

99

College van Beroep voor het bedrijfsleven
17 januari 2018, nr. 17/342, ECLI:NL:CBB:2018:5
(mr. Aerts, mr. Stam, mr. De Moor-van Vugt)
Noot mr. V.H. Affourtit

Toezicht AFM. Rechtsbescherming. Wijze van beëindiging overtreding Wft is eigen verantwoordelijkheid van vergunninghoudende entiteiten. Geen sprake van onevenredig belastinge weg naar rechter indien nadere besluitvorming wordt afgewacht. Bevestiging van aangevallen uitspraak.

[Awb art. 1:3 lid 1]

Appellanten beogen met de onderhavige procedure een definitief oordeel te verkrijgen over de vraag of [naam 1] na doorvoering van de voorgestelde herstructurering van de GFH Groep een toetsbare positie inneemt. Dat oordeel heeft voor appellanten feitelijke betekenis, omdat daarmee duidelijk wordt of de onder toezicht van AFM staande entiteiten behorende tot de GFH Groep op de desbetreffende onderdelen aan de voor hen geldende vergunningvereisten voldoen.

Het College is met de rechtbank van oordeel dat in dit geval geen aanleiding bestaat de brief van 17 maart 2016 (die het standpunt van AFM omtrent de toepassing van het recht bevat) voor wat betreft de mogelijkheid daartegen in rechte op te komen gelijk te stellen met een appellabel besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb.

Het College stelt vast dat appellanten ter afwending van mogelijk (nader) handhavend optreden door AFM zekerheid wensen over het antwoord op de vraag of met het doorvoeren van de voorgenomen

structuurwijziging van de GFH Groep de overtreding van de Wft van de betrokken vergunninghoudende entiteiten wordt beëindigd. Het College ziet in dit geval geen reden waarom van appellanten niet gevergd kan worden dat zij eventuele nadere besluitvorming van AFM in dat verband, waartegen in rechte kan worden opgekomen, afwachten. Daartoe overweegt het College dat het in de eerste plaats aan de vergunninghoudende entiteiten is om ervoor te zorgen dat zij aan de relevante wet- en regelgeving voldoen. De wijze waarop zij een vastgestelde overtreding beëindigen, in dit geval door een structuurwijziging, is in beginsel hun eigen verantwoordelijkheid. Van een onevenredig belastinge weg naar de rechter is voorts geen sprake, omdat het bestuurlijk rechtsoordeel geen wijziging brengt in het gegeven dat de Wft reeds sinds 11 juni 2015 wordt overtreden. De betrokken vergunninghoudende entiteiten zullen zich door het al dan niet doorvoeren van de structuurwijziging dus niet in een juridisch nadeligere positie begeven. Dat AFM lopende het informele overleg tussen partijen heeft afgezien van handhaving en dat een structuurwijziging kosten met zich brengt, doet aan het voorgaande niet af. Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

1. *Darion Holding BV* (voorheen: Global Fund House BV (GFH)) te Amsterdam,
2. *naam 1*,
appellanten,
gemachtigde: mr. dr. M. Klijnstra,
tegen
de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),
gemachtigde: mr. N. Boonstra.

(...; red.)

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak (Rb. 9 februari 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:1000, niet gepubliceerd); red.). Het College volstaat met het volgende.

1.2. [naam 1] houdt middellijk een belang groter dan 10% in het geplaatst kapitaal van GFH.

1.3. Bij besluit van 11 juni 2015 heeft AFM een aanvraag van GFH tot verlening van een vergunning als bedoeld in artikel 2:65 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) afgewezen, mede omdat

de betrouwbaarheid van [naam 1] als beoogd beleidsbepaler bij GFH niet langer buiten twijfel staat en omdat [naam 1] niet geschikt is in verband met het beheren van een beleggingsinstelling. Omdat dit oordeel gevolgen heeft voor de toetsbare posities die [naam 1] thans (nog) bekleedt bij de financiële ondernemingen van de Global Fund House Groep (GFH Groep) die onder toezicht staan van AFM, is [naam 1] in de gelegenheid gesteld deze posities terug te brengen tot onder een toetsbaar niveau.

1.4. GFH heeft bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van haar vergunningaanvraag en vervolgens beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar. Tevens heeft GFH aan AFM op 17 augustus 2015 een plan voorgelegd voor een wijziging van de aandeelhoudersstructuur van GFH en de GFH Groep. Bij brief van 1 september 2015 heeft AFM te kennen gegeven dat zij deze structuurwijziging onvoldoende acht voor de conclusie dat [naam 1] zich niet langer in een toetsbare positie bevindt. Vervolgens heeft op 6 oktober 2015 een overleg plaatsgevonden over de afbouw van de toetsbare posities van [naam 1], waarbij GFH aan AFM heeft voorgesteld om een alternatief herstructureeringsplan op te stellen. Bij e-mail van 15 oktober 2015 heeft AFM verzocht dit alternatief te laten vergezellen van de zienswijze van een onafhankelijke advocaat daarop.

1.5. Bij brief van 13 november 2015 heeft een door GFH ingeschakelde advocaat AFM haar zienswijze doen toekomen op de vraag of de implementatie van de voorgenomen structuur van aandelenbelangen in GFH, zoals uiteengezet in een memorandum van [naam 2], tot gevolg heeft dat geen sprake zal zijn van een gekwalificeerde deelneming door één of meerdere aandeelhouders in Wft-gereguleerde entiteiten binnen de GFH Groep. De advocaat komt tot de conclusie dat de voorgenomen structuur voorziet in een scheiding van zeggenschap en economisch belang, waardoor geen sprake zal zijn van een gekwalificeerde deelneming door één van de aandeelhouders (anders dan de op grond van de structuur nog op te richten stichting GFH Group Foundation) in een financiële onderneming behorende tot de GFH Groep.

1.6. Bij brief van 17 maart 2016 heeft AFM meegedeeld dat zij van oordeel is dat [naam 1] ook na doorvoering van de voorgestelde herstructurering een toetsbare positie inneemt en dat AFM niet op voorhand uitsluit dat dit ook geldt voor de overige

in de structuur genoemde vennootschappen en haar aandeelhouders. [naam 1] is volgens AFM in ieder geval aan te merken als houder van een gekwalificeerde deelneming als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft. Daarbij heeft AFM erop gewezen dat [naam 1] naast zijn rol als aandeelhouder tevens de rol van CEO en Partner vervult in de Raad van Bestuur van de management company van de GFH Groep, van waaruit de GFH Groep (waaronder de met de GFH Groep verbonden AFM-vergunninghoudende entiteiten) met een gemeenschappelijke strategie wordt aangestuurd. Deze positie van [naam 1] in samenhang met het kapitaalbelang van 9,99% in GFH vormt volgens AFM een positie waarmee [naam 1] een met 10% van het stemrecht vergelijkbare zeggenschap kan uitoefenen. Verder heeft AFM onder meer erop gewezen dat [naam 1] in deze management company samenwerkt met de andere bestuurders, die tevens aandeelhouders zijn in de GFH Groep. Volgens AFM is deze samenwerking vergelijkbaar met een duurzaam gemeenschappelijk beleid als bedoeld in artikel 5:45, vijfde lid, van de Wft, zodat [naam 1] wordt geacht mede te beschikken over de stemrechten van de aandeelhouders met wie hij deze duurzame samenwerking uitoefent.

1.7. Bij besluit van 21 juli 2016 (het bestreden besluit) heeft AFM het door appellanten tegen de brief van 17 maart 2016 gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard, omdat deze brief volgens haar geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en ook geen appellabel bestuurlijk rechtsoordeel is.

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellanten ongegrond verklaard. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen.

2.2. Volgens vaste jurisprudentie (zoals de uitspraken van het College van 1 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:256, en 27 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:175) kan het geven van een als zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijke bepaling in de gegeven situatie ten aanzien waarvan een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft, in zeer bijzondere gevallen worden aangemerkt als het verrichten van een op zichzelf staande publiekrechtelijke rechtshandeling, die bij de naar de materie bevoegde bestuursrechter kan worden aangevochten. Hiervoor bestaat slechts grond in

gevallen waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkene te verwachten of door hem uit te lokken besluit tot toepassing van de wettelijke regeling, waartegen in rechte kan worden opgekomen zonder dat sprake is van een voor betrokkene onevenredig belastende weg naar de rechter.

2.3. Daargelaten of in de brief van 17 maart 2016 sprake is van een als zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel als hiervoor bedoeld, ziet de rechtbank geen aanleiding voor het oordeel dat het onevenredig bezwarend is om het geschil over de gevolgen van de voorgenomen structuurwijziging via een beroepsprocedure over een daadwerkelijk besluit bij de bestuursrechter aan de orde te stellen. Voor de voorgenomen wijziging van de aandeelhoudersstructuur kan bij De Nederlandse Bank (DNB) een aanvraag worden ingediend voor een verklaring van geen bezwaar (vvgb) als bedoeld in artikel 3:95, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft. Bij de beoordeling zal DNB allereerst de aanvraag moeten beantwoorden, te weten of sprake is van een gekwalificeerde deelneming en of dus überhaupt een vvgb is vereist. Tegen het besluit van DNB kan vervolgens in rechte worden opgekomen. Uit de Wft en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft volgt dat daarnaast van de voorgenomen structuurwijziging, voorafgaand aan de effectuering daarvan, door de desbetreffende financiële ondernemingen melding moet worden gemaakt bij AFM, die daaromtrent vervolgens een besluit zal moeten nemen. Ook daartegen staat beroep open. Niet valt in te zien dat de vereiste meldingen en het aanvragen van een vvgb voor de verschillende aandeelhouders onevenredig bezwarend zijn. Voor zover GFH en [naam 1] met recht betogen dat langs deze weg geen ander oordeel over de gevolgen van de voorgenomen structuurwijziging zal worden verkregen dan nu reeds voorligt, leidt dit de rechtbank niet tot een ander oordeel. Het enkele feit dat AFM reeds langs informele weg een (al dan niet voorlopig) standpunt heeft ingenomen over de gevolgen van de voorgenomen structuurwijziging, schuift de formele weg die volgens de wetgever moet worden gevolgd om over dit standpunt een oordeel van de bestuursrechter te verkrijgen niet terzijde.

2.4. De rechtbank concludeert dat AFM het bezwaar van GFH en [naam 1] tegen de brief van 17 maart 2016 terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.. Appellanten voeren aan dat de rechtbank in het geheel niet is ingegaan op diverse van hun argumenten waarom het aanvragen van een vvgb in dit geval geen soelaas biedt. Ten onrechte heeft de rechtbank aldus zonder verdere uitleg aangenomen dat appellanten via het aanvragen van een vvgb een appellabel besluit kunnen verkrijgen over de vraag of sprake is van een gekwalificeerde deelneming. De aangevallen uitspraak is volgens appellanten in zoverre ontoereikend gemotiveerd. De rechtbank is eraan voorbij gegaan dat (a) het hier gaat om het oordeel van AFM en niet om het oordeel van DNB; (b) onduidelijk is wie bij DNB een vvgb zou moeten aanvragen; (c) het aanvragen van een vvgb door [naam 1] in de situatie dat hij van mening is dat geen sprake meer zou zijn van een gekwalificeerde deelneming, geen aanvaardbare, laat staan zinvolle, weg is en hoe dan ook niet tot een oordeel over het geheel van de beoogde structuur van GFH leidt; en (d) een eventueel oordeel van DNB niet betekent dat AFM dat oordeel onderschrijft. De rechtbank heeft voorts ten onrechte onbesproken gelaten dat er voor appellanten geen aanleiding is een vvgb aan te vragen, omdat zij vinden dat er geen sprake is van een gekwalificeerde deelneming. Daarnaast is het aanvragen van een vvgb door de stichting of [naam 1] wel degelijk onevenredig bezwarend. Niet enkel vanwege alle bijbehorende administratieve en financiële lasten, maar ook omdat dit tot toezichtantecedenten kan leiden voor onder meer de bestuurders van de stichting, indien en zodra de aanvraag van de vvgb wordt afgewezen. De rechtbank gaat er verder ten onrechte van uit dat volgens de wetgever voor situaties als de onderhavige een formele weg moet worden gevolgd. Dat volgt niet uit de Wft. Voorts had de rechtbank moeten beoordelen of in dit specifieke geval die formele weg onevenredig bezwarend is voor appellanten. Dat heeft zij ten onrechte nagelaten.

4. AFM voert aan dat het op grond van de Wft niet mogelijk is om een voorgenomen structuurwijziging in haar geheel voor te leggen aan DNB en AFM. De toezichthouders hebben afzonderlijke bevoegdheden en kunnen zich over en weer niet op het toezichtsgebied van de ander begeven. Daardoor kunnen de toezichthouders een voorgenomen structuurwijziging niet door middel van één besluit of een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel goedkeuren. Appellanten hebben zich tot AFM gewend met de vraag of de implementatie

van de voorgenomen structuur van aandelenbelangen in GFH tot gevolg heeft dat geen sprake zal zijn van een gekwalificeerde deelneming door één of meerdere aandeelhouders in Wft-gereguleerde entiteiten binnen de GFH Groep. Het was de wens van appellanten om tot een oplossing te geraken. AFM heeft de voorgelegde structuur doorgenomen en haar bevindingen in de brief van 17 maart 2016 neergelegd waarbij is ingegaan op de vraag of [naam 1] in de nieuw op te zetten structuur nog een toetsbare positie zou bekleden, hetgeen naar het oordeel van AFM het geval was. Hoewel AFM geen volledig en duidelijk beeld had om tot een definitief oordeel te komen over de toetsbare posities, had AFM zich op basis van de wel verstrekte informatie een beeld gevormd van de structuur die appellanten voor ogen hadden. Daarover heeft AFM duidelijk willen zijn, maar niet definitief en zonder voorbehoud een oordeel willen geven. Als appellanten (rechts-)zekerheid en een rechtsingang wensen, dan zullen zij de vereiste meldingen moeten doen en de vereiste vvgb's moeten aanvragen. Dat is de eigen verantwoordelijkheid van de betreffende vergunninghoudende entiteiten. Daarbij benadrukt AFM dat op grond van artikel 4:26 van de Wft bij haar meldingen moeten worden gedaan voorafgaand aan het uitvoeren van een structuurwijziging. Indien appellanten dergelijke meldingen zouden doen – en de voorgestelde structuurwijziging niet zouden doorzetten voordat deze trajecten zijn doorlopen – dan ziet AFM niet in dat dit zou leiden tot toezichtantecedenten.

5.1. AFM heeft ter zitting van het College het standpunt ingenomen dat appellanten, gelet op diverse ontwikkelingen die zich afgelopen maanden hebben voorgedaan ten aanzien van de vergunninghoudende entiteiten die onderdeel uitmaken van de voorgenomen structuurwijziging binnen de GFH Groep, hun procesbelang hebben verloren.

5.2. Het College volgt het standpunt van AFM niet en overweegt daartoe het volgende. Volgens vaste jurisprudentie van het College is sprake van voldoende procesbelang als het resultaat dat met een (hoger) beroep wordt nagestreefd ook daadwerkelijk bereikt kan worden en het realiseren van dat resultaat voor appellanten feitelijke betekenis kan hebben (zie onder meer de uitspraak van 8 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:45). Met onderhavige procedure beogen appellanten een definitief oordeel te verkrijgen over de vraag of

[naam 1] na doorvoering van de voorgestelde herstructurering van de GFH Groep een toetsbare positie inneemt. Dat oordeel heeft voor appellanten feitelijke betekenis, omdat daarmee duidelijk wordt of de onder toezicht van AFM staande entiteiten behorende tot de GFH Groep op de desbetreffende onderdelen aan de voor hen geldende vergunningvereisten voldoen.

5.3. Naar het oordeel van het College is het thans mogelijk dat appellanten het resultaat dat zij nastreven met deze procedure daadwerkelijk bereiken en kan dat resultaat voor appellanten nog altijd feitelijke betekenis hebben. De door AFM genoemde omstandigheden dat de vergunningen van Visie B.V. en Fondsbeheer Nederland B.V. (twee tot de GFH Groep behorende entiteiten) inmiddels zijn ingetrokken en AFM een voorname tot het geven van een aanwijzing heeft gestuurd aan Darion Capital Management B.V. (Darion; een andere tot de GFH Groep behorende entiteit) omdat AFM voorlopig van oordeel is dat [naam 1] in een toetsbare positie actief is bij Darion, maken dat niet anders.

6.1. De brief van 17 maart 2016 is naar het oordeel van het College geen besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Ook de partijen gaan daar overigens van uit. Deze brief is er immers niet op gericht verandering te brengen in de bestaande rechtsverhouding. De brief bevat enkel het standpunt van AFM omtrent de toepassing van het recht, waartegen in beginsel geen rechtsbescherming door de bestuursrechter open staat.

6.2. Volgens vaste jurisprudentie van het College, zoals onder andere blijkt uit zijn uitspraken van 21 juli 1998 (ECLI:NL:CBB:1998:ZF3595), 1 juli 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:256), 28 december 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:405) en 28 september 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:319), kan het geven van een als zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijke bepaling in een gegeven situatie ten aanzien waarvan een bestuursorgaan de bevoegdheid heeft, in zeer bijzondere gevallen voor wat betreft de mogelijkheid daartegen in rechte op te komen worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Hiervoor bestaat slechts grond in gevallen waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkene te verwachten of door hem uit te lokken besluit tot toepassing van de wettelijke regeling, waartegen

in rechte kan worden opgekomen zonder dat sprake is van een voor betrokkene onevenredig belastende weg naar de rechter.

6.3. Met de rechtbank is het College van oordeel dat in dit geval geen aanleiding bestaat de brief van 17 maart 2016 voor wat betreft de mogelijkheid daartegen in rechte op te komen gelijk te stellen met een appellabel besluit. Daartoe overweegt het College het volgende.

6.4. Voorop staat dat sinds het besluit van 11 juni 2015 de AFM-vergunninghoudende entiteiten die tot de GFH Groep behoren en waarbij [naam 1] een toetsbare positie inneemt, niet langer aan de voor hen geldende vergunningvereisten voldoen. Tegen die overtreding van de Wft kan AFM handhavend optreden. AFM heeft, om handhavend optreden te voorkomen, de gelegenheid geboden om deze overtreding(en) te beëindigen door [naam 1] posities die hij bij de betrokken vergunninghoudende entiteiten inneemt, terug te brengen tot onder een toetsbaar niveau. AFM heeft ter zitting toegelicht dat zij in dat kader informeel overleg heeft gevoerd met appellanten over de wijze waarop [naam 1] aan het afbouwen van zijn posities invulling zou moeten geven. Gedurende de periode van dat informeel overleg heeft AFM geen aanleiding gezien jegens de feitelijk in overtreding zijnde vergunninghoudende entiteiten formele handhavinginstrumenten in te zetten.

6.5. Het College stelt vast dat appellanten ter afwending van mogelijk (nader) handhavend optreden door AFM zekerheid wensen over het antwoord op de vraag of met het doorvoeren van de voorgenomen structuurwijziging van de GFH Groep de hiervoor genoemde overtreding van de betrokken vergunninghoudende entiteiten wordt beëindigd. Het College ziet in dit geval geen reden waarom van appellanten niet gevergd kan worden dat zij eventuele nadere besluitvorming van AFM in dat verband, waartegen in rechte kan worden opgekomen, afwachten. Daartoe overweegt het College dat het in de eerste plaats aan de vergunninghoudende entiteiten is om ervoor te zorgen dat zij aan de relevante wet- en regelgeving voldoen. De wijze waarop zij een vastgestelde overtreding beëindigen, in dit geval door een structuurwijziging, is in beginsel hun eigen verantwoordelijkheid. Van een onevenredig belastende weg naar de rechter is voorts geen sprake, omdat het bestuurlijk rechtsoordeel geen wijziging brengt in het gegeven dat de Wft reeds sinds 11 juni 2015

wordt overtreden. De betrokken vergunninghoudende entiteiten zullen zich door het al dan niet doorvoeren van de structuurwijziging dus niet in een juridisch nadeligere positie begeven. Dat AFM lopende het informeel overleg tussen partijen heeft afgezien van handhaving en dat een structuurwijziging kosten met zich brengt, doet aan het voorgaande niet af. De omstandigheid dat eventuele handhavingbesluiten, gericht aan de vergunninghoudende entiteiten van de GFH Groep, geen rechtsingang bieden aan appellanten, omdat zij bij die besluiten geen belanghebbenden zouden zijn in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb, wat daar ook van zij, vormt voor het College evenmin aanleiding om de brief van 17 maart 2016 als appellabel bestuurlijk rechtsoordeel aan te merken. Uit het wettelijk systeem vloeit voort dat enkel belanghebbenden tegen een besluit kunnen opkomen. Het uitlokken van een bestuurlijk rechtsoordeel kan niet ertoe leiden dat via die weg ook aan niet-belanghebbenden toegang tot de bestuursrechter wordt geboden.

7. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

NOOT

1. De feitelijke achtergrond van deze zaak laat zich maar beperkt uit bovenstaande uitspraak afleiden. Uit berichten op de website van de AFM en artikelen in de media blijkt het volgende (waarbij enige voorzichtigheid is geboden, nu uit de mediaberichten niet blijkt of (afdoende) wederhoor is toegepast). Het GFH Paraplufonds is een beleggingsinstelling als bedoeld in art. 1:1 Wft jo. art. 4 AIFM-Richtlijn en is gestructureerd als fonds voor gemene rekening. Het bestaat uit twee subfondsen. De eerste appellante, voorheen geheten Global Fund House (hierna GFH), is niet de beheerder van het fonds. Als beheerder trad een andere vennootschap op, die daarvoor beschikte over de vereiste vergunning van de AFM (art. 2:65 lid 1, aanhef en onder a, Wft). GFH verrichtte via een met de beheerder gesloten Fund Service Overeenkomst (FSO) beheerwerkzaamheden. Het fonds werd aangebo-

den via een nevenvestiging van de beheerder, die onder de handelsnaam GFH Giro kantoor hield op hetzelfde adres als GFH. Voor verschillende beslissingen had de beheerder formele toestemming van GFH nodig. Op enig moment zijn bij de AFM zorgen ontstaan over het beheer van het fonds. Na onderzoek heeft de AFM geconcludeerd dat sprake was van onregelmatigheden ten aanzien van de waardering van de activa van het fonds, met name waar het de illiquide beleggingen in teakhout en Amerikaanse levensverzekeringen betrof. Ook zou volgens de AFM sprake zijn van belangenconflicten tussen de beheerder, het fonds en de natuurlijke en rechtspersonen behorend tot de groep waartoe ook GFH behoort. Ook concludeerde de AFM dat GFH de facto het vermogensbeheer verrichtte. Eind 2016 heeft de beheerder op aanwijzing van de AFM het fonds gesloten en is een curator benoemd om het fonds af te wikkelen, ofwel in het kader van een overdracht aan een nieuwe beheerder, ofwel in het kader van een liquidatie. Eind 2017 is het fonds gedeeltelijk heropend, maar uitsluitend voor zover het de liquide beleggingen betrof.

2. Op enig moment heeft GFH bij de AFM een aanvraag ingediend om zelf als beheerder van fondsen op te mogen treden. Bij besluit van 11 juni 2015 heeft de AFM deze aanvraag afgewezen. De reden hiervoor was dat naar het oordeel van de AFM niet langer buiten twiifel stond dat (een van) de beoogde dagelijksbeleidbepaler(s), de tweede appellant (hierna "betrokkene"), geschikt was in verband met het beheren van een beleggingsinstelling. Omdat betrokkene nog andere toetsbare functies bekleedde binnen de groep waartoe GFH behoort, werd hij in de gelegenheid gesteld deze posities terug te brengen tot onder een toetsbaar niveau. In de GFH groep bevinden zich (kennelijk) entiteiten (waaronder een beleggingsonderneming) ten aanzien waarvan voor houders van een gekwalificeerde deelneming de plicht van een verklaring van geen bezwaar (vvgb) geldt op grond van art. 3:95 lid 1 Wft. Hiervoor werd door GFH een plan ingediend en een opinie van een advocaat overgelegd, die concludeerde dat de voorgenomen herstructurering zou leiden tot een scheiding van zeggenschap en economisch belang, waardoor geen sprake (meer) zou zijn van een gekwalificeerde deelneming door één van de aandeelhouders. De AFM deelde deze

conclusie niet. Betrokkene zou naast (indirect) (mede-)aandeelhouder tevens als CEO en partner deel uitmaken van de Raad van Bestuur van de management company van de groep waartoe GFH behoort. Deze positie in combinatie met een kapitaalbelang van 9,99% zou meebrengen dat sprake zou zijn van een met 10% van het stemrecht vergelijkbare zeggenschap. Er zou volgens de AFM dan ook na de herstructurering nog altijd sprake zijn van een toetsbare positie van betrokkene.

3. De vraag die in deze uitspraak centraal staat, is niet of deze conclusie van de AFM juist was. De door het CBB beantwoorde vraag is of de brief van de AFM waarin voornoemde conclusie is opgenomen kwalificeert als een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit. De AFM en de rechtbank kwamen tot de conclusie dat dit niet het geval is. Het CBB volgt hen daarin.

4. Bezwaar en beroep staat alleen open tegen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb. Onder een "besluit" wordt verstaan "een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling". Om als rechtshandeling te worden aangemerkt, moet een beslissing rechtsgevolg hebben, dat wil zeggen een verandering in rechten en plichten bewerkstelligen. Een brief, zoals die van de AFM, waarin "slechts" een schriftelijk standpunt wordt ingenomen over de gelding en betekenis van de toepasselijke regels op een voorgelegde casus, is niet gericht op rechtsgevolg. Alleen indien voor een dergelijk bestuurlijk rechtsoordeel een wettelijke grondslag bestaat, wordt het als besluit aangemerkt. Echter, in uitzonderingsgevalen wordt een zonder wettelijke grondslag gegeven "zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel omtrent de toepasselijkheid van een wettelijke bepaling (...) ten aanzien waarvan het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft" toch als besluit aangemerkt, althans wordt het voor de mogelijkheid van bezwaar en beroep met een besluit gelijkgesteld. De standaard-overweging van het CBB luidt dat hiervoor slechts grond bestaat "in gevallen waarin niet kan worden geoordeeld dat het rechtsoordeel vooruitloopt op een ten aanzien van betrokkene te verwachten of door hem uit te lokken besluit tot toepassing van de wettelijke regeling, waartegen in rechte kan worden opgekomen zonder dat sprake is van een voor betrokkene onevenredig belastende weg naar de rechter". Zie bijvoor-

beeld CBb 27 mei 1015, AB 2015/175, m.nt. Wolswinkel; ook in r.o. 5.3 is deze standaardoverweging opgenomen.

5. De achtergrond van deze rechtspraak is dat de bestuursrechter enerzijds vasthoudt aan het uitgangspunt dat hij slechts bevoegd is te oordelen over besluiten in de zin van art. 1:3 Awb. Dogmatisch is het zonder meer juist dat een oordeel van een bestuursorgaan over de toepasselijkheid van een wettelijk voorschrift aangaande de toepassing waarvan dat orgaan bevoegdheid heeft geen zelfstandige rechtsgevolgen in het leven roept. Immers, die rechtsgevolgen vloeien voort uit het wettelijk voorschrift zelf. Daarbij komt, dat in handhavingsskwesties het oprekken van de rechtsbeschermingsmogelijkheden aan adequate handhaving in de weg zou (kunnen) staan. Om deze redenen wordt in beginsel vastgehouden aan het uitgangspunt dat bij de bestuursrechter kan worden opgekomen tegen besluiten. Rechtsbescherming is derhalve mogelijk nadat het bestuursorgaan werkelijk van zijn bevoegdheden gebruikmaakt en daarbij een verandering in rechten en plichten teweegbrengt. De uitzondering die de bestuursrechter in bijzondere gevallen aanvaardt vindt haar grondslag in de effectieve rechtsbescherming, die soms vergt dat niet al te zeer aan de dogmatiek moet worden vastgehouden. Deze uitzondering dient echter blijkens de rechtspraak zeer beperkt te worden ingevuld. Alleen indien het onevenredig bezwarend zou zijn om een "echt" besluit uit te lokken of af te wachten, kan een uitzondering worden gemaakt. Zie voor een kernachtige bespreking van deze achtergronden de conclusies van de Staatsraad A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:4116, par. 3.6 en ECLI:NL:RVS:2018:249, par. 3.4-3.7.

6. GFH en betrokkene probeerden het CBb mee te krijgen in het standpunt dat het in dit geval onevenredig bezwarend zou zijn om een besluit uit te lokken waartegen bezwaar en beroep open zou staan. De manier om een echt besluit uit te lokken dat aan de bestuursrechter zou kunnen worden voorgelegd zou het aanvragen van een verklaring van geen bezwaar voor de voorgenomen wijziging van de aandeelhoudersstructuur zijn (art. 3:95 lid 1, aanhef en onder d, Wft). Dit betreft geen besluit van de AFM, maar van DNB. Volgens eiseres zou bovendien onduidelijk zou zijn wie bij DNB een verklaring van geen bezwaar zou moeten aanvragen. Het oordeel van

DNB zou ook niet betekenen dat de AFM dat oordeel van DNB onderschrijft. De voorgenomen structuurwijziging zou bovendien aan de AFM moeten worden gemeld; de reactie hierop van de AFM zou eveneens een besluit zijn. Echter, volgens GFH en betrokkene zou het geen zin hebben dit af te wachten, nu uit de brief van de AFM al zou blijken wat de opvatting van de AFM was.

7. Het CBb stelt voorop dat eiseres zelf verantwoordelijk is voor de correcte naleving van wet- en regelgeving. Daarvan is sinds de afwijzing van de vergunningaanvraag geen sprake meer. Het met de AFM gevoerde overleg vond in die zin plaats ter afwending van de inzet van handhavingsmiddelen tegen deze overtreding. De wijze waarop een overtreder aan de overtreding een einde maakt, is echter in beginsel aan hem. Het oordeel van de AFM over de beëindiging van de overtreding – of beter gezegd: het met de voorgestelde structuurwijziging volgens de AFM niet beëindigen van de overtreding – doet aan die verantwoordelijkheid niet af. Volgens het CBb kan van GFH en de betrokkene worden gevergd dat nadere besluitvorming door de AFM wordt afgewacht.

8. Dit oordeel is in lijn met eerdere rechtspraak, waaruit blijkt dat in gevallen waarin ten tijde van het vragen van een bestuurlijk rechtsoordeel de activiteiten waarop dat oordeel ziet al plaatsvinden, het afwachten van een appellabel (handhavings)besluit niet onevenredig bezwarend is. In een dergelijk geval is het uitlokken van een handhavingsbesluit immers feitelijk al aan de orde (zie bijvoorbeeld CBb 28 december 2016, «JB» 2017/47).

9. Opvallend is wel dat het CBb met deze motivering niet echt ingaat op het betoog van GFH en de betrokkene. Uit de samenvatting van dit betoog door het CBb valt op te maken dat in hoger beroep niet primair werd gesteld dat het afwachten van handhaving onevenredig bezwarend zou zijn, maar dat dit gold voor het indienen van een aanvraag om een verklaring van geen bezwaar ter beëindiging van de gestelde overtreding. Het zou interessant zijn geweest te lezen wat het CBb zou hebben gevonden van het op zichzelf begrijpelijke betoog dat de bevoegdheidsverdeling tussen de AFM en DNB tot een wat diffuse situatie leidt. Immers, uit een door DNB af te geven verklaring van geen bezwaar volgt niet (zonder meer) dat voor de AFM

geen enkele grond of bevoegdheid bestaat voor handhaving. Andersom geldt echter ook dat een bestuurlijk rechtsoordeel van de AFM de bevoegdheid van DNB om te beslissen over (het benodigd zijn van) een verklaring van geen bezwaar over de voorgenomen structuurwijziging onverlet laat. Het bestuurlijk rechtsoordeel is in zoverre dan ook geen echt alternatief voor de in de uitspraak gememoreerde reële besluiten. Het bieden van rechtsbescherming tegen het gegeven bestuurlijk rechtsoordeel zou in dit geval dan ook waarschijnlijk juist tot meer rechtsonzekerheid hebben geleid.

V.H. Affourtit,
advocaat financieel en economisch bestuursrecht
bij Houthoff te Amsterdam