

oefening van bevoegdheden dan wel dat de schade te wijten is aan grove schuld. *In casu* zou het niet betalen van de wettelijke rente door DNB mijns inziens een onbehoorlijke en laakbare uitoefening van haar taak zijn. Een argument om dit standpunt te onderbouwen zou kunnen zijn dat alle depositohouders die onder het DGS vallen, recht hebben op gelijke behandeling.

11. Ten aanzien van de gelijke behandeling van depositohouders die beschermd zijn onder het DGS wil ik het volgende opmerken. DNB heeft voor de berekening van de wettelijke rente 22 juni 2010 als peildatum gebruikt, de uiterlijke datum voor het indienen van een aanvraag onder het DGS met betrekking tot DSB. Zie ik het goed, dan houdt de zienswijze van het CBb volgens mij in dat alle depositohouders die recht hebben op vergoeding onder het DGS met betrekking tot DSB, voor zover zij niet voor 19 januari 2010 hun vergoeding onder het DGS hebben ontvangen, recht hebben op wettelijke rente vanaf die datum en niet eerst vanaf 22 juni 2010. Bovendien zou het gehanteerde uitgangspunt voor de uiterlijke peildatum mijns inziens ook moeten gelden voor alle depositohouders die in het verleden bescherming hebben genoten onder het DGS, onder toepassing van art. 10 Richtlijn (oud). DNB is kennelijk deze mening ook toegedaan. Volgens een persbericht van 22 maart 2017 komt een deel van de voormalige klanten van DSB, Icesave, Indover en Van der Hoop over een beperkte periode in aanmerking voor aanvullende wettelijke rente over hun uitkering. Volgens het persbericht gaat het om ongeveer 18.000 depositohouders.

12. De uitspraak illustreert dat het van groot belang is dat de wetgever richtlijnconform implementeert. De Europese wetgevingsinitiatieven voor de financiële sector zijn nog steeds talrijk. Het risico op "vertaalfouten" neemt toe en met enige regelmaat is de Wet op het financieel toezicht te betrappen op fouten of onduidelijkheden. Overigens blinken Europese richtlijnen ook niet altijd uit in helderheid. In dat geval is een richtlijnconforme uitleg niet vanzelfsprekend, omdat dan niet wordt voldaan aan het nauwkeurighedsvereiste. In de situatie dat zowel een richtlijn als nationale wet onduidelijkheid geven, zou dit onder de huidige rechtspraak er kennelijk toe leiden dat nationale wetgeving voorrang krijgt. Dit bevredigt niet en pleit voor de keuze van verordening, iets waar de Europese wetge-

ver steeds vaker voor kiest als het gaat om regels voor de financiële sector. Ook gebeurt het steeds vaker dat Europese toezichthouders toelichting geven op bepaalde normen uit Europese regelgeving. Deze toelichting is niet altijd in juridisch bindende vorm, bijvoorbeeld via een richtsnoer. De vraag is of een rechter richtsnoeren in zijn oordeel moet, dan wel mag laten meewegen. Regelgeving voor de financiële sector is een steeds maar uitdijende en gelaagde puzzel. Discussies rondom richtlijnconforme interpretatie zijn vaker te verwachten.

E.L.M. van Kranenburg,  
advocaat bij Keijser Van der Velden NV te Nijmegen

## 101

College van Beroep voor het bedrijfsleven  
16 januari 2017, nr. 15/390, ECLI:NL:CBB:2017:2  
(mr. Doolaard, mr. Stam, mr. Van den Berk)  
Noot mr. V.H. Affourtit

**Kredietaanbieding zonder vergunning. Flitskrediet. Geen verschoonbare rechtsdwaling. Niet kan worden vastgesteld dat specifiek juridisch advies is ingewonnen over verenigbaarheid van appellantes financiële constructie met destijds ophanden zijnde wijziging in Wft.**

[Wft art. 2:60 lid 1]

*Het College is met de rechtbank van oordeel dat appellante geen beroep op rechtsdwaling toekomt. Gebrek aan kennis van het recht is slechts verschoonbaar onder bijzondere omstandigheden. Dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen, is door appellante onvoldoende onderbouwd. Appellante beroept zich op het advies van [naam 2] van 26 april 2011 en de e-mail van 22 juli 2011, maar ter zitting bij het College is gebleken dat deze stukken slechts een selectie betreffen uit het adviesstraject met [naam 2]. Appellante heeft ter zitting desgevraagd verklaard het alleen nodig te achten de kernpunten van het advies over te leggen, met name voor zover daaruit naar voren komt dat appellante geen krediet aanbiedt. Het komt voor rekening en risico van appellante dat het College daardoor niet kan vaststellen dat specifiek juridisch advies is ingewonnen of gegeven over de verenigbaarheid van appellantes financiële*

*constructie met de Wft. Appellante was zich bewust van de risico's op dat punt, aangezien zij een maand vóór de relevante, op 25 mei 2011 in werking getreden wijzigingen van de Wft om advies heeft gevraagd, terwijl zij toen al het zogeheten flitskrediet aanbood. Uit het voorgaande volgt dat niet kan worden aangenomen dat appellante heeft gehandeld in verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de strafbaarheid van de haar verweten gedraging.*

[Naam 1],

appellante

gemachtigde: mr. K.P.K. Wanders,

tegen

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),

gemachtigde: mr. A.J. Boorsma.

#### *Procesverloop in hoger beroep*

Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 23 april 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:2771).

AFM heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 14 juni 2016. Appellante heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door mr. W.B. Bleeker, werkzaam bij AFM.

#### *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. Het College volstaat met het volgende.

1.2. Bij besluit van 12 juli 2013 heeft AFM appellante wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) een bestuurlijke boete van € 2.000.000 opgelegd. Tevens heeft AFM besloten tot vroegtijdige openbaarmaking van dit boetebesluit als bedoeld in artikel 1:97 van de Wft.

1.3. Bij besluit van 21 juli 2014, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft AFM het bezwaar van appellante tegen het besluit van 12 juli 2013 ongegrond verklaard. Volgens AFM heeft appellante in de periode van 10 juni 2011

tot en met 2 mei 2012 in Nederland aan consumenten krediet aangeboden zonder te beschikken over de daartoe vereiste vergunning.

#### *Uitspraak van de rechtbank*

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen (waar voor eiseres appellante moet worden gelezen):

“3. Ten aanzien van het verzoek van eiseres om al hetgeen zij in de zienswijze- en bezwaarfase naar voren heeft gebracht als herhaald en ingelast te beschouwen, overweegt de rechtbank dat niet in de beoordeling van het beroep worden betrokken in de bestuurlijke fase naar voren gebrachte gronden die in beroep niet expliciet door eiseres zijn benoemd of waarbij niet is aangegeven in welk opzicht de reactie van verweerder in het bestreden besluit in de visie van eiseres ontoereikend was.

(...)

7.2. Anders dan eiseres stelt, leidt het door eiseres ingewonnen juridische advies van [naam 2] van 26 april 2011, waarin volgens eiseres werd geconcludeerd dat bij het aanbod van eiseres geen sprake zou zijn van het aanbieden van krediet, niet tot de conclusie dat eiseres van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Als professionele marktdeelnemer heeft eiseres een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden en dient zij een door haar ingewonnen advies kritisch te bezien en bij twijfel een second opinion aan te vragen of nadere inlichtingen in te winnen bij de AFM, ook als deze adviezen afkomstig zijn van advocaten. Nu in het advies staat vermeld dat de AFM de praktijk van eiseres wellicht onwenselijk zal vinden en wegen zal proberen te vinden hier een einde aan te maken en in het advies verder niet is ingegaan op de verenigbaarheid van de activiteiten met de Wft, kan niet staande worden gehouden dat eiseres in dit kader heeft mogen vertrouwen op dit advies. Evenmin heeft eiseres terzake nadere inlichtingen ingewonnen bij de AFM.

(...)

9.1. Nu de AFM de berekening van de door eiseres behaalde omzet ten bedrage van € 3.800.000,- gebaseerd heeft op de door eiseres verstrekte gegevens, volgt de rechtbank eiseres niet in haar niet onderbouwde stelling dat haar omzet lager is geweest dan € 2.000.000,-. Bij de berekening van het

voordeel dat eiseres door de overtreding heeft genoten, heeft de AFM terecht de bruto winst tot uitgangspunt genomen. Eiseres heeft ook niet gesteld dat dit een onjuist uitgangspunt is. Met de AFM is de rechtbank van oordeel dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat de over 2011 en 2012 opgevoerde kosten reëel zijn, met name voor wat betreft de hoge intra-concernkosten. Eiseres heeft daarover slechts gesteld dat de AFM ten onrechte de eis stelt van een accountantscontrole. Deze eis is echter niet door de AFM gesteld. Gelet hierop heeft de AFM mogen aannemen dat het door eiseres door de overtreding behaalde voordeel hoger is dan € 2.000.000,-. De AFM was daarom bevoegd de hoogte van de opgelegde boete vast te stellen op basis van artikel 1:81, derde lid, van de Wft.”

*Beoordeling van het geschil in hoger beroep*

3. Appellante keert zich tegen rechtsoverweging 3 van de aangevallen uitspraak met het betoog, dat de rechtbank ten onrechte het standpunt inneemt dat alleen de in beroep expliciet aangevoerde gronden ter beoordeling stonden. Appellante meent dat indien zij de in de zienswijze en bezwaarfase aangevoerde gronden in de beroepsgronden zou hebben herhaald, de rechtbank deze wel zou hebben beoordeeld. Het College overweegt dat appellante ter zitting desgevraagd niet heeft kunnen preciseren welke – van de eerder aangevoerde – gronden de rechtbank heeft nagelaten te beoordelen. Deze grond faalt derhalve.

4.1. De tweede grond richt zich tegen rechtsoverweging 7.2 van de aangevallen uitspraak. Appellante betoogt dat er geen aanleiding is om te twijfelen aan de inhoud van het aan haar uitgebrachte juridisch advies van 26 april 2011 over de toelaatbaarheid van haar product. [naam 2] heeft duidelijk gemaakt dat AFM zal proberen een einde te maken aan de werkwijze van appellante, maar dat AFM hierin niet zal slagen. Voorts heeft [naam 2] gesteld dat er geen sprake is van krediet in de zin van de Wet op het consumentenkrediet, waarmee volgens appellante [naam 2] ook heeft geadviseerd over de Wft. Appellante is voorts als professionele marktpartij kritisch geweest, nu zij de publicatie van AFM over flitskredieten heeft voorgelegd aan [naam 2]. [naam 2] heeft in een e-mail van 22 juli 2011 aan appellante bevestigd dat er geen sprake is van het aanbieden van krediet.

4.2. AFM wijst erop dat het advies van 26 april 2011 buiten beschouwing laat of de activiteiten van appellante verenigbaar zijn met de Wft. Verder heeft appellante geen inzicht gegeven in de vraagstelling aan en de volledige advisering van [naam 2].

4.3. Het College is met de rechtbank van oordeel dat appellante geen beroep op rechtsdwaling toekomt. Gebrek aan kennis van het recht is slechts verschoonbaar onder bijzondere omstandigheden. Dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen is door appellante onvoldoende onderbouwd. Appellante beroept zich op het advies van [naam 2] van 26 april 2011 en de e-mail van 22 juli 2011, maar ter zitting bij het College is gebleken dat deze stukken slechts een selectie betreffen uit het adviseringstraject met [naam 2]. Appellante heeft ter zitting desgevraagd verklaard het alleen nodig te achten de kernpunten van het advies over te leggen, met name voor zover daaruit naar voren komt dat appellante geen krediet aanbiedt. Het komt voor rekening en risico van appellante dat het College daardoor niet kan vaststellen dat specifiek juridisch advies is ingewonnen of gegeven over de verenigbaarheid van appellantes financiële constructie met de Wft. Appellante was zich bewust van de risico's op dat punt, aangezien zij een maand vóór de relevante, op 25 mei 2011 in werking getreden, wijzigingen van de Wft om advies heeft gevraagd, terwijl zij toen al het zogeheten flitskrediet aanbod. Uit het voorgaande volgt dat niet kan worden aangenomen dat appellante heeft gehandeld in verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de strafbaarheid van de haar verweten gedraging. Deze grond faalt eveneens.

5.1. Met haar derde grond keert appellante zich tegen rechtsoverweging 9.1 van de aangevallen uitspraak, in het bijzonder de vaststelling van de rechtbank dat AFM niet de eis van een accountantsverklaring heeft gesteld. Dat is volgens appellante onjuist, omdat het ontbreken van een accountantsverklaring voor AFM juist reden was om haar eigen aannames als feiten aan te nemen. Bovendien heeft appellante in de beroepsgronden in eerste aanleg het aanbod gedaan om haar jaarstukken door een registeraccountant te laten controleren.

5.2. AFM merkt op dat appellante met de verstrekte kredieten ongeveer € 3.800.000 aan omzet heeft gegenereerd. AFM heeft grote twijfels over de door appellante opgevoerde kosten, welke twijfels appellante niet heeft kunnen wegnemen. Een ac-

countantsverklaring kan die twijfels mogelijk wegnemen, maar dat kan ook op andere wijze gebeuren. Ten aanzien van het bewijsaanbod merkt AFM op dat het aan appellante is om tijdig en uit eigen beweging aan te tonen dat zij de boete niet kan dragen.

5.3.1. Het College stelt voorop dat appellante ter zitting bij het College desgevraagd uitdrukkelijk heeft verklaard dat zij met deze grond uitsluitend de beweerdelijk door AFM gestelde eis van een accountantsverklaring en niet ook (de hoogte van) de boete betwist.

5.3.2. In het besluit van 21 juli 2014 heeft AFM de boete gebaseerd op artikel 1:81, derde lid (oud), van de Wft en daartoe overwogen dat appellante met de overtreding een voordeel heeft behaald dat groter is dan € 2.000.000. AFM heeft het voordeel bij gebreke van voldoende betrouwbare financiële gegevens op basis van schattingen vastgesteld. Volgens AFM zijn de door appellante in de jaarrekeningen 2011 en 2012 opgevoerde kosten(posten) onverklaarbaar (hoog). AFM meent dat appellante deze kosten(posten) nader dient toe te lichten en onderbouwen, bijvoorbeeld met behulp van een accountantsverklaring, alvorens AFM deze kosten(posten) voor het bepalen van het door de onderneming behaalde resultaat in aanmerking kan nemen. Gelet op het voorgaande is het College met de rechtbank van oordeel dat AFM niet de eis van een accountantsverklaring heeft gesteld. Om die reden heeft de rechtbank voorts niet hoeven in te gaan op het aanbod van appellante om haar jaarstukken door een accountant te laten controleren. De grond faalt.

6. De slotsom is dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NOOT

1. Appellante is een (voormalige) aanbieder van flitskrediet, die in het licht van strengere wetgeving haar bedrijfsmodel had aangepast en zich daarover door haar toenmalige advocaat had laten adviseren. Of sprake is van kredietverstrekking, stond in hoger beroep niet meer ter discussie. Van belang is slechts in hoeverre appellante

zich ter verdediging tegen een boete van AFM bij wijze van strafuitsluitingsgrond (afwezigheid van alle schuld) kan beroepen op het advies van de advocaat. Zie voor het primaire boetebesluit en de beslissing op bezwaar: [www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/jan/boete-friendly-finance](http://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2014/jan/boete-friendly-finance). De uitspraak van de rechtbank is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBROT:2015:2771.

2. Omdat de uitspraak wat beknopt is, eerst wat achtergrond. Appellante bood via een website aan consumenten de mogelijkheid om een vordering die deze consument op een derde had of zou krijgen aan appellante te verkopen. Het ging bijvoorbeeld om vorderingen tot betaling van loon, pensioen, verzekering of huur. De door appellante aan de consument te betalen prijs lag aanzienlijk lager dan de vordering die de consument op de derde had. Appellante verstrekte aan de consument vervolgens een machtiging om de vordering op de derde ten behoeve van appellante te innen op het moment dat deze opeisbaar werd. Appellante verdiende aan het verschil tussen de betaalde koopprijs en de geïnde vordering. Bij het te laat incasseren van de vordering was de consument bovendien aan appellante een forse boete verschuldigd. De AFM zag in deze praktijken van appellante het verstrekken van krediet. Nu appellante daarvoor niet over een vergunning beschikte, was volgens de AFM sprake van een overtreding van art. 2:60 Wft. De AFM legde aan appellante daarom een last onder dwangsom op en inde de door appellante verbeurde dwangsommen toen zij niet tijdig aan de last gehoor gaf. De rechtbank en het CBb lieten deze besluiten in stand. Zie hierover Rechtbank Rotterdam 31 oktober 2013, «JOR» 2013/342 en CBb 3 maart 2015, «JOR» 2015/204, m.nt. Van Poelgeest. Zie tevens de noot van Claassen en Sniijders in «JOR» 2014/131 (onder 5), waarin (tevens) enkele kantonrechteruitspraken over de handelwijze van appellante zijn genoemd.

3. Vervolgens legde de AFM aan appellante een bestuurlijke boete op ad € 2 miljoen. Het daartegen gemaakte bezwaar werd door de AFM ongegrond verklaard. Ook in beroep had appellante geen succes. De rechtbank nam (logischerwijs) het oordeel van het CBb in de uitspraak van 3 maart 2015 tot uitgangspunt: het verdienmodel van appellante kwalificeerde als het aanbieden van krediet. Dat sprake was van het verstrekken van krediet stond daarmee vast. Bovendien was

5 april  
iteiten  
t. Ver-  
in de  
ag van

oordeel  
ag toe-  
slechts  
heden.  
voor-  
onder-  
ies van  
van 22  
geble-  
treffen  
pellan-  
t alleen  
es over  
voren  
dt. Het  
nte dat  
lat spe-  
egeven  
anciële  
ich be-  
zijn  
in wer-  
advies  
geheden  
olgt dat  
te heeft  
ustheid  
aar ver-  
ms.

nte zich  
gevallen  
; van de  
accoun-  
s appel-  
accoun-  
om haar  
Boven-  
nden in  
aarstuk-  
ontrolle-

erstrekt  
zet heeft  
over de  
twijfels  
Een ac-

volgens de rechtbank geen sprake van het in rekening brengen van onbetekenende kosten, zodat de uitzondering van art. 1:20, lid 1, aanhef en onder e, Wft niet van toepassing was (zie over die uitzondering uitvoeriger: CBb 3 mei 2015, «JOR» 2016/199, m.nt. Van Poelgeest). Derhalve was sprake van overtreding van art. 2:60, lid 1, Wft.

4. Appellante had zich er nog op beroepen dat in twee adviezen van haar advocaat zou zijn geconcludeerd dat het aanbod van appellante niet zou kwalificeren als het aanbieden van krediet. Om die reden zou appellante van de overtreding geen verwijt kunnen worden gemaakt. De rechtbank gaat hierin niet mee: *"Als professionele marktdeelnemer heeft eiseres een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden en dient zij een door haar ingewonnen advies kritisch te bezien en bij twijfel een second opinion aan te vragen of nadere inlichtingen in te winnen bij de AFM, ook als deze adviezen afkomstig zijn van advocaten. Nu in het advies staat vermeld dat het AFM de praktijk van eiseres wellicht onwenselijk zal vinden en wegen zal proberen te vinden hier een einde aan te maken en in het advies verder niet is ingegaan op de verenigbaarheid van de activiteiten met de Wft, kan niet staande worden gehouden dat eiseres in dit kader heeft mogen vertrouwen op dit advies. Evenmin heeft eiseres terzake nadere inlichtingen ingewonnen bij de AFM."* Ook het CBb gaat niet mee in dit beroep van appellante. Het CBb stelt voorop dat gebrek aan kennis van het recht slechts onder bijzondere omstandigheden verschoonbaar kan zijn. Sprake moet zijn van verontschuldigbare onbewustheid ten aanzien van de strafbaarheid van de verweten gedraging. Daarvan is in dit geval geen sprake, aldus het CBb. Appellante beroept zich op een advies en een e-mail van haar (toenmalige) advocaat, maar inmiddels is gebleken dat appellante daarmee een selectie heeft gemaakt uit het adviseringstraject. Daarmee wordt een beperkt beeld gegeven van het ingewonnen juridische advies. Het CBb kan als gevolg daarvan niet vaststellen dat specifiek juridisch advies is ingewonnen of gegeven over de verenigbaarheid van de financiële constructie met de Wft. Duidelijk is in ieder geval dat appellante zich ervan bewust was dat zij – minst genomen – scherp aan de wind zeilde, nu het advies werd aange-

vraagd op het moment dat appellante flitskrediet aanbood en een maand voor de relevante wijziging van de Wft.

5. De uitkomst verbaast niet. Als hoofdregel geldt dat voor het opleggen van een punitieve sanctie niet is vereist dat de overtreder zich van de strafbaarheid van zijn gedrag bewust is. Het zou anders aan de individuele burger worden overgelaten om te bepalen welk handelen is toegestaan, daarmee voorbijgaand aan de wil van de wetgever. Iedereen wordt bovendien geacht de wet te kennen. Slechts in beperkte mate wordt daarom aanvaard dat een overtreder zich kan beroepen op rechtsdwaling. Zie daarover recent de noot van Lieverse onder «JOR» 2016/240, waarnaar ik kortheidshalve verwijs. Ik wil daaraan slechts toevoegen dat van degene die zich op een (zo beperkte) uitzondering op een hoofdregel beroept niet alleen het nodige mag worden gevraagd op het moment dat hij zich laat informeren over het recht. In een eventueel daaropvolgende procedure wordt bovendien verlangd dat over de inspanningen aan (toezichthouder en) de rechter concrete en volledige informatie wordt verschaft. Het is niet vreemd dat de beperkte informatie die appellante had verschaft in dit licht niet voldoende was.

6. Ook ten aanzien van de gestelde onevenredigheid van de boete heeft appellante het CBb onvoldoende gegevens verschaft om de gegrondheid van haar stellingen te beoordelen. Vast stond wel dat appellante met de verstrekte kredieten ongeveer € 3,8 miljoen omzet had genereerd. De winst waarin dit resulteerde was echter onderwerp van geschil. Appellante had gesteld dat de activiteiten twee jaar achtereen verlieslatend waren, zo blijkt uit het primaire besluit. De AFM meende dat de door appellante gepresenteerde kosten onrealistisch hoog waren. Met name de forse *in concern*-kosten waren naar het oordeel van de AFM niet onderbouwd. Volgens de AFM moest worden aangenomen dat appellante, mede gelet op haar bedrijfsopzet, in totaal meer dan € 2 miljoen aan de bedrijfsactiviteiten had overgehouden. De AFM heeft appellante in de gelegenheid gesteld de juistheid van de opgevoerde kosten te onderbouwen. Dit zou mogelijk zijn geweest door het overleggen van een accountantsverklaring. Appellante bestreed het oordeel van de AFM, door te stellen dat de AFM aldus de eis van een accountantsverklaring heeft gesteld. De rechtbank en het CBb



gaan hier niet in mee. De vruchteloze poging van appellante om de discussie op deze wijze te verplaatsen leidt ertoe dat in rechte van de juistheid van de door de AFM aangenomen winst wordt uitgegaan. De hoogte van de daarop afgestemde boete blijft in beroep en hoger beroep dan ook in stand. Ook dit mag niet verbazen.

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

## 102

Rechtbank Rotterdam  
26 januari 2017, nr. ROT 15/6572,  
ECLI:NL:RBROT:2017:588  
(mr. Van Strien, mr. De Wildt, mr. De Muynck)  
Noot mr. A.J. van Es en mr. R.P.A. Kraaijeveld

**Overtreding kartelverbod en toepassing toerekeningsleerstuk bij private-equitybedrijven.**

[Mw art. 6]

*De rechtbank ziet niet in waarom in het geval van investeringsmaatschappijen (private-equitybedrijven) het toerekeningsleerstuk niet van toepassing zou zijn. Een private-equitybedrijf beheert een of meerdere investeringsfondsen die op hun beurt deelnemingen verwerven in verschillende ondernemingen (portfolio-ondernemingen). Het leerstuk is toepasbaar op meerdere maatschappijen die samen tot dezelfde keten behoren en sluit investeringsmaatschappijen niet uit. Relevant is de vraag of de portfolio-ondernemingen zelfstandig hun gedrag bepalen of dat het private-equitybedrijf een beslissende invloed heeft waardoor niet (meer) gezegd kan worden dat de portfolio-ondernemingen zelfstandig handelen en dat zij met het private-equitybedrijf als een economische eenheid zijn te beschouwen. Het gedrag en de bevoegdheden van een private-equitybedrijf hoeft immers niet gelijk te zijn aan die van een enkel en alleen financiële investeerder.*

*De rechtbank is van oordeel dat op grond van het geheel aan feiten en aanwijzingen ACM terecht heeft geoordeeld dat er zodanige economische, organisatorische en juridische banden bestonden*

*dat er sprake is van beslissende invloed. Dit leidt tot de conclusie dat ACM de overtreding van het kartelverbod aan eiseressen kan toerekenen.*

[Naam] ([A]),  
[naam] ([B]),  
(tezamen [C]),  
eiseressen,  
gemachtigden: mr. H.M.H. Speyart en mr. M. Schoenmakers-van der Heijden,  
tegen  
Autoriteit Consument & Markt (ACM),  
verweerster,  
gemachtigden: mr. R. Klein en mr. H. Butt.

*Procesverloop*

Bij besluit van 11 september 2015 (het bestreden besluit) heeft ACM het bezwaar van eiseressen tegen het besluit van 20 november 2014 (het primaire besluit) ongegrond verklaard.

Eiseressen hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 14 december 2016. Eiseressen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde mr. Speyart. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden en mr. A.J. Vossestein.

*Overwegingen*

1. ACM is in 2008 een onderzoek gestart naar mogelijke overtreding van het kartelverbod door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de productie van meel en bloem en de verkoop hiervan aan afnemers in Nederland (meelproducenten).

2. Op basis van de resultaten van dit onderzoek heeft ACM in haar besluit van 16 december 2010 geconcludeerd dat veertien (Nederlandse, Belgische en Duitse) meelproducenten zich schuldig hebben gemaakt aan overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Volgens ACM sloten de meelproducenten – kort gezegd – een niet-aanvals-pact, betaalden een concurrerende meelproducent een afkoopsom voor verloren omzet, kochten een prijsvechter op en kochten en ontmantelden een gefailleerde meelfabriek met als doel concurrentie tegen te gaan. ACM bestempelde deze gedragingen als één enkele voortdurende overtreding. Vijf