

(2003/71/EG), zoals gewijzigd, ook van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. Het HvJ EU oordeelt in zijn arrest dat de verplichting om een goedgekeurd prospectus algemeen verkrijgbaar te stellen niet van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten. Dit is een uitkomst die in lijn is met de eerdere literatuur en de lagere rechtspraak, maar die lange tijd ongewis is geweest.

2. Het HvJ EU komt tot dit – mijn zienswijze – oordeel na de vaststelling dat het begrip “aanbieding van effecten aan het publiek” in art. 2, lid 1, sub d van de Prospectusrichtlijn een ruime toepassing kent. Hieruit leid ik af dat het antwoord op de door Grundmann-Van de Krol opgeworpen vraag in de noot bij het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2012 («JOR» 2012/328) of de uitnodiging tot het doen van een aanbod ook onder de definitie van “aanbieding aan het publiek” in de zin van de Prospectusplicht valt, bevestigend moet luiden.

3. Het HvJ EU oordeelt, samengevat, dat de prospectusplicht niet van toepassing is op de executoriale verkoop nu een dergelijke verkoop naar zijn aard wezenlijk verschilt van de normale aanbidding van effecten aan investeerders (r.o. 34 en 50). Geparafraseerd weergegeven komt het HvJ EU als volgt tot deze conclusie.

4. Allereerst strekt de executieverkoop niet tot deelname aan de kapitaalmarkt, maar tot voldoening van de vordering van de betreffende schuldeiser. Als gevolg hiervan worden de effecten niet, zoals te doen gebruikelijk, verkocht door de uitgevende instelling of de houder van de betreffende effecten, maar op verzoek van een derde/crediteur.

5. Daarnaast verschillen de kenmerken van een executoriale verkoop materieel van een normale aanbidding op het gebied van informatievoorziening. Bij een executoriale verkoop worden potentiële kopers in niet mis te verstane bewoordingen geïnformeerd dat de voorgenomen transactie enkel strekt tot voldoening van een schuld van de houder van de effecten, terwijl een normale aanbidding zich kenmerkt door het ter beschikking stellen van een document waarin adequate en zo objectief mogelijke informatie wordt gedeeld met betrekking tot (i) de financiële positie van de uitgevende instelling en (ii) de rechten die aan de effecten zijn verbonden, om een beleggingsbeslissing mogelijk te maken.

6. Voorts zou de prospectusplicht bij een executoriale verkoop grote praktische complicaties en kosten met zich brengen die zich moeilijk verhouden met de doelstellingen van de executieprocedure (i.e. een snelle en effectieve betaling van de schuldeiser). Immers, de goedkeuring van een prospectus brengt de nodige tijd en kosten met zich. Bovendien zou de vraag rijzen wie voor de informatie in het prospectus verantwoordelijk zou zijn. Het HvJ EU volgt hierbij de eerdere overwegingen van de Hoge Raad.

7. Nu is vast komen te staan dat de Europese prospectusplicht niet van toepassing is op een executoriale verkoop van effecten, zijn discussies over welke partij (executant of beslagdebiteur) als aanbieder aangemerkt moet worden en op welke wijze “de tegenwaarde” berekend moet worden bij een executoriale verkoop, zinledig geworden. Eindelijk beschikt de praktijk over de gewenste duidelijkheid.

M.T.G. Schoonewille  
advocaat bij Loyens & Loeff NV te Amsterdam

## 304

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam  
29 september 2014, zaaknr. ROT 14-5035,  
ECLI:NL:RBROT:2014:8355  
(mr. Van Velzen)  
Noot mr. A.C. Beijering-Beck en mr. V.H. Affourtit

**Publicatie van boetebesluiten. Gewijzigde art. 1:97 en 1:98 Wft.**

[Wft art. 1:97, 1:98]

*Per 1 augustus 2014 zijn met de inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten onder meer de art. 1:97 en 1:98 Wft gewijzigd. Nu daarbij niet is voorzien in overgangsrecht, heeft deze wetswijziging onmiddellijke werking en dient de AFM op het bezwaar van verzoekster tegen het bestreden besluit te beslissen met inachtneming van de art. 1:97 en 1:98 Wft zoals luidend met ingang van 1 augustus 2014. Waar onder het oude recht publicatie van boetebesluiten slechts achterwege bleef indien die in strijd was of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op*

*de naleving van de Wft, schrijft het nieuwe recht een verdergaande belangenafweging voor. Zo volgt uit het nieuwe art. 1:97 lid 4, aanhef en onder b, Wft dat publicatie anoniem dient plaats te vinden indien de gevolgen van volledige publicatie voor betrokken partijen onevenredig zijn in verhouding tot de met die publicatie te dienen doelen.*

*Van een dergelijke onevenredigheid is naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval sprake. Met de publicatie van het boetebesluit wordt uitsluitend het belang van de normoverdracht gediend en dient het vermelden van de naam van verzoekster, alsmede van andere gegevens die tot haar en haar beleidsbepalers herleidbaar zijn, geen concreet doel.*

*De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening gedeeltelijk toe.*

Vof [a],  
verzoekster,  
gemachtigde: mr. M.R. Hosemann,  
tegen  
Stichting Autoriteit Financiële Markten,  
verweerder,  
gemachtigde: mr. drs. M.J. Blotwijk.

**Procesverloop**

Bij besluit van 21 juli 2014 (het bestreden besluit) heeft de AFM verzoekster medegedeeld dat op grond van artikel 1:98 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt overgegaan tot openbaarmaking van de boete van € 1.000,- die bij besluit van 4 juni 2010 (boetebesluit) aan verzoekster is opgelegd wegens overtreding van artikel 102, eerste en tweede lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Tegen dit besluit heeft verzoekster bezwaar gemaakt. Voorts heeft verzoekster de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van dit besluit. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 15 september 2014. Namens verzoekster is verschenen haar gemachtigde, vergezeld door [c]. De AFM is ter zitting vertegenwoordigd door haar gemachtigde.

**Overwegingen**

1. Bij besluit van 17 november 2010 heeft de AFM het bezwaar tegen het boetebesluit ongegrond verklaard. Het tegen dit besluit ingestelde beroep heeft de rechtbank bij uitspraak van 17 november 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BU5321) ongegrond verklaard. Het College van Beroep voor het be-

drijfsleven (CBb) heeft bij uitspraak van 25 februari 2014 (ECLI:NL:CBb:2014:96) het oordeel van de rechtbank over het opleggen van de boete bevestigd, waarmee het boetebesluit rechtens onaanvaardbaar is geworden.

2. Aan het bestreden besluit heeft de AFM ten grondslag gelegd dat de toezichthouder slechts dient af te wijken van de in artikel 1:98 van de Wft genoemde publicatieplicht indien openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Van strijd met het toezichtsdoel is naar de mening van de AFM niet gebleken. De AFM heeft daarbij te kennen gegeven dat zij aan haar publicatieverplichting uitvoering zal geven door de volgende basistekst te publiceren als persbericht en/of advertentie:

“AFM legt bestuurlijke boete op aan [a] voor niet melden van verdenking door politie

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 4 juni 2010 een bestuurlijke boete van € 1.000 opgelegd aan [a]. [a] is gevestigd in [h] en sinds 2008 actief als adviseur en bemiddelaar in verschillende financiële producten. De bestuurlijke boete is opgelegd omdat [a] heeft verzuimd te melden aan de AFM dat één van haar beleidsbepalers door de politie is gehoord als verdachte.

Een financieel dienstverlener dient onverwijld melding te doen bij de AFM, als de gegevens die zijn verstrekt voor de toetsing van de betrouwbaarheid van de beleidsbepalers, wijzigen (artikel 102, eerste en tweede lid, Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen). Het is belangrijk dat de toezichthouder op de hoogte is van dergelijke wijzigingen, omdat de betrouwbaarheid van beleidsbepalers buiten twijfel moet staan. Dat is uiteindelijk in het belang van de consument.

Bij de vergunningverlening in januari 2008 heeft [a] een waarschuwing gekregen, wegens het onvolledig verstrekken van gegevens aan de AFM. Daarna is op 12 februari 2008, 13 februari 2008, 14 februari 2008 en 29 mei 2008 een van de beleidsbepalers van [a] als verdachte gehoord door de politie [d] in een zaak uit 2004-2005. [a] heeft nagelaten om deze verdenking onverwijld aan de AFM te melden. Het Openbaar Ministerie heeft de zaak tegen de betreffende beleidsbepaler van De Rekenmeester in 2010 geseponeerd. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft bij uitspraak van 25 februari 2014 geoordeeld dat de aan [a] opgelegde bestuurlijke

boete voor het niet melden van de verdenking, rechtmatig is. Met de uitspraak van het CbB is de boete rechtens onaantastbaar geworden. Het volledige besluit en de beslissing op bezwaar kunt u hiernaast downloaden in PDF-formaat. Bij vragen of klachten kunt u contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0800-5400 540 (gratis).

De AFM bevordert eerlijke en transparante financiële markten. Wij zijn de onafhankelijke gedrags-toezichthouder op de markten van sparen, lenen, beleggen en verzekeren. De AFM bevordert zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten en ziet toe op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten. Ons streven is het vertrouwen van consumenten en bedrijven in de financiële markten te versterken, ook internationaal. Op deze manier draagt de AFM bij aan de welvaart en de economische reputatie van Nederland.<sup>9</sup>

Voorts zal de AFM de volledige tekst van het boetebesluit en de beslissing op bezwaar van 17 november 2010 (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website publiceren. Ook zal bij het persbericht een hyperlink worden opgenomen naar de uitspraken van de rechtbank en het CbB zoals gepubliceerd op rechtspraak.nl. Van het persbericht zal tevens een Engelse vertaling worden opgenomen. Een bericht over de boete aan [a] zal voorts worden opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals) en er wordt een bericht op Twitter geplaatst dat zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

De AFM heeft tot slot te kennen gegeven dat zij daarnaast het besluit kan publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke dagbladen.

3. Per 1 augustus 2014 zijn met de inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten (Staatsblad 2014, 253) onder meer de artikelen 1:97 en 1:98 van de Wft gewijzigd. Nu daarbij niet is voorzien in overgangsrecht, heeft deze wetswijziging onmiddellijk werking en dient de AFM op het bezwaar van verzoekster tegen het bestreden besluit te beslissen met inachtneming van de artikelen 1:97 en 1:98 van de Wft zoals luidend met ingang van 1 augustus 2014. Gelet hierop en nu in het kader van het verzoek om voorlopige voorziening dient te worden beoordeeld of het bezwaar van verzoek-

ster een redelijke kans van slagen heeft, vormen deze artikelen eveneens het toetsingskader voor de voorzieningenrechter. Het zonder nadere toelichting ter zitting door de AFM ingenomen standpunt dat dit toetsingskader wordt gevormd door het oude recht leidt niet tot een ander oordeel.

4. Op grond van artikel 1:98 van de Wft, zoals dit luidt met ingang van 1 augustus 2014, maakt de toezichthouder, onverminderd artikel 1:97, eerste en vijfde lid, van de Wft, een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar wanneer dat onherroepelijk is geworden, alsmede, voor zover van toepassing, de uitkomst van een bezwaar of beroep dat daaraan vooraf is gegaan. Artikel 1:97, vierde lid, van de Wft is van overeenkomstige toepassing.

Op grond van artikel 1:97, vierde lid, van de Wft, zoals dit luidt met ingang van 1 augustus 2014, geschiedt de openbaarmaking van het besluit in zodanige vorm dat het besluit niet herleidbaar is tot afzonderlijke personen, indien voorafgaand aan openbaarmaking door de toezichthouder kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking:

- voor zover de boete wordt opgelegd aan een natuurlijk persoon, bekendmaking van zijn persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn;
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
- een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd; of
- de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

5. Het betoog van verzoekster dat het de AFM niet langer is toegestaan tot publicatie over te gaan, nu zij eerst vijf maanden nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden heeft besloten tot openbaarmaking daarvan, faalt. Verzoekster is nog geen maand nadat het boetebesluit rechtens onaantastbaar was geworden door de AFM bij brief van 20 maart 2014 in kennis gesteld van het voornemen tot publicatie, waarna verzoekster op 10 april 2014 haar zienswijze daarop naar voren heeft gebracht en de AFM op 21 juli 2014 het bestreden besluit tot publicatie heeft genomen. Geen rechtsregel brengt met zich dat onder deze omstandigheden publicatie achterwege moet blijven. De door verzoekster in dit verband genoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 7 december 2010 (ECLI:NL:RBROT:2010:BO7553) noopt niet tot

een ander oordeel, reeds nu daarin het oude recht met betrekking tot de publicatie van boetebesluiten het toetsingskader vormde. Verzoekster heeft ook niet geconcretiseerd waarom enkel tijdsverloop publicatie van het boetebesluit onrechtmatig zou maken.

6. Verzoekster betoogt voorts dat met het openbaar maken van het boetebesluit geen redelijk of rechtens te respecteren doel (meer) is gediend, terwijl zij en haar beleidsbepalers door die openbaarmaking juist in hun belangen worden geschaad. Voor zover de openbaarmaking van het boetebesluit rechtmatig is, kan volgens verzoekster geen gebruik worden gemaakt van de hiervoor in 2 geciteerde basistekst, aangezien deze niet evenwichtig en onnodig belastend is. Voorts dient te worden afgezien van een bericht op Twitter.

6.1. Waar onder het oude recht publicatie van boetebesluiten slechts achterwege bleef indien die in strijd was of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, schrijft het nieuwe recht een verdergaande belangenafweging voor. Zo volgt uit het nieuwe artikel 1:97, vierde lid, aanhef en onder b, van de Wft dat publicatie anoniem dient plaats te vinden, indien de gevolgen van volledige publicatie voor betrokken partijen onevenredig zijn in verhouding tot de met die publicatie te dienen doelen.

6.2. Van een dergelijke onevenredigheid is naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval sprake. Ter zitting heeft de AFM benadrukt dat publicatie van de aan verzoekster opgelegde boete aan onder toezicht staande marktpartijen duidelijk maakt dat het melden van antecedenten belangrijk is en onder welke omstandigheden de AFM tegen het niet melden daarvan optreedt. Dat het daarnaast van belang is de markt specifiek te waarschuwen voor verzoekster heeft de AFM ter zitting weliswaar gesteld, maar niet aannemelijk gemaakt. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de wetgever vroegtijdige publicatie op grond van artikel 1:97 van de Wft van een besluit tot het opleggen van een boete voor een overtreding als door verzoekster is begaan niet noodzakelijk heeft geacht, zodat in dit geval geen sprake was van een ernstige inbreuk op de financiële toezichtwetgeving (zie ook de zesde nota van wijziging bij de Wft, TK, 2005-2006, 29 708, nr. 41. p. 65). Nu het niet melden van het antecedent door verzoekster er ook niet toe heeft geleid dat de betrouwbaarheid van de desbetref-

fende beleidsbepaler volgens de AFM niet langer buiten twijfel staat, wordt naar het oordeel van de voorzieningenrechter met de publicatie van het boetebesluit uitsluitend het belang van de door de AFM ter zitting benadrukte normoverdracht gediend en dient het vermelden van de naam van verzoekster, alsmede van andere gegevens die tot haar en haar beleidsbepalers herleidbaar zijn, geen concreet doel. Meer specifiek heeft de AFM niet aannemelijk kunnen maken dat het van belang is (nu nog) openbaar te maken dat verzoekster niet heeft gemeld dat een beleidsbepaler in 2008 als verdachte is verhoord in een strafzaak, terwijl diens strafzaak in 2010 is geseponeerd, de betrouwbaarheid van deze beleidsbepaler naar het oordeel van de AFM nog steeds buiten twijfel staat en de vergunning van verzoekster per 1 januari 2014 naar zij onweersproken stelt, is uitgebreid. Dit terwijl, naar niet in geschil is, verzoekster en haar beleidsbepalers door volledige openbaarmaking, gezien de diffamerende werking die uitgaat van de publicatie van een boeteoplegging, wel in hun belangen worden geschaad. Het betoog van verzoekster slaagt derhalve in zoverre dat de openbaarmaking van het boetebesluit, de beslissing op bezwaar, de basistekst en het bericht op Twitter naar het oordeel van de voorzieningenrechter in zodanige vorm dient te geschieden dat de daarin opgenomen informatie niet herleidbaar is tot verzoekster en haar beleidsbepalers.

6.3. De voorzieningenrechter acht het, evenals de AFM en anders dan verzoekster, uit een oogpunt van normoverdracht van belang dat specifiek wordt vermeld welk antecedent ten onrechte niet is gemeld aan de AFM. Verzoekster wordt hierdoor bij anonimisering van het boetebesluit niet in haar belangen geschaad.

6.4. De stelling van verzoekster dat "het gesloten systeem van geheimhouding" in de weg staat aan publicatie van het boetebesluit via Twitter faalt reeds omdat zij deze stelling niet heeft onderbouwd. Zoals de voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft overwogen in de uitspraak van 7 maart 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:1636), is het aan de AFM om te bepalen hoe een besluit wordt gepubliceerd en stelt de Wft daaraan geen beperkingen.

7. Gezien het voorgaande ziet de voorzieningenrechter aanleiding het verzoek om voorlopige voorziening toe te wijzen, in die zin dat de AFM wordt opgedragen het openbaar te maken boetebesluit en de beslissing op bezwaar, naast de door

de AFM al onleesbaar gemaakte tekstgedeelten, (geheel) te schonen van “[a]”, “[e]”, “[f]” en “[g]”, de basistekst te schonen van “[a]”, “[h]” en “[f]” en het Twitterbericht van “[a]”.

8. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding aan de voorlopige voorziening een termijn te verbinden, zodat deze pas vervalt indien zich een van de in artikel 8:85, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht genoemde situaties voordoet.

9. Nu het verzoek gedeeltelijk wordt toegewezen, ziet de voorzieningenrechter aanleiding te bepalen dat de AFM aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

10. De voorzieningenrechter veroordeelt de AFM in de door verzoekster gemaakte proceskosten. (...; red.)

#### Beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek om voorlopige voorziening gedeeltelijk toe,
- draagt de AFM op in het te publiceren boetebesluit en de beslissing op bezwaar (naast de reeds onleesbaar gemaakte passages) “[a]”, “[e]”, “[f]” en “[g]” onleesbaar te maken,
- draagt de AFM op uit de basistekst “[a]”, “[h]” en “[f]” te verwijderen,
- draagt de AFM op uit het Twitterbericht “[a]” te verwijderen,
- wijst het verzoek om voorlopige voorziening voor het overige af,
- bepaalt dat de AFM aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht van € 328,- vergoedt,
- veroordeelt de AFM in de proceskosten (...; red.).

#### NOOT

1. Per 1 augustus 2014 zijn met de inwerkingtreding van de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten (Stb. 2014, 253) – onder meer – de bepalingen in de Wft gewijzigd waarin de publicatie van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 1:97 en 1:98 Wft) of een last onder dwangsom (art. 1:99 Wft) is geregeld. Hiermee is art. 68 lid van Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV) geïmplementeerd. Daarin is aan lidstaten de opdracht gegeven om – kort gezegd – ervoor te zorgen dat de bevoegde autoriteiten (a) sanctiebesluiten bekendmaken, (b) daarbij informatie verschaffen over een

eventueel ingesteld beroep en de uitkomst daarvan en (c) de sancties in een aantal situaties in geanonimiseerde vorm publiceren. Omdat de Implementatiewet niet voorziet in overgangsrecht, heeft deze wetswijziging onmiddellijke werking. De hier afgedrukte uitspraak is, althans voor zover wij hebben kunnen vaststellen, de eerste waarin op basis van het gewijzigde toetsingskader is beslist op een verzoek om een voorlopige voorziening in verband met de publicatie van een sanctiebesluit. Omdat deze uitspraak ziet op een bestuurlijke boete, beperken wij ons tot een bespreking van de gewijzigde art. 1:97 en 1:98 Wft.

2. Onder het tot 1 augustus 2014 geldende recht dienden de AFM en DNB een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar te maken nadat het onherroepelijk was geworden, tenzij openbaarmaking van het besluit in strijd was of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht (art. 1:98 Wft). Voor een in de wet benoemde categorie ‘zware’ overtredingen bepaalde art. 1:97 Wft bovendien dat het boetebesluit ook al openbaar werd gemaakt nadat het was genomen. Ook op grond van die bepaling bleef openbaarmaking achterwege indien dit – kort gezegd – in strijd kwam met het doel van het toezicht (lid 4). Deze zowel in art. 1:97 in art. 1:98 Wft genoemde uitzondering – ook wel de ‘tenzij-clausule’ genoemd – bevatte de enige belangenafweging die volgens het CbB kon plaatsvinden bij de toetsing van publicatiebesluiten. Voor een verdergaande belangenafweging – bedoeld zal zijn: op grond van art. 3:4, lid 2, Awb – was volgens het CbB geen plaats (zie bijvoorbeeld CbB 11 februari 2013, «JOR» 2013/112, m.nt. Nuyten). Door financiële instellingen is dan ook zonder succes gesteld dat publicatie achterwege zou moeten blijven in verband met de schade die als gevolg van die publicatie zou ontstaan, zoals gederfde winst, reputatieschade en schade in de concurrentiepositie (zie bijv. CbB 11 februari 2013, «JOR» 2013/110 en CbB 14 augustus 2013, «JOR» 2013/309, m.nt. Nuyten).

3. De tenzij-clausule is nu geschrapt. Publicatie van de boete dient daarom in beginsel in alle gevallen plaats te vinden. Wel wordt in het nieuwe lid 4 van art. 1:97 Wft, dat in het gewijzigde art. 1:98 Wft van overeenkomstige toepassing is verklaard, bepaald dat in sommige gevallen anonimiseren van de publicatie verplicht is.

Het betreft de volgende vier situaties: (a) indien de boete wordt opgelegd aan een natuurlijke persoon en bekendmaking van zijn persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn, (b) indien betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend (c) indien een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd, of (d) indien de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht. In een nieuw lid 5 van art. 1:97 Wft en in art. 1:98 Wft is daarnaast voorgeschreven dat de toezichthouders niet alleen het boetebesluit moeten publiceren, maar – voor zover van toepassing – ook de indiening en uitkomst van bezwaar of beroep, zodat een actueel inzicht wordt gegeven.

4. Opvallend is dat in de nieuwe regeling een evenredigheidstoets dient plaats te vinden die eerder door het CbB werd afgewezen (zie hiervoor). In de hiervoor afgedrukte uitspraak stelt de voorzieningenrechter dan ook met zoveel woorden voorop dat het nieuwe recht een verdergaande belangenafweging voorschrijft dan alleen een beoordeling of publicatie in strijd zou kunnen komen met het doel van het uit te oefenen toezicht. Beoordeeld moet worden of de gevolgen van de volledige publicatie voor de betrokken partijen onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met die publicatie te dienen doelen.

5. Van een dergelijke onevenredigheid is naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval sprake. De wens van de AFM om duidelijk te maken (i) dat het melden van antecedenten, belangrijk is en (ii) onder welke omstandigheden de AFM tegen het niet melden optreedt, vormt geen argument om tot volledige publicatie over te gaan. De AFM heeft niet aannemelijk gemaakt dat het daarnaast van belang is de markt specifiek voor verzoekster te waarschuwen. Daarbij neemt de voorzieningenrechter tevens in aanmerking dat de wetgever vroegtijdige publicatie van een boetebesluit op grond van art. 1:97 Wft voor een overtreding als door verzoekster is begaan niet noodzakelijk heeft geacht, zodat in dit geval geen sprake was van een ernstige inbreuk op de financiële toezichtwetgeving. Kennelijk is in de verdergaande belangenafweging binnen het nieuwe recht ruimte voor het meewegen van de zwaarte van de overtreding in de beoordeling van een voorgenomen publicatie op grond van art. 1:98 Wft. De voorzieningenrechter acht het ook relevant dat het niet melden

van het antecedent er niet toe heeft geleid dat de betrouwbaarheid van de desbetreffende beleidsbepaler niet langer buiten twijfel stond en de vergunning van verzoekster per 1 januari 2014 is uitgebreid. Dit terwijl, aldus de voorzieningenrechter, verzoekster en haar beleidsbepalers door volledige openbaarmaking, gezien de ‘diffamerende werking’ die uitgaat van de publicatie van een boetoplegging, wel in hun belangen worden geschaad.

6. De aldus door de voorzieningenrechter aangelegde toets lijkt niet alleen materieel, maar ook qua bewoordingen erg op de tot voor kort uitsloten toets op grond van art. 3:4, lid 2, Awb: “De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen”. In zoverre lijkt de nieuwe regeling op het eerste gezicht tegemoet te komen aan de kritiek die sommige auteurs uitten op de beperkte evenredigheidstoets op grond van de tenzij-clausule (zie bijv. A.C. Beijering-Beck, ‘Naming and shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht’, in: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*, Jonge VAR – reeks 10, p. 79-81 en 99-100). Echter, de nu voorgeschreven evenredigheidstoets kan er niet toe leiden dat van het opleggen van een boete wordt afgezien, zoals toetsing aan de tenzij-clausule. De uitkomst van de evenredigheidstoets kan uitsluitend zijn dat publicatie van het besluit geschiedt in een niet tot afzonderlijke personen herleidbare vorm. De hier besproken uitspraak van de rechtbank laat het verschil in benadering goed zien: hoewel de voorzieningenrechter verzoekster volgde in haar betoog dat publicatie zoals door de AFM voorzien onevenredig belastend was, werd daaraan niet het door verzoekster beoogde gevolg, te weten schorsing van het besluit tot openbaarmaking, verbonden. De AFM diende ‘slechts’ publicatie van het boetebesluit, de beslissing op bezwaar, de basistekst en het bericht op Twitter in zodanige vorm te doen dat de daarin opgenomen informatie niet herleidbaar is tot verzoekster en haar beleidsbepalers. Nu door het combineren van diverse bronnen (rechtspraak.nl, KvK, media, etc.) de identiteit van betrokkenen ook in dit geval vrij eenvoudig kan worden achterhaald, is dit in onze ogen voor hen een nogal magere uitkomst van de ruime evenredigheidstoets.

7. Deze uitspraak ziet op toepassing van art. 1:98 Wft. Het betreft derhalve een boete die reeds onherroepelijk was toen werd besloten over publicatie. Verzoekster kon daarom niet – naast de nieuwe evenredigheidstoets – het argument in stelling brengen dat de boete op onjuiste gronden berustte en daarom ook geen grond bestond voor publicatie. Een dergelijk argument kan bij een verzoek om voorlopige voorziening in verband met een art. 1:97-publicatie wel nog altijd worden gebruikt. De voorzieningenrechter moet immers in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening tot schorsing van het besluit tot publicatie een voorlopig oordeel geven over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De wetwijziging verandert daar niets aan. Indien de boete naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet op goede gronden is opgelegd (omdat geen sprake lijkt te zijn van een overtreding of omdat niet in redelijkheid tot boeteoplegging kon worden overgegaan), zal ook na 1 augustus 2014 aanleiding bestaan tot schorsing van de beslissing tot openbaarmaking daarvan, omdat in dat geval moet worden aangenomen dat de bevoegdheid tot openbaarmaking (tijdelijk) is komen te vervallen. Wat betreft de hoogte van de opgelegde boete geldt dat alleen tot schorsing van de beslissing tot openbaarmaking wordt overgegaan, indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat de hoogte van de boete in wanverhouding staat tot de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid (zie Vzng. Rb. Rotterdam 11 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7544). Openbaarmaking van een boete op grond van art. 1:97 Wft kan in voorlopige voorziening dus zowel geheel worden verboden (indien het boetebesluit naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen stand zal houden) als geanonimiseerd worden toegestaan (indien zich een van de in lid 4 genoemde vier situaties voordoet). In die zin is het vreemd dat art. 1:101, lid 2 en 3, Wft, waarin is bepaald dat het horen van belanghebbenden in bezwaar en de zitting in beroep achter gesloten deuren dienen plaats te vinden, niet zijn aangepast. In die bepalingen wordt nog steeds gesproken van "een publicatieverbod van een besluit als bedoeld in [...] artikel [...] 1:97, eerste lid [...]" terwijl een voorlopige voorziening onder het nieuwe recht ook anonimisering kan inhouden, in welk geval het voor de hand ligt om het horen van belanghebbenden en de zit-

ting in beroep ook achter gesloten deuren te laten plaatsvinden. Dit lijkt door de wetgever over het hoofd te zijn gezien.

A.C. Beijering-Beck,  
advocaat financieel en economisch publiekrecht  
bij Houthoff Buruma

V.H. Affortit  
advocaat financieel en economisch publiekrecht  
bij Houthoff Buruma

## Financiering, zekerheden en insolventie

305

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden locatie  
Leeuwarden  
10 september 2013, zaaknr. 200.101.047,  
ECLI:NL:GHARL:2013:6712  
(mr. Janse, mr. Zandbergen, mr. Van der Pol)  
Noot mr. R.J. Abendroth

**Girale betaling. Bestuurdersaansprakelijkheid. Vennootschap betaalt ten laste van haar creditsaldo bij bank loon aan werknemers nadat met spoed eigen faillissement is aangevraagd. Faillissement wordt op de dag van aanvraag nog uitgesproken. Bank dient bedragen aan boedel terug te storten. Geen onrechtmatige daad (indirect) bestuurder vennootschap jegens bank. Verwijzing naar HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56; HR 08 december 2006, «JOR» 2007/38 en HR 23 november 2012, «JOR» 2013/140, m.nt. Van Andel en Rutten.**

[BW art. 2:9, 6:2, 6:162; FW art. 23]

*Het standpunt van de bank komt er in de kern op neer dat sprake was van onrechtmatig handelen door appellante sub 1, omdat er een reëel risico bestond dat het faillissement diezelfde dag nog zou worden uitgesproken en BTO in dat geval met terugwerkende kracht vanaf 00.00 uur niet meer over haar vermogen zou mogen beschikken, met als gevolg dat de bank de betalingen, voor zover gedaan ten laste van het creditsaldo, terug zou moeten draaien. Naar de mening van de bank had appellante sub 1 vanwege dit risico van de betal-*

*gen moeten afzien of op zijn minst de bank moeten informeren over het aangevraagde faillissement. Dienaangaande wordt overwogen dat op BTO jegens de bank een verplichting bestond om zich de belangen van de bank als haar contractspartner aan te trekken (art. 6:2 lid 1 BW). Mogelijk had BTO gelet daarop de verplichting de bank te wijzen op de faillissementsaanvraag om de bank de mogelijkheid te bieden in deze zelf een afweging te maken. Een eventueel tekortschieten door BTO in de hiervoor bedoelde mogelijke verplichting kan niet zonder meer de conclusie wettigen dat appellante sub 1 als haar (indirect) bestuurder persoonlijk naast de vennootschap aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Daartoe wordt als volgt overwogen. In het geval waarin een schuldeiser van een vennootschap is benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering is in de rechtspraak aangenomen dat naast de aansprakelijkheid van de vennootschap, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, «JOR» 2000/56 (New Holland Belgium/Oosterhof) en HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsens)). In het onderhavige geval is de bank geen benadeelde schuldeiser als hiervoor bedoeld. In het geding is immers de aanwending door BTO van het door haar aangehouden creditsaldo bij de bank. Voor zover gelet daarop bedoelde rechtspraak hier al toepassing kan vinden, is gesteld noch gebleken waarom in deze aan appellante sub 1 (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Met name heeft de bank niet gesteld hoe groot het risico was dat het faillissement nog diezelfde dag zou worden uitgesproken en waarom appellante sub 1 zich dat had moeten realiseren. Voorts is niet door de bank gesteld dat appellante sub 1 op de hoogte was van de terugwerkende kracht tot 00.00 uur van een uit te spreken faillissement. Voor zover de bank mocht hebben bedoeld dat appellante sub 1 een op haar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens de bank heeft geschonden en de aansprakelijkheid van appellante sub 1 dus niet berust op*

*bestuurdersaansprakelijkheid (vgl. HR 23 november 2012, «JOR» 2013/140, m.nt. Van Andel en Rutten (Van Riet/Hoffmann)), heeft de bank niet althans onvoldoende onderbouwd welke zorgvuldigheidsnorm door appellante sub 1 in persoon is geschonden.*

1. N.H. Deuzeman-Aalberts te Balkbrug,  
2. Deuzeman Beheer BV te Balkbrug,  
appellanten,  
advocaat: mr. J.H. Mastenbroek,  
tegen  
ING Bank NV te Amsterdam,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. E.C. Netten.

(...; red.)

### 2. De verdere beoordeling

2.1. In het arrest van 26 maart 2013 heeft het hof overwogen dat niet geheel duidelijk is wat de feitelijke gang van zaken is geweest direct voorafgaand aan de faillissementsaanvraag en is de zaak naar de rol verwezen, opdat partijen zich daarover bij akte nader kunnen uitlaten, waarbij in ieder geval dient te worden ingegaan op de volgende vragen:

– Is er naast de brief van 28 maart 2008 een (door Deuzeman ondertekend) faillissementsrekest? Zo ja, dan dient dit stuk te worden overgelegd;

– Wat is precies besproken tussen Deuzeman en haar voormalige advocaat voorafgaand aan de faillissementsaanvraag? Is besproken dat het faillissement met (de hoogste) spoed zou worden aangevraagd? Lag de brief van 28 maart 2008 reeds (in concept) gereed en is die met Deuzeman besproken? Zo nee, is besproken dat een brief met een dergelijke inhoud zou worden opgesteld? Wat is besproken ten aanzien van de te verwachten duur van de behandeling van de faillissementsaanvraag en wat is besproken over de mogelijkheid nog loonbetalingen te verrichten?

2.2. In hun na het tussenarrest genomen akte hebben Deuzeman c.s. het volgende naar voren gebracht. Feitelijk is het zo gegaan dat (naar het hof begrijpt) op vrijdag 28 maart 2008 mr. van Dijk naar Balkbrug (de woonplaats van Deuzeman en de vestigingsplaats van Deuzeman Beheer B.V.) is gegaan om daar met Deuzeman te spreken over het aanvragen van het faillissement van de Balkbrugse Transport Onderneming B.V. (hierna: BTO). Deuzeman c.s. heeft in het bijzijn van mr.