

135

Rechtbank Rotterdam
20 december 2018, nr. ROT 18/5483,
ECLI:NL:RBROT:2018:10909
(mr. Van Velzen)
Noot mr. V.H. Affourtit

Bestuurlijke boete opgelegd aan Maltese bank wegens in Nederland aanbieden van krediet vanuit in Nederland gelegen bijkantoor. Cautieplicht geldt niet bij horen van werknemers rechtspersoon. AFM mag boetebesluit publiceren.

[Wft art. 2:15, 2:62 lid aanhef en onder a]

Niet in geschil is dat de vennootschap Novum op grond van art. 2:18 Wft vanuit Malta krediet mag aanbieden in Nederland zonder te beschikken over een daartoe door de AFM verleende vergunning. Volgens de AFM heeft Novum evenwel krediet in Nederland aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, terwijl het haar niet op grond van art. 2:15 Wft was toegestaan daartoe over te gaan.

Het standpunt van Novum dat de verklaringen van [naam 5] niet kunnen worden gebruikt als bewijs, omdat de cautie achterwege is gebleven en deze verklaringen onder dwang zijn afgelegd, onderschrijft de voorzieningenrechter niet. Zoals ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in haar uitspraak van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3494) heeft overwogen, volgt uit de door de AFM in het bestreden besluit genoemde uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2115) dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. In het midden kan blijven of [naam 5] haar verklaringen onder dwang heeft afgelegd. Uitsluiting van verklaringen omdat deze onder dwang zijn verkregen, kan immers alleen aan de orde zijn wanneer die verklaringen zijn verkregen van degene die wordt of kan worden beboet, zo volgt (ook volgens de Afdeling) uit voormelde uitspraak van 27 juni 2018. Evenmin is aannemelijk geworden dat [naam 5], ook al was zij geen bestuurder van Novum, als feitelijk leidinggever aan een overtreding van Novum beboet had kunnen worden en dat haar om die reden een zwijgrecht toekwam.

De conclusie is dat Novum met het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen kantoor in de desbetreffende periode art. 2:60 lid 1 Wft heeft overtreden.

Het standpunt van Novum dat aan de vaststelling van deze overtreding wilsafhankelijke informatie ten grondslag ligt die de AFM via haar informatieverzoeken onder dwang heeft verkregen, volgt de voorzieningenrechter niet. Volgens de AFM is eventuele wilsafhankelijke informatie die Novum naar aanleiding van de informatieverzoeken heeft verstrekt niet gebruikt als bewijs van de overtreding. De door de AFM op de website www.cashper.nl aangetroffen informatie, de gelet op voor het bewijs van de overtreding bruikbare verklaring van [naam 5] en het register van DNB leveren, in samenhang bezien, in essentie reeds het bewijs dat Novum vanuit een kantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder de daarvoor vereiste notificatieprocedure te hebben doorlopen. Er bestaat derhalve geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening. De AFM mag het bestreden besluit dus publiceren.

Novum Bank Ltd te Ta'Xbiex (Malta),

verzoekster,

gemachtigden: mr. S.M.C. Nuijten, mr. F.W.J. van der Eerden en mr. M.G. van Well,

tegen

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),

verweerster,

gemachtigden: mr. F.E. de Bruijn, mr. T. Gillhaus en mr. S.H.G. Cnossen.

(...; red.)

Overwegingen

1.1. Novum is een vennootschap ("limited") naar het recht van Malta en is daar statutair gevestigd. Novum staat sinds 11 november 2009 onder toezicht van de Malta Financial Services Authority (MFSA), die haar op grond van de Maltese Banking Act een bankvergunning heeft verleend. Sinds 15 juni 2010 is Novum opgenomen in het register van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) als Europees paspoorthouder in de zin van artikel 2:18 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), met als activiteit onder meer het verstrekken van leningen. Enig aandeelhouder van Novum is Novum Participations B.V..

1.2. De moedermaatschappij van Novum heeft in 2012 ondernemingen overgenomen die flitskredieten aanboden in Nederland, Spanje, België en

Polen. Daaronder bevond zich de Nederlandse flitskredietaanbieder Your Finance B.V. (Your Finance), waaraan de AFM bij besluit van 31 december 2013 een bestuurlijke boete heeft opgelegd wegens het zonder vergunning aanbieden van krediet in Nederland. De voormalige bestuurders van Your Finance [naam 2], [naam 3] en [naam 4] zijn na de overname gaan werken voor Novum of de groep waarvan Novum deel uitmaakte.

1.3. Op 3 september 2013 is Novum gestart met het in Nederland aanbieden van krediet via de in de Nederlandse taal opgestelde website www.cashper.nl. Op deze website stond vermeld dat Cashper gevestigd is in Berkel en Rodenrijs en dat consumenten bij vragen contact kunnen opnemen met een Nederlands telefoonnummer. Uit van DNB ontvangen informatie is de AFM gebleken dat Novum in Nederland 39,95 fte aan werknemers in loondienst had. Hierdoor ontstond bij de AFM het vermoeden dat Novum mogelijk niet voldeed aan de vergunningplicht en de gedragsregels die zijn gesteld voor het aanbieden van consumptief krediet en evenmin aan de voorwaarden die zijn verbonden aan grensoverschrijdende dienstverlening. De AFM heeft op 15 en 16 maart 2016 op het kantoor van Novum te Berkel en Rodenrijs, waar eerder Your Finance was gevestigd, onderzoek gedaan naar de naleving door Novum van de Wft en de Wet handhaving consumentenbescherming bij het aanbieden van consumptief krediet in Nederland.

1.4. Novum is op 3 april 2016 gestopt met het in behandeling nemen van nieuwe kredietaanvragen van consumenten in Nederland. Op 13 juni 2016 heeft zij een bericht op de website www.cashper.nl geplaatst waaruit blijkt dat het niet meer mogelijk is om krediet aan te vragen. In overleg met de AFM heeft Novum vervolgens haar Nederlandse kredietportefeuille afgewikkeld.

Uit de door Novum aan de AFM verstrekte gegevens blijkt dat Novum in de periode van 3 september 2013 tot en met 16 maart 2016 151.961 kredietaanvragen heeft ontvangen en 140.103 kredieten heeft verstrekt, waarmee zij een omzet heeft gerealiseerd van ruim € 57 miljoen. Het betrof kredieten van € 100,- of € 200,- met een terugbetalingstermijn van 15 of 30 dagen en kredieten van € 300,-, € 400,-, € 500,- of € 600,- met een terugbetalingstermijn van 30 dagen. De rente op jaarbasis was eerst 15%, vanaf 15 juli 2015 13,9%. Novum heeft 19.193 kredieten verstrekt waarbij de consu-

ment koos voor “comfort bundel Gemak”, wat betekende dat de kredietaanvraag binnen vier uur werd afgehandeld tegen betaling van 20% van het geleende bedrag. Novum heeft 112.531 kredieten verstrekt waarbij de consument koos voor “super bundel Snel”. Dit betekende dat de kredietaanvraag binnen tien minuten werd afgehandeld tegen betaling van 25% van het geleende bedrag.

1.5. Op basis van haar onderzoek naar de activiteiten van het kantoor van Novum in Berkel en Rodenrijs (het kantoor) is bij de AFM het vermoeden ontstaan dat Novum haar activiteiten in Nederland heeft uitgevoerd vanuit een bijkantoor als bedoeld in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder 17, van Verordening (EU) nr. 575/2013 (PbEU 2013, L 176; verordening kapitaalvereisten). De AFM heeft dit vermoeden bij brief van 5 oktober 2016 met bijbehorend rapport ter toetsing voorgelegd aan de MFSA.

1.6. Op 7 november 2017 heeft de AFM van de MFSA een kopie ontvangen van een brief van de MFSA aan Novum van diezelfde datum. In die brief oordeelt de MFSA dat het kantoor een bijkantoor is, zodat Novum in Nederland activiteiten heeft verricht die verder gaan dan de diensten die Novum zou mogen verlenen op basis van haar Europees paspoort.

1.7. Onder verwijzing naar dit oordeel van de MFSA heeft de AFM in haar onderzoeksrapport van 14 mei 2018 geconcludeerd dat Novum op basis van haar Europees paspoort vanuit Malta weliswaar krediet zou mogen aanbieden in Nederland, maar niet vanuit een bijkantoor in Nederland omdat de daarbij behorende notificatieprocedure niet is doorlopen. Volgens de AFM heeft Novum, nu zij niet beschikte over een vergunning voor het aanbieden van krediet in Nederland en zij geen beroep kon doen op een uitzondering op de vergunningplicht, in de periode van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 artikel 2:60, eerste lid, van de Wft overtreden.

2. Na bij brief van 14 mei 2018 een voornemen tot boeteoplegging aan Novum kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zienswijze van Novum daarop, heeft de AFM Novum bij het bestreden besluit wegens voormelde overtreding een bestuurlijke boete van € 1.750.000,- opgelegd.

3. Op grond van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.

4. Niet in geschil is dat Novum van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 in Nederland krediet heeft aangeboden en dat zij niet beschikte over een daartoe door de AFM verleende vergunning.

5. Novum betoogt dat artikel 2:60, eerste lid, van de Wft op grond van artikel 2:62, aanhef en onder a, van deze wet niet op haar van toepassing was. 5.1. Op grond van artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft is artikel 2:60, eerste lid, niet van toepassing op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat die als bank hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of door middel van het verrichten van diensten naar Nederland, voorzover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 is toegestaan krediet aan te bieden.

Afdeling 2.2.2 van de Wft bestaat uit de artikelen 2:11 tot en met 2:26 van deze wet.

Op grond van artikel 2:14, eerste lid, van de Wft deelt DNB, indien zij een mededeling van het voornemen van een bank met zetel in een andere lidstaat niet zijnde een deelnemende lidstaat als bedoeld in artikel 2 van de verordening bankentoezicht, tot het uitoefenen van haar bedrijf vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor heeft ontvangen van een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat, de betrokken bank onverwijld deze ontvangst mede.

Op grond van het tweede lid van dit artikel kan DNB binnen twee maanden na ontvangst van de mededeling de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat mededelen welke voorwaarden om redenen van algemeen belang door de bank in acht moeten worden genomen bij het uitoefenen van haar bedrijf vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. DNB zendt hiervan een afschrift aan de bank.

Op grond van artikel 2:15, eerste lid, van de Wft kan een bank met zetel in een andere lidstaat niet zijnde een deelnemende lidstaat als bedoeld in artikel 2 van de verordening bankentoezicht, die een vergunning heeft voor het uitoefenen van haar bedrijf, verleend door de toezichthoudende instantie van die lidstaat, en voornemens is haar bedrijf uit te oefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, daartoe overgaan twee maanden na ontvangst van de mededeling, bedoeld in artikel 2:14, eerste lid, of onmiddellijk na ontvangst van de mededeling, bedoeld in artikel 2:14, tweede lid. Op grond van het tweede lid van dit artikel is het de bank toegestaan de werkzaamheden, bedoeld in bijlage I bij de richtlijn kapitaalvereisten, te

verrichten, tenzij in de mededeling, bedoeld in artikel 2:14, eerste lid, uitdrukkelijk anders is bepaald of die mededeling het verrichten van die werkzaamheden niet vermeldt.

Op grond van artikel 2:18, eerste lid, van de Wft kan een bank met zetel in een andere lidstaat niet zijnde een deelnemende lidstaat als bedoeld in artikel 2 van de verordening banktoezicht, die een door de toezichthoudende instantie van die lidstaat verleende vergunning heeft voor het uitoefenen van haar bedrijf en voornemens is voor de eerste maal door middel van het verrichten van diensten naar Nederland haar bedrijf uit te oefenen, daartoe overgaan nadat zij de toezichthoudende instantie van de lidstaat waar zij haar zetel heeft, kennis heeft gegeven van het voornemen.

Op grond van het tweede lid van dit artikel is het de bank toegestaan de werkzaamheden, bedoeld in bijlage I bij de richtlijn kapitaalvereisten, te verrichten, tenzij DNB van de toezichthoudende instantie van de lidstaat van de zetel van de desbetreffende bank een mededeling heeft ontvangen waarin uitdrukkelijk anders is bepaald of die mededeling het verrichten van die werkzaamheden niet vermeldt.

5.2. Niet in geschil is dat Novum op grond van artikel 2:18 van de Wft vanuit Malta krediet mag aanbieden in Nederland zonder te beschikken over een daartoe door de AFM verleende vergunning. Volgens de AFM heeft Novum evenwel krediet in Nederland aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, terwijl het haar niet op grond van artikel 2:15 van de Wft was toegestaan daartoe over te gaan. Gelet hierop kan Novum zich volgens de AFM niet beroepen op artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft en was artikel 2:60, eerste lid, van de Wft onverkort van toepassing op Novum.

5.3. Aan haar standpunt dat Novum krediet in Nederland heeft aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor heeft de AFM ten grondslag gelegd dat vanuit het kantoor activiteiten zijn verricht die inherent zijn aan het aanbieden van krediet en niet slechts van ondersteunende of ondergeschikte aard zijn. Onder verwijzing naar het verslag van haar gesprek op 15 maart 2016 met [naam 5], [functie bij Novum], heeft de AFM erop gewezen dat de medewerkers van het kantoor werkzaamheden verrichtten die waren gericht op het faciliteren van de kredietaanvragen. Zo stonden zij klanten die problemen ondervonden bij het verzamelen en uploaden van de benodigde

gegevens en klanten die een onvolledige aanvraag hadden gedaan telefonisch te woord in het Nederlands. Ook werden in het kantoor wezenlijke onderdelen uitgevoerd van het verificatieproces, onder meer het controleren of de kredietaanvraag volledig was en op juiste gegevens berustte, een voorwaarde voor de totstandkoming van de kredietovereenkomst. Hoewel dit proces deels geautomatiseerd verliep, hadden de medewerkers hierbij ook een zelfstandige rol. Deze rol hield onder meer in dat de medewerkers aan de hand van salarisstroken beoordeelden of een kredietaanvrager het door hem opgegeven inkomen daadwerkelijk ontving en of de aangeleverde stukken ter onderbouwing van de aanvraag voldoende recent waren. De controle kon ook inhouden dat de medewerkers de kredietaanvrager verzochten nadere stukken in te dienen, bijvoorbeeld wanneer een eerdere aanvraag van dezelfde klant aanleiding gaf om te twifelen aan de door hem verstrekte bewijsstukken. Ook ten behoeve van de uitvoering van de kredietovereenkomsten werden door de medewerkers in het kantoor activiteiten verricht die volgens de AFM eigen zijn aan de activiteiten van een kredietinstelling. In het bijzonder waren deze medewerkers verantwoordelijk voor het opstellen en verspreiden van facturen en aanmaningen op naam van Novum. Daarnaast belden zij naar klanten met een betalingsachterstand om hen te vragen wanneer zou worden betaald. Zo nodig konden zij met de klant een betalingsregeling treffen, waarbij de medewerker binnen bepaalde grenzen naar eigen inzicht en afhankelijk van de situatie van de klant de invulling van de betalingsregeling kon bepalen. De belangrijke rol van het kantoor in het kredietverleningsproces blijkt voorts uit de omstandigheid dat dit kantoor niet alleen functioneerde als centraal aanspreekpunt voor de Nederlandse klanten, maar naar hen toe ook als zodanig werd gepresenteerd. Hiervoor is relevant dat de website in het Nederlands was opgesteld en dat daarop werd verwezen naar het adres van het kantoor en een Nederlands e-mailadres en telefoonnummer. Wie dit nummer belde of door een van de medewerkers werd gebeld, werd in het Nederlands te woord gestaan door een medewerker van het kantoor. Het Nederlandse nummer werd eveneens via sms gecommuniceerd aan klanten die een onvolledige aanvraag hadden ingediend, zodat ook zij contact konden opnemen met het kantoor.

5.4. Het standpunt van Novum dat de verklaringen van [naam 5] tijdens het gesprek op 15 maart 2016 niet kunnen worden gebruikt als bewijs, omdat de cautie achterwege is gebleven en deze verklaringen onder dwang zijn afgelegd, onderschrijft de voorzieningenrechter niet. Zoals ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in haar uitspraak van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3494) heeft overwogen, volgt uit de door de AFM in het bestreden besluit genoemde uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2115) dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als Novum zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de AFM [naam 5] als vertegenwoordiger van Novum heeft gehoord, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat zij geen bestuurder van Novum was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of haar de cautie had moeten worden gegeven. Uit het voorgaande volgt dat in het midden kan blijven of [naam 5] haar verklaringen onder dwang heeft afgelegd. Uitsluiting van verklaringen omdat deze onder dwang zijn verkregen, kan immers alleen aan de orde zijn wanneer die verklaringen zijn verkregen van degenen die wordt of kan worden beboet, zo volgt (ook volgens de Afdeling) uit voormelde uitspraak 27 juni 2018. Evenmin is aannemelijk geworden dat [naam 5], ook al was zij geen bestuurder van Novum, als feitelijk leidinggever aan een overtreding van Novum beboet had kunnen worden en dat haar om die reden een zwijgrecht toekwam. De stelling van Novum dat het voorgaande afwijkt van de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en deze rechtbank onderschrijft de voorzieningenrechter niet. De door haar in dit verband genoemde jurisprudentie (ECLI:NL:CBB:2012:BY7026 («JOR» 2013/48, m.nt. Nuijten; *red.*), ECLI:NL:RBROT:2006:AY6361 en ECLI:NL:RBROT:2003:AI1062) ziet op het zwijgrecht van ondernemingen zoals neergelegd in artikel 53 van de Mededingingswet, dat hier niet aan de orde is.

In wat Novum verder naar voren heeft gebracht over het zwijgrecht ziet de voorzieningenrechter geen reden om anders te oordelen dan de Afdeling in voormelde uitspraken van 27 juni 2018 en 24 oktober 2018 heeft gedaan.

5.5. Het standpunt van de AFM dat Novum krediet in Nederland heeft aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor heeft Novum in het kader van haar verzoek om voorlopige voorziening eerst ter zitting betwist. Nu die betwisting niet of nauwelijks meer omvat dan een verwijzing naar wat Novum in haar zienswijze naar voren heeft gebracht, de AFM op die zienswijze in het bestreden besluit heeft gereageerd en Novum niet heeft geconcretiseerd waarom die reactie tekortschiet, volstaat de voorzieningenrechter met de overweging dat hij geen grond ziet voor het oordeel dat de AFM zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat Novum krediet in Nederland heeft aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

5.6. Uit het voorgaande volgt tevens dat de AFM zich, anders dan Novum meent, zonder verder onderzoek op het standpunt heeft kunnen stellen dat het kantoor geen “representative office” is en dat het door Novum in Nederland aangeboden krediet geen dienst van de informatiemaatschappij is als bedoeld in artikel 1:16, eerste lid, van de Wft. Zoals de AFM onweersproken heeft opgemerkt, kan een bijkantoor niet (ook) een “representative office” zijn. Voorts is bij gebruikmaking van een bijkantoor geen sprake van dienstverlening vanuit een vestiging in een andere lidstaat als bedoeld in artikel 1:16 van de Wft. Reeds hierom slaagt het beroep van Novum op de uitspraak van 2 februari 2018 van deze rechtbank (ECLI:NL:RBROT:2018:645) niet.

5.7. Nu Novum niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat DNB van de MFSA een mededeling heeft ontvangen als bedoeld in artikel 2:14, eerste lid, van de Wft, stelt de AFM zich terecht op het standpunt dat het Novum niet op grond van artikel 2:15 van de Wft was toegestaan krediet in Nederland aan te bieden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

5.8. Gelet op het voorgaande heeft de AFM zich voorts terecht op het standpunt gesteld dat Novum zich bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor niet kan beroepen artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft. Dat Novum op grond van artikel 2:18 van de Wft vanuit Malta krediet mag aanbieden in Nederland leidt niet tot een ander oordeel. Artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft moet naar het oordeel van de voorzieningenrechter zo worden gelezen dat Novum zich alleen bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit Malta

op deze bepaling kan beroepen en dus niet bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

5.9. De stelling van Novum dat zij de MFSA in 2012/2013 volledig heeft geïnformeerd over haar voorgenomen activiteiten in Nederland, waarna de MFSA haar in juni 2013 een gewijzigde (uitgebreide) nieuwe bankvergunning heeft verleend en DNB daarover heeft ingelicht, kan haar evenmin baten. Anders dan Novum meent, heeft zij daaraan niet het vertrouwen kunnen ontleenen dat zij mocht overgaan tot het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Gesteld noch gebleken is dat DNB van de MFSA een mededeling heeft ontvangen als bedoeld in artikel 2:14, eerste lid, van de Wft. Daarbij wijst de rechtbank erop dat de MFSA Novum, gelet op artikel 35, derde lid, van Richtlijn 2013/36/EU (PbEU 2013, L 176; richtlijn kapitaalvereisten), van een dergelijke mededeling aan DNB in kennis zou moeten stellen. Daarvan niet is gebleken.

5.10. Het betoeg van Novum faalt.

6. Verder heeft Novum betoegd dat geen sprake kan zijn geweest van overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft, nu zij als houder van een Maltese bankvergunning voor het mogen aanbieden van krediet in Nederland op grond van artikel 11 en 12 van Verordening (EU) nr. 468/2014 (PbEU 2014, L 141/1; GTM-kaderverordening) de zogenoemde notificatieprocedure van de richtlijn kapitaalvereisten moet doorlopen en zij geen vergunning van de AFM als bedoeld in artikel 2:60, eerste lid, van de Wft kan verkrijgen.

6.1. Ook dit betoeg faalt. Met de AFM is de voorzieningenrechter van oordeel dat de artikelen 2:60, eerste lid en 2:62, aanhef en onder a, van de Wft in samenhang moeten worden gelezen, waarbij het met goed gevolg doorlopen van de van toepassing zijnde notificatieprocedure in de plaats komt van een door de AFM verleende vergunning voor het aanbieden van krediet in Nederland. Dat Novum, naar de AFM ter zitting heeft bevestigd, in beginsel geen vergunning kan verkrijgen als bedoeld in artikel 2:60, eerste lid, van de Wft, laat onverlet dat Novum na het met goed gevolg doorlopen van de vereiste notificatieprocedure een beroep kan doen op artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft en zonder artikel 2:60, eerste lid, van de Wft te overtreden krediet kan aanbieden in Nederland.

7. De conclusie is dat Novum met het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor in de desbetreffende periode artikel 2:60, eerste lid, van de Wft heeft overtreden.

8. Het standpunt van Novum dat aan de vaststelling van deze overtreding wilsafhankelijke informatie ten grondslag ligt die de AFM via haar informatieverzoeken onder dwang heeft verkregen, volgt de voorzieningenrechter niet. Volgens de AFM is eventuele wilsafhankelijke informatie die Novum naar aanleiding van de informatieverzoeken heeft verstrekt niet gebruikt als bewijs van de overtreding. Novum heeft weliswaar tot op zekere hoogte geconcretiseerd welke door haar naar aanleiding van de informatieverzoeken verstrekte informatie volgens haar wilsafhankelijk is, maar zij heeft niet toegelicht waaruit blijkt dat deze informatie als bewijs van de overtreding is gebruikt. De door de AFM op de website www.cashper.nl aangetroffen informatie zoals weergegeven in de eerste twee zinnen van 1.3, de gelet op 5.4 voor het bewijs van de overtreding bruikbare verklaring van [naam 5] en het register van DNB leveren, in samenhang bezien, in essentie reeds het bewijs dat Novum vanuit een bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder de daarvoor vereiste notificatieprocedure te hebben doorlopen.

9. Naar de letter van de wet is de AFM op grond van artikel 1:80, eerste lid, aanhef en onder a van de Wft, in samenhang bezien met de daarin genoemde bijlage, bevoegd Novum een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft.

10. Novum betoegt dat de AFM met de vaststelling van de overtreding en de boeteoplegging buiten haar bevoegdheden is getreden, nu de MFSA als vergunningverlener in het Europees stelsel van banktoezicht door middel van een "Europees paspoort" bepaalt welke vergunde activiteiten Novum ook in een andere lidstaat mag verrichten en de AFM in dit geval geen bevoegdheid heeft ten aanzien van de markttoegang.

10.1. Dit betoeg slaagt ook niet. Anders dan Novum meent, heeft de AFM zich niet uitgelaten over de vraag of Novum in aanmerking komt voor toegang tot de Nederlandse markt voor consumentkrediet. De AFM heeft alleen vastgesteld dat Novum de verplichte notificatieprocedure ter verkrijging van die toegang niet heeft doorlopen, zodat artikel 2:60, eerste lid, van de Wft onverkort op haar van toepassing is. Dat het Europees stelsel

van banktoezicht enige bepaling bevat die zich daartegen verzet, heeft Novum niet aannemelijk gemaakt. Wat Novum in dit verband verder nog naar voren heeft gebracht, stuit hierop af.

11. Novum betoogt dat zij gelet op de boete die haar bij besluit van 15 november 2018 door de MFSA is opgelegd dubbel wordt bestraft voor dezelfde gedraging, wat in strijd is met het “ne bis in idem-beginsel”.

11.1. Dit betoog treft geen doel, reeds nu de MFSA Novum ten tijde van het bestreden besluit nog geen boete had opgelegd. Dat dit inmiddels wel is gebeurd, betekent niet dat de AFM in het besluit op het bezwaar van Novum, gelet op de heroverweging *ex nunc*, de door haar opgelegde boete moet herroepen. De boeteoplegging door de MFSA laat onverlet dat Novum ten tijde van het bestreden besluit (nog) geen boete door de MFSA was opgelegd, zodat ook in bezwaar geen grond aanwezig is voor de conclusie dat de boeteoplegging door de AFM bij het bestreden besluit in strijd was met het “ne bis in idem-beginsel” en artikel 5:43 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dat het voornemen van de MFSA om Novum een boete op te leggen bekend was bij de AFM betekent, anders dan Novum meent, niet dat de AFM de boeteoplegging had moeten afstemmen met de MFSA. Gesteld noch gebleken is dat het Europees stelsel van banktoezicht de AFM daartoe verplicht.

12. Novum betoogt dat zij in haar verdediging is geschaad, nu de AFM haar geen vertaling van het boeterapport, het boetevoornemen en het bestreden besluit heeft verstrekt in een voor haar begrijpelijk taal.

12.1. Aan haar standpunt dat Novum niet in haar verdediging is geschaad doordat geen vertaling van deze stukken aan Novum is verstrekt, heeft de AFM ten grondslag gelegd dat Novum op de Nederlandse markt leningen heeft aangeboden en daarbij de Nederlandse taal heeft gebruikt, dat twee van de zeven leden van het bestuur van Novum de Nederlandse nationaliteit bezitten, dat de enig aandeelhouder van Novum een Nederlandse onderneming is en dat Novum wordt vertegenwoordigd door advocaten die de Nederlandse taal machtig zijn. Gelet op deze onweersproken omstandigheden is de voorzieningenrechter, onder verwijzing naar de door de AFM in het bestreden besluit genoemde uitspraak van de Afdeling van 5 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1818) en de uitspraak van de Afdeling van 24 oktober 2018

(ECLI:NL:RVS:2018:3494), van oordeel dat de AFM zich terecht op dit standpunt heeft gesteld. Het betoog van Novum faalt.

13. Novum betoogt dat de AFM in het bestreden besluit ten onrechte en niet onderbouwd stelt dat Novum de overtreding bewust heeft begaan en dat de AFM dit ten onrechte heeft betrokken bij de vaststelling van de boetheoogte. Deze boete is volgens Novum ook onevenredig hoog in vergelijking met andere boetes.

13.1. Dit betoogt faalt. Allereerst berust dit betoog op een onjuiste lezing van het bestreden besluit, waarin in het kader van de vaststelling van de boetheoogte door de AFM is opgemerkt dat binnen Novum heel goed bekend moet zijn geweest dat met de gekozen, aangepaste constructie mogelijk de wet werd overtreden, maar dat dit kennelijk op de koop toe werd genomen. Bovendien is deze opmerking in het bestreden besluit onderbouwd met een verwijzing naar de voorgeschiedenis. De AFM stelt zich op het standpunt dat vanuit het kantoor, waar ook de door de moedermaatschappij van Novum overgenomen flitskredietaanbieder Your Finance is gevestigd, feitelijk sprake is geweest van een doorstart van de activiteiten van deze flitskredietaanbieder. Aan de activiteiten van Your Finance is begin 2012 een einde gekomen door ingrijpen van de AFM en aan Your Finance is uiteindelijk een boete van € 397.500,- opgelegd. Voor het oordeel dat de AFM dit niet heeft mogen betrekken bij haar besluitvorming ziet de voorzieningenrechter geen grond. Wat betreft het beroep van Novum op het vertrouwensbeginsel in dit kader verwijst de voorzieningenrechter naar wat hij in 5.9 heeft overwogen.

13.2. Nu de door Novum genoemde vergelijking met andere boetes op geen enkele wijze is toegelicht, ziet de voorzieningenrechter geen grond voor het oordeel dat de boete onevenredig hoog is.

Ook in de overschrijding van de in artikel 5:51, eerste lid, van de Awb opgenomen beslistermijn is geen grond gelegen voor het oordeel dat de AFM aanleiding had moeten zien de boete te matigen. De niet onderbouwde stelling van Novum dat deze overschrijding bijdraagt aan de onzorgvuldigheid van de procedure leidt niet tot een ander oordeel. Bovendien is die overschrijding aanzienlijk beperkter dan Novum stelt, nu deze termijn, anders dan Novum meent, is aangevangen met het uitbrengen van het boeterapport van 14 mei 2018 en niet met het rapport van 4 oktober

2016 dat de AFM bij brief van 5 oktober 2016 heeft toegezonden aan de MFSA. Laatgenoemd rapport bevat slechts het vermoeden van de AFM dat sprake is van een bijkantoor en een beschrijving van de door de AFM geconstateerde activiteiten op het kantoor. In dit rapport wordt geen overtreding van 2:60, eerste lid, van de Wft vastgesteld.

14. Tot slot faalt het betoog van Novum dat de AFM het voorgenomen persbericht op onderdelen moet aanpassen.

Met haar opmerking dat er geen reden is om in de kop van het persbericht te spreken over “flitskredieten” in plaats van “leningen” miskent Novum dat op haar eigen website werd gesproken over “flitsleningen”.

Voorts bestaat geen grond voor het oordeel dat “zonder vergunning” in de kop moet worden vervangen door “zonder Nederlandse vergunning”, reeds nu, zoals volgt uit wat in 6.1 is overwogen, Novum in beginsel geen Nederlandse vergunning kon verkrijgen.

Onder verwijzing naar wat in 13.1 is overwogen ziet de voorzieningenrechter geen grond voor het oordeel dat uit het persbericht moet worden verwijderd: “terwijl mag worden aangenomen dat Novum Bank bewust het risico nam om hiermee in Nederland de wet te overtreden.”

Evenmin bestaat grond voor het oordeel dat uit het persbericht moet worden verwijderd: “Vrijwel alle klanten betaalden fors meer voor de kredieten dan wettelijk is toegestaan (...) voor een snelle overboeking.” Dit vindt feitelijke grondslag in de bevindingen van het onderzoek van de AFM zoals weergegeven in 1.4, waarvan Novum de juistheid niet heeft betwist. Anders dan Novum stelt, is deze omstandigheid relevant voor de besluitvorming. De AFM heeft hierin terecht aanleiding gezien om de overtreding bovengemiddeld ernstig te achten, wat van belang is bij de vaststelling van de boetehoogte.

15. Gezien het voorgaande bestaat geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening. De AFM mag het bestreden besluit dus publiceren.

16. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

NOOT

1. Deze uitspraak gaat over Novum Bank Ltd, gevestigd in Malta, die een Nederlandse aandeelhouder en zuster heeft (de naam van de bank is als gevolg van bovenstaande uitspraak en de daaropvolgende publicatie door de AFM bekend geworden en inmiddels ook in diverse publicaties vermeld). Aan Novum Bank is door de AFM een bestuurlijke boete van € 1,75 miljoen opgelegd, omdat zij in de periode september 2013 tot juni 2016 aan Nederlandse consumenten kredieten heeft aangeboden, terwijl zij daarvoor geen vergunning had (art. 2:60 lid 1 Wft). In totaal zouden ruim 140.000 kleine kredieten (“flitskredieten”) zijn verstrekt van € 100 tot € 600 per krediet. Bovenstaande uitspraak is gedaan op een verzoek om schorsing van de aangekondigde publicatie van het boetebesluit.

2. Novum Bank heeft een bankvergunning in thuisstaat Malta. Op grond van een Europees paspoort in de zin van art. 2:18 Wft (en inschrijving in het register van DNB) mag Novum Bank in Nederland ook kredieten verstrekken. Op grond van art. 2:62, aanhef en onder a, Wft zou het verbod van art. 2:60 lid 1 Wft, om zonder vergunning van de AFM in Nederland krediet aan te bieden, daarom niet voor Novum Bank gelden. Echter, Novum Bank mocht in Nederland uitsluitend krediet aanbieden vanuit Malta, dus zonder tussenkomst van een bijkantoor in Nederland. Indien Novum Bank krediet zou willen aanbieden vanuit een bijkantoor in Nederland, zou zij dit dienen te melden aan de Maltese toezichthouder. Deze zou dit dan hebben gemeld aan DNB, die binnen twee maanden aan de toezichthouder in Malta had kunnen meedelen welke voorwaarden van algemeen belang door Novum Bank in aanmerking zouden moeten worden genomen (art. 2:15 Wft). Novum Bank heeft deze notificatieprocedure niet doorlopen.

3. Novum Bank heeft wel in Nederland krediet aangeboden, maar naar eigen zeggen gebeurde dat niet vanuit een bijkantoor in Nederland. De AFM was een andere mening toegedaan: volgens de AFM zou wel degelijk sprake zijn van een bijkantoor in Nederland. De feiten die aan deze conclusie ten grondslag zijn gelegd lijken – deze uitspraak betreft “slechts” een uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening, bovendien hangende bezwaar, zodat voorzichtig-

heid op haar plaats is – inderdaad wel sterk in die richting te wijzen: Novum Bank bood krediet aan via een Nederlandstalige .nl-website; op de website werden klanten die vragen hadden verwezen naar een Nederlands telefoonnummer en een Nederlands e-mailadres; Novum Bank had een kantoor in Nederland, waar bijna 40 fte werkzaam waren; op de website waarop de kredieten werden aangeboden werd naar het adres van het kantoor verwezen als kantooradres; medewerkers van Novum Bank hielpen klanten die problemen ondervonden met het verzamelen en uploaden van gegevens en stonden deze daarbij in het Nederlands telefonisch te woord; op het kantoor werden kredietaanvragen op juistheid en volledigheid gecontroleerd; de medewerkers in Nederland verstuurden facturen en aanmaningen en konden zo nodig betalingsregelingen treffen met klanten; op het kantooradres was voorheen een vennootschap gevestigd die eerder is beboet voor het zonder vergunning aanbieden van krediet – onder meer – in Nederland (zie daarover CBb 21 juni 2017, «JOR» 2017/238, m.nt. Nuijten); deze vennootschap is door de moeder van Novum Bank overgenomen, terwijl de gewezen directeurs van deze vennootschap in dienst zijn getreden bij Novum Bank; het Nederlandse kantoor werd door de Maltese toezichthouder in een brief gekwalificeerd als bijkantoor.

4. Novum Bank heeft nog meer materiële en procedurele verweren gevoerd. Ik laat deze hier onbesproken, ook omdat deze verweren blijkens de uitspraak niet erg uitgewerkt lijken te zijn geweest. Ik beperk mij hierna tot het verweer van Novum Bank dat tijdens het onderzoek zou zijn verzuimd aan een van haar vertegenwoordigers de cautie te geven, de mededeling dat hij niet tot antwoorden verplicht is. Dit beroep van Novum Bank op het schenden van de cautieplicht slaagt niet.

5. Zoals bij veel bedrijfsbezoeken hebben werknemers van Novum Bank aan de AFM verklaringen afgelegd. Dat zullen ze waarschijnlijk niet van harte hebben gedaan. Een ieder is echter in beginsel verplicht een toezichthouder inlichtingen te verschaffen (art. 5:16 jo. en art. 5:20 Awb). Een uitzondering daarop bestaat voor degene die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen bestraffende sanctie. Hij is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen en dient

daarop door de toezichthouder ook vooraf te worden gewezen (art. 5:10a Awb). In de rechtspraak is ten aanzien van rechtspersonen beslist dat alleen bestuurders een beroep toekomt op het zwijgrecht (zie bijvoorbeeld ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2500). In het mededingingsrecht geldt op grond van art. 12i Instellingswet ACM een ruimer zwijgrecht: het komt ook toe aan een andere, voor de marktorganisatie werkzame, natuurlijke persoon. Voor andere gebieden binnen het bestraffende bestuursrechtsrecht geldt deze uitbreiding dus niet. De medewerker van Novum Bank aan wie geen cautie was gegeven was geen bestuurder, zodat hij zich niet op het zwijgrecht kon beroepen.

6. De voorzieningenrechter komt in dit verband met een op het eerste gezicht wat vreemde verwijzing, namelijk naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3494), waarin is bevestigd dat de beperkte uitleg van zwijgrecht en cautieplicht al in de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 zou zijn te lezen. Deze vreemde verwijzing – waarom niet rechtstreeks verwijzen naar een uitspraak als daarin een rechtsvraag klip en klaar is beantwoord? – is echter wel verklaarbaar. De uitspraak van 27 juni 2018 is van de zogenoemde “grote kamer” van de Afdeling, waarin – naast de voorzitter van de Afdeling – ook de president van het CBb, een raadsheer in de HR en een raadsheer in de CRvB zitting hebben. Aan deze uitspraak komt in die zin veel gewicht toe, nu door de samenstelling van de kamer minst genomen de indruk wordt gewekt dat ook de andere hoogste bestuursrechtshouders deze lijn zullen volgen. Echter, de beperkte reikwijdte van het zwijgrecht en de cautieplicht valt in deze uitspraak niet te lezen. De Afdeling overwoog juist: *“Uit het inspectierapport van 9 januari 2014 blijkt dat de inspecteur tijdens het inspectiebezoek uitsluitend vragen heeft gesteld aan werknemers van appellante. Deze werknemers hebben de vragen niet namens de houder, appellante, beantwoord. Appellante is dus niet verhoord met het oog op het aan haar opleggen van een bestuurlijke boete. Reeds hierom bestaat er geen grond vanwege het ontbreken van de cautie de door de werknemers afgelegde verklaringen uit te sluiten van het bewijs in de boetezaak tegen appellante.”* Indien een medewerker als vertegenwoordiger ‘namens’ zijn werkgever optreedt

dan lijkt de Afdeling [...] niet (langer) uit te sluiten dat die kan worden vereenzelvigd met de onderneming en dat dus het zwijgrecht op hem van toepassing is" en "Uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018, [...], volgt dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als [appellante] zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de medewerker feitelijk als bestuurder van [opdrachtgever] optrad, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat hij niet daadwerkelijk bestuurder was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of de arbeidsinspecteurs hem de cautie hadden moeten geven." Stijnen merkt in zijn noot in AB 2019/115 op dat hij klaarblijkelijk te vroeg had gejuicht. Gelet op de tekst van de uitspraak van 27 juni 2018 geloof ik niet dat hij zich zijn eerdere optimisme al te veel zou moeten aantrekken. Hoe dan ook, de voorzieningenrechter volgt de Afdeling, ook in de wat gekunstelde verwijzing. In de uitspraak van 24 oktober 2018 gooit de Afdeling de deur echter weer hard dicht, daarbij naar mijn oordeel onterecht verwijzend naar de uitspraak van 27 juni 2018. Dit deed Stijnen in zijn noot in AB 2018/343 hoopvol opmerken: "Indien een medewerker als vertegenwoordiger 'namens' zijn werkgever optreedt dan lijkt de Afdeling [...] niet (langer) uit te sluiten dat die kan worden vereenzelvigd met de onderneming en dat dus het zwijgrecht op hem van toepassing is." In de uitspraak 24 oktober 2018 gooit de Afdeling de deur echter weer hard dicht, daarbij naar mijn oordeel onterecht verwijzend naar de uitspraak van 27 juni 2018: "Uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018, [...], volgt dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als [appellante] zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de medewerker feitelijk als bestuurder van [opdrachtgever] optrad, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat hij niet daadwerkelijk bestuurder was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of de arbeidsinspecteurs hem de cautie hadden moeten geven." Stijnen merkt in zijn noot in AB 2019/115 op dat hij klaarblijkelijk te vroeg had gejuicht. Gelet op de tekst van de uitspraak van 27 juni 2018 geloof ik niet dat hij zich zijn eerdere optimisme al te veel zou moeten aantrekken. Hoe dan ook, de voorzieningenrechter volgt de Afdeling, ook in de wat gekunstelde verwijzing.

7. Inhoudelijk valt op deze beperkte benadering van zwijgrecht en cautieplicht het nodige af te dingen. In de eerste plaats kan een feitelijk leidinggevende aan een overtreding eveneens worden beboet (art. 5:1 lid 3 Awb). Het begrip "feitelijk leidinggeven" valt niet samen met de hoedanigheid van bestuurder (zie bijvoorbeeld CBb 7 maart 2016, «JOR» 2016/131, m.nt. Bierman). Het valt niet goed in te zien dat degene die zelf aan het risico van beboeting bloot staat, maar die geen statutair bestuurder is, geen zwijgrecht zou toekomen. In de tweede plaats wordt met de beperking tot bestuurders (of desnoods: bestuurders én degenen die zelf als feitelijk leidinggevende bij de overtreding betrokken zijn geweest) miskend dat in het kader van een boeteonderzoek aan andere werknemers de taak en bevoegdheid kan toekomen de vennootschap in de relatie met de toezichthouder te vertegenwoordigen. Sterker, bij ondernemingen van enige omvang is dit eerder regel dan uitzondering. De achtergrond van het zwijgrecht dat is toegekend aan bestuurders is dat zij in het licht van het verbod op zelfincriminatie en het daaruit voortvloeiende zwijgrecht "met de vennootschap zijn te vereenzelvigen" (ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2500). Het getuigt eerlijk gezegd niet van veel realiteitszin om de verklaringen van de hiervoor bedoelde vertegenwoordigers van de vennootschap, die in de praktijk al snel aan de vennootschap zullen worden toegerekend, niet gelijk te stellen met de verklaringen van bestuurders. Dat een uitbreiding van het zwijgrecht tot deze personen het ongetwijfeld voor toezichthouders moeilijker zal maken om te bepalen aan wie de cautie moet worden gegeven, zodat deze soms ook zou kunnen worden gegeven aan personen aan wie geen zwijgrecht toekomt, kan – gelet op het fundamentele karakter van het zwijgrecht en de cautieplicht – naar mijn oordeel geen gewicht in de schaal leggen.

V.H. Affourtit,
advocaat bij Houthoff in Amsterdam