onverlet dat appellant niet de gehele schuld heeft betaald, aldus het CbB. Deze overweging roept wel de vraag op of het CbB anders zou hebben geoordeeld als de schuld wel volledig was terugbetaald.

Verder is deze uitspraak nog het signaleren waard, omdat het CbB ingaat op de vraag wanneer de AFM over mag gaan tot intrekking van de vergunning wegens het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen.⁴⁵ Het CbB overweegt in dat verband dat de wetgever bij invoering van de mogelijkheid van intrekking van een vergunning wegens het niet voldoen aan de betalingsverplichting van de heffingen voor het doorlopend toezicht voor ogen heeft gehad dat de toezichthouder van deze intrekkinggrond terughoudend gebruik maakt. In het onderhavige geval is het CbB – net als de rechtbank – van oordeel

dat uit de stukken blijkt dat de AFM alle acties (reguliere betalings- en aanmaningsprocedures, inning via incassobureau en betalingsregeling) heeft ondernomen die redelijkerwijs van haar mochten worden verwacht om appellante tot betaling te bewegen, alvorens over te gaan tot het intrekken van haar vergunning. Van strijd met het evenredigheidsbeginsel is volgens het CbB geen sprake.

6. Internationale aspecten

Een aardig inkijkje in de internationale bevoegdheidsverdeling wordt geboden door de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van september afgelopen jaar.⁴⁶ Aan eiseres in die procedure, een in Malta gevestigde bank, was door de Maltese toezichthouder (MFSA) een bankvergunning verleend voor onder meer het verstrekken van consumentenkrediet. Op grond van deze vergunning was het eiseres toegestaan om als Europees paspoorthouder grensoverschrijdend leningen te verstrekken (cross border dienstverlening). De Maltese bank is vervolgens vanuit een bijkantoor in Nederland krediet gaan aanbieden, waardoor de werkzaamheden verder gingen dan cross border dienstverlening. Daartoe strekte de vergunning zich echter niet uit. De AFM heeft een bestuurlijke boete opgelegd wegens het aanbieden van krediet in Nederland zonder vergunning (art. 2:60, eerste lid, Wft). In de procedure bij de rechtbank stond de vraag centraal of de AFM bevoegd was handhavend op te treden jegens eiseres voor een schending van de vergunningplicht. Eiseres vond van niet, omdat haar vergunning volgens haar met de inwerkingtreding van de SSM-verordening van rechtswege was omgezet in een ECB-vergunning als bedoeld in art. 2:61, eerste lid, aanhef en onder c, Wft. Banken met een dergelijke vergunning zijn sinds 12 juni 2015 uitgezonderd van de vergunningplicht in art. 2:60, eerste lid, Wft. De rechtbank overweegt echter dat de bank op 3 september 2013 is begonnen met het aanbieden van krediet in Nederland via een bijkantoor. Vanaf dat moment is zij in overtreding van de vergunningplicht. De SSM-verordening is pas later, op 3 november 2013, in werking getreden en art. 2:61, eerste lid, aanhef en onder c, Wft is met ingang van 12 juni 2015 gewijzigd (in die zin dat onder die uitzondering ook ECB-vergunningen worden begrepen). Volgens de rechtbank was eiseres de gehele periode van overtreding (tot 13 juni 2016) gehouden de Maltese toezichthouder in kennis te stellen van het openen van een bijkantoor. Nu zij dit niet heeft gedaan is zij volgens de rechtbank de gehele tegenwoordige periode in overtreding geweest.

Verder wijzen wij op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 3 maart 2021 over de Regeling aanpak flitskrediet die per 1 januari 2020 in werking is getreden.⁴⁷ Op grond van

43. CbB 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:322, JOR 2020/206, m.nt. S.M.C. Nuijten.

44. CbB 19 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI7113, JOR 2009/229 m.nt. V.H. Affourtit en J.F. de Groot.

45. Zie in dit verband ook CbB 10 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:805.

46. Rb. Rotterdam 29 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8466, JOR 2021/64, m.nt. B. Bierman.

47. Rb. Rotterdam (vzr.) 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2276.

de Regeling dienen online flitskredietaanbieders die vanuit het buitenland flitskrediet aanbieden in Nederland zich onder meer te houden aan de maximaal in Nederland toegestane kredietvergoeding. Aangezien de AFM van mening is dat een online flitskredietaanbieder zich niet houdt aan de maximaal toegestane kredietvergoeding, had de AFM besloten een openbare waarschuwing uit te vaardigen. De voorzieningenrechter heeft deze openbare waarschuwing geschorst, omdat de voorzieningenrechter – kort samengevat – betwijfelt of de Regeling in overeenstemming is met het Europees recht (meer specifiek het vrij verkeer van diensten) en daarmee of voor de openbare waarschuwing wel een toereikende wettelijke grondslag bestaat.

Op de valreep is in het kader van Europese aspecten nog een vermeldenswaardige uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verschenen over het registratievereiste voor aanbieders van cryptodiensten.⁴⁸ Ter implementatie van de Europese vijfde anti-witwasrichtlijn (Richtlijn 2018/843, AMLD5) is in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) vorig jaar een registratieplicht voor aanbieders van cryptodiensten geïntroduceerd.⁴⁹ DNB heeft in november 2020 cryptomuntenhandelaar Bitonic een registratie als bedoeld in art. 23b, eerste en tweede lid, Wwft verleend. Een van de vereisten die bij de registratie worden gesteld is dat Bitonic de identiteit van een klant vaststelt, controleert en screent tegen de sanctielijsten. Dat betekent volgens DNB dat Bitonic bij iedere transactie van en naar een externe wallet moet vaststellen dat deze persoon daadwerkelijk de ontvanger of verzender is. Bitonic stelt daarentegen dat dit vereiste geen deugdelijke wettelijke basis heeft en in strijd is met de privacyreggeving. Dat is dan ook de reden dat Bitonic bezwaar heeft gemaakt tegen het registratievereiste en de voorzieningenrechter heeft verzocht het vereiste te schorsen. Voordat de voorzieningenrechter toekomt aan een (voorlopig) inhoudelijk oordeel van het registratievereiste, stond eerst de vraag ter discussie of Bitonic wel ontvankelijk was in het verzoek. DNB stelde zich op het standpunt dat het registratievereiste rechtstreeks voortvloeit uit de wet en daarmee geen onderdeel uitmaakt van het besluit. De voorzieningenrechter gaat in dat betoog niet mee. Met Bitonic is de voorzieningenrechter van oordeel dat uit het besluit volgt dat het registratievereiste onlosmakelijk met het besluit verbonden is. Het registratievereiste is daarmee een zelfstandig onderdeel van het besluit. Dan de inhoud van het registratievereiste. De voorzieningenrechter heeft twijfels bij de proportionaliteit en noodzakelijkheid van het registratievereiste. Daarvoor is volgens de voorzieningenrechter nader onderzoek nodig. De voorzieningenrechter wijst daarom de voorlopige voorziening toe, maar – en dat is opvallend – schorst het

registratievereiste niet. Hierbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat Bitonic inmiddels alle door DNB vereiste maatregelen al heeft genomen en ingevoerd en dat het ondanks dat het mogelijk administratief zwaarder belastend is en volgens Bitonic niet voldoende effectief – in de praktijk wel mogelijk is gebleken daar al maanden uitvoering aan te geven. Wel bepaalt de voorzieningenrechter dat DNB binnen zes weken een beslissing op het bezwaar van Bitonic moet nemen.

7. Publicatieregime en openbaarmaking

Ook deze kroniekperiode verschenen weer diverse uitspraken over de (vroegtijdige) publicatie van sanctiebesluiten door de AFM en DNB. Deze uitspraken sluiten allemaal aan bij de inmiddels vaste en duidelijke lijn in de rechtspraak: als de opgelegde sanctie naar verwachting in bezwaar of beroep in stand zal blijven of onherroepelijk is geworden, dan zal degene die voorwerp is van de sanctie de openbaarmaking daarvan in de regel moeten dulden.⁵⁰ Een aantal van deze uitspraken is het signaleren waard. Allereerst de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 maart 2020.⁵¹ Deze uitspraak is interessant, omdat de voorzieningenrechter ingaat op het overgangsrecht van de per 11 augustus 2016 in werking getreden Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik (de Implementatiewet).⁵² Door deze wetwijziging is onder meer art. 1:97 Wft gewijzigd, waarmee alle bestuurlijke sancties van de toezichthouders naar aanleiding van overtredingen (waaronder het intrekken van een vergunning) onder het (nieuwe) publicatieregime zijn gebracht.⁵³ Verzoekster betoogde dat, gelet op het tijdstip waarop de overtredingen hebben plaatsgevonden, het oude publicatieregime nog van toepassing was en dat de AFM daarom niet bevoegd zou zijn het intrekkingbesluit te publiceren. De voorzieningenrechter volgt dit betoog niet. Onder verwijzing naar de toelichting op het overgangsrecht overweegt de voorzieningenrechter dat, anders dan verzoekster meent, in dit geval niet het eerste maar het tweede lid van art. VI van de Implementatiewet van toepassing is.⁵⁴ De AFM is daarom verplicht het intrekkingbesluit van 16 februari 2017 openbaar te maken. Niet de datum waarop de overtredingen zijn aangevangen, maar de datum waarop het intrekkingbesluit is genomen is dus bepalend voor de vraag of het besluit openbaar gemaakt moet worden. Het rechtszekerheidsbeginsel staat daaraan, anders dan verzoekster meent, niet in de weg. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter dat vaststaat dat de overtredingen die ten grondslag liggen aan het intrekkingbesluit

48. Rb. Rotterdam (vzr.) 7 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2968.

49. *Sib.* 2020, 146.

50. Zie onder meer Rb. Rotterdam (vzr.) 20 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2405.

51. Rb. Rotterdam (vzr.) 17 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2322, gepubliceerd op 15 april 2020.

52. *Sib.* 2016, 297.

53. *Kamerstukken II* 2015/16, 34455, nr. 3, p. 32.

54. *Kamerstukken II* 2015/16, 34455, nr. 3, p. 12 en 39.

weliswaar aanvingen voor de inwerkingtreding van het nieuwe publicatieregime, maar ook nog steeds plaatsvonden na inwerkingtreding van het nieuwe publicatieregime. Ten tijde van de overtredingen kon dit nieuwe publicatieregime bij verzoekster dus bekend worden verondersteld.

Ook signaleren wij de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2020.⁵⁵ Een beleggingsonderneming betoogde in die zaak dat de AFM niet bevoegd zou zijn om (specifieke onderdelen van) de last onder dwangsom voor overtreding van art. 4:11 lid 1 Wft en het daaraan ten grondslag liggende onderzoeksrapport te publiceren. Hier ging de rechtbank niet in mee. Dat door het verstrijken van de tijd de met de publicatie te dienen doelen niet meer zouden kunnen worden bereikt, wordt niet gevolgd. De omstandigheid dat de AFM niet direct na het (formeel, van rechtswege) verbeuren van dwangsommen tot publicatie is overgegaan, maar daartoe heeft besloten nadat zij op grond van onderzoek had vastgesteld dat dwangsommen waren verbeurd, acht de rechtbank zorgvuldig en juist in het belang van de onderneming. Over de omvang van de te publiceren onderdelen overweegt de rechtbank het volgende. Volgens de rechtbank is het inherent aan het publicatiesysteem in de Wft dat ook herroepen of vernietigde onderdelen van een besluit openbaar worden gemaakt. Ook het onderzoeksrapport mag daarbij worden gepubliceerd, nu dit een integraal onderdeel van het lastbesluit vormde. Door alle besluiten en het onderzoeksrapport volledig te publiceren wordt volgens de rechtbank aan het publiek een compleet en transparant beeld van het dossier gepresenteerd en blijkt ook dat er in de loop van de tijd bepaalde lastonderdelen zijn vervallen.

Voormelde lijn, dat herroepen of vernietigde onderdelen van een besluit openbaar moeten worden gemaakt, wordt bevestigd in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 9 februari 2021.⁵⁶ Deze uitspraak is ook om een andere reden het bespreken waard. De voorzieningenrechter gaat namelijk uitvoerig in op de belangenafweging die plaatsvindt in het kader van art. 1:98 lid 1 Wft. Volgens vaste rechtspraak dient publicatie alleen achterwege te blijven indien sprake is van een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door de natuurlijke of rechtspersoon als gevolg van deze publicatie te verwachten schade en/of gevolgen zodanig uitzonderlijk zijn dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken.⁵⁷ De stelling van verzoeker dat met de toepassing van dit toetsingscriterium geen belangenafweging plaatsvindt, volgt de voorzieningenrechter niet. Een belangenafweging vindt ook bij toepassing van dit toetsingscriterium plaats, echter met dien verstande dat aan het

belang van de bescherming van de markt, en daarmee aan het belang van de openbaarmaking van de identiteit van de overtreder, een dermate zwaar gewicht toekomt dat dit belang in beginsel dient te prevaleren, aldus de voorzieningenrechter. Dat betekent dat alleen bij uitzonderlijke schade en/of gevolgen voor de overtreder als gevolg van een volledige openbaarmaking aanleiding bestaat om zijn belang bij geanonimiseerde openbaarmaking te laten prevaleren. De voorzieningenrechter wijst nog wel op de situatie waarbij aannemelijk is dat met de openbaarmaking van de identiteit van de overtreder geen enkel belang wordt gediend,⁵⁸ maar daar is hier geen sprake van.

Dan nu de openbaarmaking op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). In de vorige kroniek benoemden we al dat de jurisprudentie over de Wob voor de AFM en DNB (vooralsnog) van beperkte betekenis is, omdat beide toezichthouders voor het grootste deel van de Wob zijn uitgezonderd.⁵⁹ Daar zal met de inwerkingtreding van de Wet open overheid (Woo) verandering in komen. Ten tijde van het schrijven van de vorige kroniek lag de Wijzigingswet Woo nog ter advisering voor bij de Raad van State⁶⁰, maar inmiddels heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen.⁶¹ Als het wetsvoorstel ook door de Eerste Kamer wordt aangenomen, dan zal de Woo waarschijnlijk in 2022 in werking treden.

In het kader van de Wob wijzen wij verder nog op de uitspraak van het CBb van 28 april 2020.⁶² De Minister van Financiën (hierna: de minister) had zich in die zaak op het standpunt gesteld dat hij op grond van art. 1:42 lid 5 Wft niet bevoegd was om het onderzoeksrapport, dat hij in het kader van zogeheten "toezicht op toezicht" in 1996 van de Stichting Toezicht Effectenverkeer (de voorloper van de AFM) had verkregen, aan appellant te verstrekken. Op grond van art. 1:42 lid 5 Wft zijn de minister en degenen die in zijn opdracht handelen verplicht tot geheimhouding van de op grond van art. 1:42 lid 2 Wft ontvangen gegevens of inlichtingen. De in art. 1:42 lid 2 Wft bedoelde gegevens of inlichtingen kunnen gegevens of inlichtingen zijn die onder de wettelijke geheimhoudingsplicht van art. 1:89 Wft vallen, maar ook andere gegevens of inlichtingen afkomstig van de toezichthouder. Volgens het CBb biedt art. 1:42 lid 5 Wft geen ruimte voor het maken van onderscheid tussen vertrouwelijke gegevens of inlichtingen en niet-vertrouwelijke gegevens en inlichtingen of een belangenafweging. Bepalend is dat de gegevens of inlichtingen zijn verkregen op grond van het tweede lid. Omdat dat in deze zaak aan de orde was,

55. Rb. Rotterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328, JOR 2021/14, m.nt. V.H. Affourtit.
56. Rb. Rotterdam (vzr.) 9 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2925.
57. Zie bijvoorbeeld CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42, m.nt. R. Stijnen.

58. Rb. Rotterdam 24 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5041.
59. A.J. Boorsma, C.A. Geleijnse en A.J. de Heer, 'Kroniek toezicht en handhaving – (15 maart 2019 t/m 15 april 2020)', FR 2020/6, p. 281-282.
60. Kamerstukken II 2019/20, 35112, nr. 7.
61. Kamerstukken I 2020/21, 35112, nr. A.
62. CBb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:318, JOR 2021/12, m.nt. A.J.P. Tillema.

was de minister volgens het CBb niet bevoegd op grond van art. 1:42 lid 5 Wft tot openbaarmaking van die gegevens en inlichtingen over te gaan. Op grond van art. 1:42 lid 7 Wft is de Wob op die gegevens en inlichtingen daarom niet van toepassing.

Tot een vergelijkbare conclusie kwam de Afdeling in een uitspraak van 24 februari 2021.⁶³ In die zaak stond de vraag centraal of de AFM terecht een Wob-verzoek had afgewezen, omdat zij stelde op grond van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob te zijn uitgezonderd van de Wob. De Wob-verzoeker in kwestie had verzocht om informatie met betrekking tot de totstandkoming van het Uniform Herstelkader inzake de rentederivatenproblematiek. Met de rechtbank en de AFM komt de Afdeling tot de conclusie dat de werkzaamheden die de AFM heeft verricht in het kader van de totstandkoming van het Uniform Herstelkader verband houden met of voortvloeien uit haar taken en bevoegdheden op grond van de Wft. Daardoor is de AFM op grond van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob voor wat betreft de gevraagde stukken uitgezonderd van de Wob en heeft de AFM volgens de Afdeling het Wob-verzoek terecht afgewezen.

63. ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:391, JOR 2021/89, m.nt. S.M.C. Nuijten en AB 2021/114, m.nt. P.J. Stolk.