

nog dat daarvoor een wetswijziging nodig was, inmiddels verlangt de AFM ook zonder die wijziging dat dergelijke experts worden ingeschakeld door de AFM zelf, maar ook door onder toezicht staande ondernemingen.

9. De gevolgen voor de toepasselijkheid van het openbaarmakingsregime zullen van beperkte duur zijn. De AFM valt nu nog onder een brede uitzondering op de Wob, maar die brede uitzondering komt te vervallen als de Wob wordt vervangen door de Wet open overheid (Woo). En hoewel de voorbereiding van die wet inmiddels een lange tijd in beslag heeft genomen, is het huidige wetsvoorstel voor de Woo op 26 januari 2021 door de Tweede Kamer aangenomen.

mr. drs. S.M.C. Nuijten

90

#### **Toezicht en handhaving bij collectieve vergunning**

College van Beroep voor het bedrijfsleven  
15 december 2020, nr. 19/765,  
ECLI:NL:CBB:2020:983  
(mr. Aerts, mr. Kerkmeeester, mr. drs. Fortuin)  
Noot mr. V.H. Affourtit

**Rechtsoordeel van toezichthouder omtrent beleidsaanpassingen collectieve vergunninghouder geldt niet als appellabel besluit jegens aangesloten onderneming. Formele rechtskracht van oordeel kan aangesloten onderneming niet worden tegengeworpen bij burgerlijke rechter.**

[Wft art. 2:105 lid 3]

*Het gevolg van de verlening door AFM van een collectieve vergunning is dat als met de financiële regelgeving strijdig handelen en/of nalaten van de aangesloten onderneming wordt geconstateerd, de collectieve vergunninghouder daar in-gevolge art. 2:105 lid 3 Wft op wordt aangesproken als ware het zijn eigen handelen of nalaten. De opdracht tot naleving van de van toepassing zijnde wet- en regelgeving is derhalve tot de centrale rechtspersoon, in dit geval [naam 2], gericht. Van een handhavingstekort is feitelijk ook geen*

*sprake geweest. Er bestond voor AFM geen aanleiding van haar handhavingsbevoegdheden gebruik te maken, aangezien er geen gedrag was waartegen zij diende op te treden. [Naam 2] handelde immers overeenkomstig hetgeen volgens AFM minimaal noodzakelijk was om te voldoen aan wet- en regelgeving.*

*De brief van 6 november 2017 van AFM aan [naam 2] is geen besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb en is – anders dan appellante betoogt – daarmee voor haar ook niet op één lijn te stellen. Naar vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld de uitspraak van CbB 17 januari 2018, «JOR» 2018/99, m.nt. Affourtit, 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, slechts in zeer bijzondere gevallen voor wat betreft de mogelijkheid daartegen in rechte op te komen worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. Tot deze zeer bijzondere gevallen behoort niet de situatie die hier aan de orde is. In een geval als het onderhavige wordt, als de aangesloten onderneming handelt en/of iets nalaat in strijd met de financiële regelgeving, de collectieve vergunninghouder daarop aangesproken als ware het zijn eigen handelen of nalaten en niet dat van de aangesloten onderneming. Reeds daarom valt niet in te zien dat een op de collectieve vergunninghouder betrekking hebbend rechtsoordeel – daargelaten of dit als zelfstandig en definitief dient te worden beschouwd – bij wijze van uitzondering moet worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb voor wat betreft de mogelijkheid voor een aangesloten onderneming daartegen in rechte op te komen. Het College wijst er overigens op dat, nu [naam 2] als collectieve vergunninghouder heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen volgens AFM minimaal noodzakelijk was om te voldoen aan wet- en regelgeving, er vooral een situatie lijkt te zijn ontstaan waarin appellante zich niet kan verenigen met de handelwijze van [naam 2]. In een eventueel geschil hierover bij de burgerlijke rechter kan appellante, gelet op het vorenstaande, niet de formele rechtskracht van de brief van 6 november 2017 worden tegengeworpen. De omstandigheid dat appellante niet tegen deze brief kan opkomen, brengt dan ook in dat opzicht geen verlies aan rechtsbescherming met zich.*

[Naam 1] BV,  
appellante,  
gemachtigden: mr. G. Koop en mr. C.W.M. Lie-  
verse,  
tegen  
Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),  
gemachtigde: mr. A.J. Boorsma.

(...; *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. Het College volstaat met het volgende.

1.2. Appellante beschikte tot 1 augustus 2011 over een vergunning op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) als kredietaanbieder. Sindsdien is appellante een aangesloten onderneming via [naam 2] ([naam 2]). [naam 2] is houdster van een collectieve vergunning voor het aanbieden van en adviseren en bemiddelen in hypothecair en consumptief krediet.

Appellante heeft haar leningenportefeuille verkocht aan [naam 3] S.à.r.l. ([naam 3]). Met [naam 2] is zij op of omstreeks 1 september 2011 een “[naam 1] Services Agreement” aangegaan en met [naam 2] en [naam 3] een “Transferee Services Agreement”. De overeengekomen dienstverlening houdt in dat het feitelijke beheer van de portefeuille aan [naam 2] is uitbesteed. Appellante heeft daar zelf geen personeel, voorzieningen of middelen voor.

1.3. Bij brief van 6 november 2017 hebben twee senior toezichthouders Marktintegriteit & Handhaving van AFM aan de directie van [naam 2] het volgende bericht:

“De afgelopen periode (lees: heeft er intensief contact plaatsgevonden tussen de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en [naam 2]; *red.*) over het beheer van de kredietportefeuille van [naam 1] ([naam 1]), meer specifiek het oplossen van de locked up problematiek en (de gevolgen van) het ontbreken van een actief rentebeleid. Daarbij zijn door (lees: [naam 2]; *red.*) voorstellen gedaan die door de AFM als onvoldoende zijn beschouwd.

In dat kader heeft de AFM van (lees: [naam 2]; *red.*) op 30 oktober jl. een (aangepaste) opzet voor voorgenomen beleid ontvangen. Deze opzet heeft (lees: [naam 2]; *red.*) op 31 oktober jl. nader toe-

gelicht. Hierbij heeft de AFM een aantal opmerkingen gemaakt met betrekking tot de totstandkoming van nieuw rentebeleid en de daaruit voortvloeiende ‘actuele rente’. Op 3 november jl. heeft (lees: [naam 2]; *red.*) aan AFM bevestigd dat zij deze opmerkingen heeft verwerkt in haar voorgenomen beleid.

De AFM bevestigt hierbij dat de voorgenomen beleidsstappen in de ontvangen en besproken opzet, zoals ontvangen op 3 november 2017, minimaal noodzakelijk zijn om aan wet- en regelgeving (waaronder, maar niet beperkt tot, de vereisten voor het voeren van een adequaat beleid gericht op een integere uitoefening van het beleid en de zorgplicht [voetnoot: artikel 4:11, tweede lid Wft en artikel 4:24a Wft]) te kunnen voldoen.

De AFM zal de praktische uitvoering van dit beleid de aankomende periode monitoren om vast te stellen dat ook daadwerkelijk wordt voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving.”

De stappen die volgens de toezichthouders van AFM ten minste zouden moeten worden genomen om aan wet- en regelgeving te voldoen betreffen: (1) verkorting van de locked-up remedieperiode van vijf tot drie jaar, (2) verlaging van de maximale rente voor de [naam 1] -portefeuille (van 9,9% naar 8% voor leningen tot € 10.000 en van 9,9% naar 7,1% voor leningen vanaf € 10.000), en (3) restitutie van geïncasseerde rente over de afgelopen drie jaar voor zover deze meer bedraagt dan de onder 2 genoemde verlaagde rente. Met locked-up wordt de situatie bedoeld dat een kredietnemer niet naar een andere kredietaanbieder kan overstappen.

1.4. Bij brief van 24 november 2017 heeft appellante AFM verzocht handhavend tegen haar op te treden. Tevens heeft zij hierbij bezwaar gemaakt tegen de brief van 6 november 2017.

1.5. Bij brief van 19 januari 2018 heeft AFM aan appellante meegedeeld dat haar verzoek om handhaving niet inhoudelijk in behandeling wordt genomen.

1.6. Bij besluit van 26 april 2018 (bestreden besluit 1) heeft AFM het bezwaar van appellante tegen de brief van 6 november 2017 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard.

1.7. Bij besluit van 17 mei 2018 (bestreden besluit 2) heeft AFM het bezwaar van appellante tegen de brief van 19 januari 2018 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard.

### *Uitspraak van de rechtbank*

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen bestreden besluit 1 ongegrond verklaard, omdat de brief van AFM van 6 november 2017 geen besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en daar ook niet mee kan worden gelijkgesteld.

2.2. De rechtbank heeft het beroep van appellante tegen bestreden besluit 2 gegrond verklaard en dat besluit vernietigd. De mededeling van AFM in de brief van 19 januari 2018 dat zij niet bevoegd is handhavend jegens appellante op te treden is volgens de rechtbank een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. Het bezwaar van appellante is ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. Naar het oordeel van de rechtbank heeft AFM zich echter terecht op het standpunt gesteld dat zij niet bevoegd is handhavend jegens appellante op te treden. Om die reden heeft de rechtbank zelf in de zaak voorzien en het bezwaar van appellante tegen bestreden besluit 2 ongegrond verklaard.

### *Beoordeling van het geschil in hoger beroep*

#### *3. Procesbelang*

3.1. Ten aanzien van de door AFM opgeworpen vraag of appellante procesbelang heeft, nu het in wezen gaat om een verschil van inzicht tussen appellante en [naam 2], waar AFM buiten staat omdat zij een toezichtrelatie met [naam 2] heeft, heeft de rechtbank overwogen dat dit niet wegneemt dat appellante belang kan hebben bij een oordeel van de rechtbank over het handhavingsverzoek en het karakter van de brief van AFM van 6 november 2017. De rechtbank heeft erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak (bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 17 januari 2018 («JOR» 2018/99, m.nt. Affourtit; *red.*), ECLI:NL:CBB:2018:5) sprake is van voldoende procesbelang als het resultaat dat met het beroep wordt nagestreefd ook daadwerkelijk bereikt kan worden en het realiseren van dat resultaat voor de eiser feitelijke betekenis kan hebben. Nu het geschil gaat over de vraag of voor appellante in het kader van de Wft de bestuursrechtelijke weg openstaat om op te komen tegen bepaalde (toezicht)aspecten die mogelijk haar portefeuille raken en de rechtbank niet is gebleken dat appellante geen reëel en actueel belang zou hebben bij het gelijk, indien zij dat zou hebben, heeft appellante

procesbelang, zodat de rechtbank is overgegaan tot beoordeling van de beroepen.

3.2. De in hoger beroep opnieuw door AFM opgeworpen vraag of appellante procesbelang heeft, beantwoordt het College evenals de rechtbank bevestigend. Het College acht niet op voorhand onaannemelijk dat appellante belang heeft bij de uitkomst van deze procedure. Niet kan worden uitgesloten, zoals appellante ter zitting van het College heeft gesteld, dat als gevolg daarvan door appellante schade kan worden geleden, bijvoorbeeld doordat appellante, die in naam nog steeds contractspartij is bij de kredietovereenkomsten, voor bepaalde restituties wordt aangesproken. Ook bestaat de mogelijkheid dat appellante als gevolg van de uitkomst van deze procedure in de relatie ten opzichte van [naam 3] schade zou lijden, bijvoorbeeld doordat [naam 3] daarin aanleiding ziet een vordering tot aanpassing van het koopcontract tegen haar in te stellen en/of appellante aansprakelijk te stellen voor een waardevermindering van de portefeuille die naar de mening van [naam 3] niet voor rekening van laatstgenoemde dient te komen.

#### *4. Bestreden besluit 2*

4.1. Appellante kan zich niet verenigen met het oordeel van de rechtbank dat AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat haar de bevoegdheid ontbreekt om jegens appellante handhavend op te treden. Voor zover de rechtbank heeft overwogen dat AFM genoegzaam uiteen heeft gezet dat, ook gelet op de toelichting op artikel 2:105 van de Wft, het toezicht op de aangesloten ondernemingen loopt via de centrale rechtspersoon, miskent zij volgens appellante dat uit (de toelichting op) artikel 2:105 van de Wft blijkt dat het Deel Gedragstoezicht van de Wft rechtstreeks van toepassing blijft op de aangesloten onderneming en deze dus (zelf) daarmee in strijd kan handelen. Het feit dat AFM de centrale onderneming kan aanspreken, sluit niet uit dat AFM ook (of in plaats daarvan) de aangesloten onderneming kan aanspreken op haar eigen overtreding, al dan niet via de centrale onderneming. Ook het feit dat laatstbedoelde over bevoegdheden moet beschikken om de aangesloten onderneming de aanwijzingen van AFM te kunnen laten opvolgen, bevestigt dit volgens appellante. Het systeem van de Wft is naar de mening van appellante wel degelijk dat AFM bevoegd is om een overtreding door in dit geval appellante te constateren en een op die

overtreding gerichte handhaving in te zetten. Met haar beroep op de wetsgeschiedenis gaat AFM eraan voorbij dat het feit dat daarin de in principe door haar te volgen route wordt geschetst, onverlet laat dat daar in uitzonderlijke omstandigheden van kan worden afgeweken. Zo'n (uitzonderlijke) situatie doet zich hier voor, aangezien appellante het in haar macht heeft om al dan niet aan de maatregelen te voldoen. Juist in dit geval doet zich de situatie voor dat AFM, indien zij actief tegen overtredingen wil kunnen optreden, jegens de aangesloten instelling moet handhaven. Het bestreden besluit 2 miskent naar de mening van appellante dat de beginselplicht tot handhaving en het juridische kader ertoe strekken dat AFM hiertoe bevoegd (en dus verplicht) is. Ook de rechtbank gaat er volgens appellante ten onrechte aan voorbij dat de parlementaire geschiedenis bij de Wft er niet aan in de weg staat dat handhaving jegens de aangesloten instelling via de collectieve vergunninghouder wel mogelijk is.

4.2. Het College onderschrijft hetgeen de rechtbank ten aanzien van het beroep van appellante tegen het bestreden besluit 2 heeft overwogen en maakt die overwegingen tot de zijne. Het hier aan de orde zijnde wettelijke systeem is duidelijk (zie Vierde Nota van wijziging Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht) Kamerstukken II, 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 469-471). Het gevolg van de verlening door AFM van een collectieve vergunning is dat als met de financiële regelgeving strijdig handelen en/of nalaten van de aangesloten onderneming wordt geconstateerd, de collectieve vergunninghouder daar ingevolge het derde lid van artikel 2:105 van de Wft op wordt aangesproken als ware het zijn eigen handelen of nalaten. De opdracht tot naleving van de van toepassing zijnde wet- en regelgeving is derhalve tot de centrale rechtspersoon, in dit geval [naam 2], gericht. Van een handhavingstekort, zoals appellante dat ziet, is feitelijk ook geen sprake geweest. Er bestond voor AFM geen aanleiding van haar handhavingsbevoegdheden gebruik te maken, aangezien er geen gedrag was waartegen zij diende op te treden. [naam 2] handelde immers overeenkomstig hetgeen volgens AFM minimaal noodzakelijk was om te voldoen aan wet- en regelgeving.

### 5. Bestreden besluit 1

5.1. Appellante bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat de brief van 6 november 2017 geen zelfstandig en definitief rechtsoordeel bevat, maar slechts onderdeel was van een dialoog tussen de toezichthouders van AFM en [naam 2] over het locked-up- en rentebeleid van de [naam 1]-portefeuille. De situatie in dit geval is dat appellante bezwaren heeft tegen de uitleg die in het bestuurlijk rechtsoordeel is verrat, maar dat het voor haar als belanghebbende onevenredig belastend of onmogelijk is om dit oordeel ter toetsing voor te leggen door een concreet besluit uit te lokken. Met haar mededelingen in de brief ten aanzien van de door [naam 2] voorgenomen beleidsstappen heeft AFM onmiskenbaar schriftelijk kenbaar gemaakt dat zij (definitief) van oordeel is dat een concreet voorgestelde werkwijze van een onderneming (waarop zij toezicht houdt) in lijn is met het wettelijk kader (waarop zij toezicht houdt en ten aanzien waarvan zij handhavingsbevoegdheden heeft). De brief van AFM bevat volgens appellante evident een bestuurlijk rechtsoordeel. Er is geen sprake van een tussenstap in een dialoog, zoals AFM stelt, maar van een definitief oordeel. Dat blijkt naar de mening van appellante al uit de aard van het gegeven oordeel, dat immers inhoudt dat een concreet voorgestelde werkwijze van een onderneming in lijn is met het wettelijk kader. AFM bevestigt daarmee dat concreet omliggende beleidsstappen noodzakelijk zijn om aan het juridisch kader te kunnen voldoen. Dat aan haar oordeel geen vaststelling van feiten ten grondslag ligt, doet aan het (definitieve karakter van het) rechtsoordeel niet af. Uit het feit dat [naam 2] er uitvoering aan heeft gegeven, blijkt dat ook zij de mededeling van AFM in de brief als een zelfstandig en definitief bedoeld rechtsoordeel heeft opgevat. Anders dan AFM meent, blijkt ook uit de afsluitende zin van de brief dat het gegeven rechtsoordeel zelfstandig en definitief is bedoeld. AFM kondigt zelfs aan toezicht te houden op naleving van dat oordeel.

Appellante stelt voorts dat het bestuurlijk rechtsoordeel van AFM in dit geval dient te worden gelijkgesteld met een appellabel besluit als bedoeld in de Awb. Het is voor haar onevenredig belastend of onmogelijk om de uitleg die in het bestuurlijk rechtsoordeel is verrat ter toetsing voor te leggen door een concreet besluit uit te lokken. Volgens appellante kan zij niet jegens zichzelf of jegens [naam 2] een appellabel besluit uitlokken, terwijl

het bestuurlijk rechtsoordeel haar wel rechtstreeks en in nadelige zin raakt.

5.2. Het College is met de rechtbank van oordeel dat de brief van 6 november 2017 geen besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb en – anders dan appellante betoogt – daarmee voor haar ook niet op een lijn is te stellen. Naar vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde uitspraak van het College van 17 januari 2018, 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, slechts 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. Tot deze zeer bijzondere gevallen behoort niet de situatie die hier aan de orde is. In een geval als het onderhavige wordt, als de aangesloten onderneming handelt en/of iets nalaat in strijd met de financiële regelgeving, de collectieve vergunninghouder daarop aangesproken als ware het zijn eigen handelen of nalaten en niet de aangesloten onderneming. Reeds daarom valt niet in te zien dat een op de collectieve vergunninghouder betrekking hebbend rechtsoordeel – daargelaten of dit als zelfstandig en definitief dient te worden beschouwd – bij wijze van uitzondering moet worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb voor wat betreft de mogelijkheid voor een aangesloten onderneming daartegen in rechte op te komen. Het College wijst er overigens op dat, nu [naam 2] als collectieve vergunninghouder heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen volgens AFM minimaal noodzakelijk was om te voldoen aan wet- en regelgeving, er vooral een situatie lijkt te zijn ontstaan waarin appellante zich niet kan verenigen met de handelwijze van [naam 2]. In een eventueel geschil hierover bij de burgerlijke rechter kan appellante, gelet op het vorenstaande, niet de formele rechtskracht van de brief van 6 november 2017 worden tegengeworpen. De omstandigheid dat appellante niet tegen deze brief kan opkomen, brengt dan ook in dat opzicht geen verlies aan rechtsbescherming met zich.

6. De slotsom is dat het hoger beroep van appellante ongegrond is en de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### *Beslissing*

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

### **NOOT**

1. Bovenstaande uitspraak is gewezen in het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 april 2019 (ECLI:NL:RBROT:2019:3688).
2. Appellante beschikte tot 1 augustus 2011 over een vergunning om krediet aan te bieden. Sinds 2009 bood zij geen nieuwe kredieten meer aan, maar ontving zij nog wel rente en aflossing uit lopende contracten; de portefeuille was aflopend (een zogenaamde “run-off portefeuille”). Per 1 augustus 2011 werden alle vorderingsrechten uit lopende kredietovereenkomsten overgedragen aan een derde. Het beheer werd uitbesteed aan een onderneming die ik hierna “de Beheerder” zal noemen. Appellante en de Beheerder hadden daartoe een “Services Agreement” gesloten. Tussen Appellante, de Beheerder en de rechthebbende op de vorderingsrechten uit de kredietovereenkomsten was een “Transferee Services Agreement” gesloten. De Beheerder beschikte over een collectieve vergunning voor het aanbieden van en adviseren en bemiddelen in hypothecair en consumptief krediet. Appellante, die dus nog slechts de formele contractspartij bij de kredietovereenkomsten was, maar daarover niet meer het beheer voerde en ook geen betalingen van kredietnemers meer ontving, werd per 1 augustus 2011 een aangesloten onderneming van de Beheerder in de zin van art. 2:105 Wft. Appellante had haar eigen Wft-vergunning niet meer nodig en gaf deze op.
3. Op enig moment heeft de AFM met de Beheerder contact gehad over het zogenoemde locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante. De Beheerder heeft daarop aanpassingen in dat beleid voorgesteld. In een brief van 6 november 2017 liet de AFM aan de Beheerder weten dat de voorgestelde beleidswijzigingen “*minimaal noodzakelijk zijn om aan wet- en regelgeving (waaronder, maar niet beperkt tot, de vereisten voor het voeren van een adequaat beleid gericht op een integere uitoefening van het beleid en de zorgplicht)*”; de AFM verwees hierbij naar art. 4:11 lid 2 Wft en art. 4:24a Wft. Appellante was het met de beleidsaanpassingen niet eens – uit de uitspraken van de rechtbank en het CBB

blijkt niet op welke gronden. Appellante heeft daarom de AFM verzocht om handhavend tegen haar op te treden door het geven van een aanwijzing of het opleggen van een andere handhavingsmaatregel, stellende dat zij – Appellante dus – weigerde om te voldoen aan de door de AFM noodzakelijk geachte maatregelen in het kader van het locked-up- en rentebeleid. Voor het geval de AFM niet bereid zou zijn over te gaan tot handhaving, heeft Appellante bezwaar gemaakt tegen het volgens haar in de brief van 6 november 2017 vervatte bestuurlijk rechtsoordeel over de maatregelen die noodzakelijk waren om aan de toepasselijke wet- en regelgeving te voldoen. Zowel tegen de weigering van de AFM om handhavend op te treden als tegen het veronderstelde bestuurlijk rechtsoordeel heeft Appellante bezwaar gemaakt en, nadat deze bezwaren niet-ontvankelijk werden verklaard, beroep en hoger beroep ingesteld.

4. Uiteraard vond Appellante niet dat de AFM werkelijk reden had handhavend jegens haar op te treden. Zij was het echter niet eens van de uitkomst van de correspondentie en het overleg tussen de Beheerder en de AFM. Die uitkomst zou de positie van Appellante kunnen raken. Hoe concreet dit risico was en op welke wijze dit zich zou kunnen verwezenlijken, vermeldt de uitspraak niet; de impact van de beleidswijziging op Appellante wordt in r.o. 3.2 vrij voorzichtig, bijna theoretisch, weergegeven. Het ligt echter erg voor de hand dat de door de Beheerder getroffen maatregelen van (1) verkorting van de locked-up remedieperiode van vijf tot drie jaar, (2) verlaging van de maximale rente voor de kredietportefeuille van Appellante en (3) restitutie van geïnvesteerde rente boven dit maximum over de afgelopen drie jaar civielrechtelijke gevolgen voor Appellante zou kunnen hebben. Ten eerste was Appellante nog steeds contractspartij bij de kredietovereenkomsten. Aanspraken van kredietnemers in verband met in het verleden betaalde rente kunnen dus leiden tot vorderingen van kredietnemers tegen Appellante. Ten tweede kunnen de beleidswijzigingen de toekomstige aanspraken op kredietnemers verminderen, waardoor de koper van die aanspraken kan worden benadeeld en Appellante zou kunnen aanspreken op vergoeding van dat nadeel. Of Appellante zich met haar bezwaren tegen de beleidswijziging tot de Beheerder heeft gewend, blijkt niet uit de uitspraak (en evenmin uit de uitspraak van de recht-

bank). Duidelijk is dat Appellante haar pijlen richt op de partij die de beleidswijzigingen heeft geïnitieerd: de AFM.

5. De AFM meende echter dat het in wezen gaat om een geschil tussen Appellante en de Beheerder, waar zij buiten staat. De AFM heeft slechts een toezichtsrelatie met de Beheerder. Om die reden zou het procesbelang van Appellante ontbreken. De rechtbank en het CBb volgen de AFM niet in deze procesrechtelijke stelling. Op grond van vaste rechtspraak van het CBb is sprake van voldoende procesbelang als het resultaat dat met een (hoger) beroep wordt nagestreefd ook daadwerkelijk kan worden bereikt en het realiseren van dat resultaat voor eiseres/appellante feitelijke betekenis kan hebben. Rechtbank en CBb verwijzen naar de uitspraak van het CBb van 17 januari 2018, «JOR» 2018/99, m.nt. Affourtit. Aan deze voorwaarden voor het aannemen van procesbelang wordt voldaan: het geschil gaat over de vraag of voor Appellante in het kader van de Wft de bestuursrechtelijke weg openstaat om op te komen tegen bepaalde (toezicht)aspecten die mogelijk haar portefeuille raken, terwijl volgens de rechtbank en het CBb niet is gebleken dat Appellante geen reëel en actueel belang zou hebben bij een voor haar positief oordeel. De procedure strandt dan ook niet op het ontbreken van procesbelang.

6. Dit betekent echter allerm minst dat Appellante krijgt wat zij beoogde: een inhoudelijke toetsing van de juridische noodzaak tot het doorvoeren van de beleidswijzigingen. De eerste route daartoe betrof, als gezegd, die van de door Appellante tegen haarzelf verzochte handhaving. Kennelijk redeneerde zij dat wanneer de AFM van mening was dat het voorafgaand aan die beleidswijzigingen door de Beheerder gevoerde locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante in strijd kwam met de art. 4:11 lid 2 Wft (integere bedrijfsvoering) en art. 4:24a Wft (zorgplicht jegens kredietnemer), Appellante ook in strijd met dezelfde bepalingen zou handelen. Daartegen kon de AFM niet alleen handhavend optreden, gelet op de beginselplicht tot handhaving moest zij dit ook doen. Appellante zou tegen het besluit van de AFM vervolgens kunnen opkomen bij de bestuursrechter. Die zou dan kunnen toetsen of het locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante in strijd was met de Wft, zoals de AFM meende. De rechtbank en het CBb komen echter niet tot deze inhoudelijke beoordeling. Het

gevolg van een collectieve vergunning op grond van art. 2:105 Wft is dat het gedragstoezicht op aangesloten ondernemingen, zoals Appellante, loopt via de vergunninghouder. Deze wordt op het handelen en nalaten van de aangesloten ondernemingen aangesproken alsof het zijn eigen handelen en nalaten betreft. Dat is niet vreemd, omdat een voorwaarde voor het verlenen van een collectieve vergunning – kort gezegd – is dat de (beoogd) vergunninghouder krachtens statuten of overeenkomst beschikt over voldoende bevoegdheden jegens de aangesloten ondernemingen om overtredingen van hen tegen te kunnen gaan en hen de door de AFM gegeven aanwijzingen op te laten volgen. Consequentie daarvan is dat de aangesloten ondernemingen door de AFM niet zelf kunnen worden aangesproken. De AFM is dus ook niet bevoegd handhavend op te treden tegen de aangesloten ondernemingen. Het resultaat voor Appellante is dat zij het oordeel van de AFM over het gevoerde locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante dan ook niet langs deze weg aan de bestuursrechter kon voorleggen. De AFM was niet bevoegd handhavend jegens Appellante op te treden. Weliswaar is dat oordeel aan te merken als besluit, zodat de bestuursrechter de juistheid daarvan kan toetsen, maar tot een inhoudelijke beoordeling van de beweerde overtreding leidt dit niet. Doordat de Beheerder zich juist conformeerde aan het oordeel van de AFM, kwam het ook niet tot handhavend optreden tegen de Beheerder, laat staan tot een bestuursrechtelijke procedure van de Beheerder tegen dergelijk optreden.

7. De tweede route naar een inhoudelijke beoordeling van het oordeel van de AFM over het gevoerde locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante was die van het bestuurlijk rechtsoordeel. Zoals gezegd, lag in de hiervoor aangehaalde brief van 6 november 2017 een oordeel besloten over de verenigbaarheid van dat beleid met de Wft. De brief bevatte daarmee echter nog geen bestuurlijk rechtsoordeel. Dat is 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" (zie bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde uitspraak van het CBb van 17 januari 2018). Een dergelijk oordeel is geen besluit en wordt slechts in zeer bijzondere gevallen wat betreft de moge-

lijkheid daartegen in rechte op te komen gelijkgesteld met een (appellabel) besluit. De AFM was van oordeel dat de brief onderdeel was van een dialoog tussen de toezichthouders van de AFM en de Beheerder over het locked-up- en rentebeleid en dat de brief geen zelfstandig en definitief rechtsoordeel van de AFM bevatte. De rechtbank volgde de AFM daarin, zodat geen bestuursrechtelijke rechtsgang openstond. Het CBb legt meer de nadruk op de vraag welke partij in deze eventueel toegang tot de bestuursrechter zou kunnen krijgen. Dat is in ieder geval niet Appellante: reeds het feit dat de brief was gericht tot de Beheerder, als centrale vergunninghouder, en niet tot Appellante maakt volgens het CBb dat niet valt in te zien dat de brief voor de mogelijkheid van het maken van bezwaar en het instellen van (hoger) beroep bij wijze van uitzondering moet worden gelijkgesteld met een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. Ik kan dit goed volgen: wanneer een eventueel handhavingsbesluit niet tot Appellante zou zijn gericht, omdat handhaving alleen tegen de Beheerder mogelijk is, valt op juridische gronden niet in te zien waarom Appellante ten aanzien van enig handelen dat op dergelijke handhaving vooruitloopt of zou kunnen lopen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou moeten worden geboden.

8. Staat Appellante nu met lege handen? Nee, overweegt het CBb ten overvloede ("*wijst er overigens op*"). Appellante kan zich tot de Beheerder wenden, stellende dat de beleidswijziging niet noodzakelijk was om het locked-up- en rentebeleid voor de portefeuille van Appellante te laten voldoen aan de wet- en regelgeving. In een eventuele procedure bij de burgerlijke rechter kan de formele rechtskracht van de brief van 6 november 2017 niet aan Appellante worden tegengevoerd, zo stelt het CBb. Dat lijkt me zonder meer juist: als de brief geen besluit bevat en daarmee voor de mogelijkheid van bezwaar en (hoger) beroep ook niet kan worden gelijkgesteld, staat geen bestuursrechtelijke rechtsgang open en kunnen aan het niet volgen ervan dus geen gevolgen worden verbonden, zoals de juridische fictie van rechtmatigheid (formele rechtskracht). Hoewel in een procedure tussen Appellante en de Beheerder in strikte zin niet de juistheid van het handelen van de AFM (en dus niet de formele rechtskracht van de brief van 6 november 2017) aan de orde is, maar het handelen van de Beheerder, leert de rechtspraak ons

dat de onherroepelijkheid van een besluit ook in een procedure tussen twee privaatrechtelijke (rechts)personen van belang kan zijn (zie HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1582). In die zin is het voor Appellante dus plezierig dat het CBb de civiele rechter erop attent maakt dat, hoewel (of beter: omdat) de route naar de bestuursrechter doodliep, in civielrechtelijke zin alle wegen nog open liggen.

mr. V.H. Affourtit  
advocaat bij Houthoff in Amsterdam

## 91

**Opzegging bankrelatie met trustkantoor vanwege integriteitsrisico's in sector**

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam  
1 december 2020, nr. KG ZA 20-957,  
ECLI:NL:RBAMS:2020:6245  
(mr. Hoogeveen)  
Noot mr. T. Hekman onder «JOR» 2021/92

**Voorshands onvoldoende grond voor opzegging bankrelatie wegens algemene beleidswijziging. Belangenafweging. Voortzetting bankrelatie met trustkantoor tot principieel oordeel in bodemprocedure.**

[BW art. 6:248 lid 2]

*De vraag is of het gebruikmaken door ING van haar contractuele opzeggingsbevoegdheid, gelet op alle omstandigheden van het geval, in strijd is met haar zorgplicht van art. 2 ABV en/of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (zie art. 6:248 lid 2 BW en het arrest van HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams (ING/De Keijzer)). Op grond van de in art. 2 lid 1 ABV neergelegde zorgplicht dient ING bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen en daarbij naar beste vermogen met de belangen van haar cliënten rekening te houden. Uitgangspunt is dat het voor CIS Management BV van wezenlijk belang is dat zij toegang heeft tot het bancaire systeem. Het gaat hier niet om een kredietrelatie, maar om het hebben van een bankrekening. Elke (rechts)persoon die legale activiteiten ontplooit*

*moet in beginsel toegang hebben tot het betalingsverkeer en daarvoor is een bankrekening nu eenmaal vereist.*

*Anderzijds komt gewicht toe aan de verplichting van CIS om ingevolge art. 2 lid 2 ABV rekening te houden met de belangen van ING, zoals het kunnen voldoen aan haar verplichtingen jegens toezichthouders op grond van (onder meer) de Wtt 2018 en de Wwft. De maatschappelijke positie van banken brengt mee dat van hen de grootst mogelijke integriteit wordt verwacht. Daarnaast kunnen financiële en andere bedrijfsmatige belangen van de bank een rol spelen.*

*CIS Management BV heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat het in het algemeen voor trustkantoren in Nederland steeds moeilijker is geworden om een bankrekening te openen. Verder staat vast dat CIS beschikt over een vergunning van DNB. ING heeft erkend dat zij aan de zijde van CIS nooit een risico op witwassen of terrorisme financiering heeft kunnen vaststellen. Op zichzelf staat het een bank vrij haar beleid met betrekking tot het accepteren van cliënten te wijzigen. Bij de wijze waarop daaraan in een concreet geval uitvoering wordt gegeven, geldt wel de aangegeven maatstaf. De wens van ING om integriteitsrisico's zoveel mogelijk uit te sluiten is legitiem, maar in de gegeven omstandigheden levert deze wens naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet een voldoende grond op voor opzegging van de bankrelatie met de door ING in acht genomen termijnen.*

*CIS heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de kans groot is dat beëindiging van de bankrelatie ertoe zal leiden dat zij haar onderneming niet langer kan uitoefenen, terwijl zij op geen enkele wijze tekort is geschoten jegens ING en er geen concrete aanwijzingen bestaan dat zij een integriteitsrisico vormt voor ING en/of dat ING daardoor voor onevenredig hoge kosten wordt geplaatst. Het belang van ING bij een beëindiging van de relatie met CIS is dus relatief beperkt.*

*De voorzieningenrechter is na afweging van de betrokken belangen van oordeel dat CIS in ieder geval de uitkomst van de bodemprocedure moet kunnen afwachten. In een bodemprocedure kan een principieel oordeel worden verkregen over de vraag of en hoe ING als een van de grootbanken in Nederland een gehele sector (in dit geval de sector van trustkantoren) van haar dienstverlening kan uitsluiten. De relatie met ING moet worden voortgezet totdat die uitkomst er is, op voor-*