

**JOR 2014/135 Rechtbank Rotterdam, 17-03-2014, ROT 14/395,
ECLI:NL:RBROT:2014:1888**

**Kredietverstrekking, Overkreditering, Schorsing besluit tot publicatie van
boetebesluit tot na bekendmaking beslissing op bezwaar, Vervolg op CBb 28
november 2013, «JOR» 2014/41, m.nt. 't Hart**

Publicatie	JOR 2014 afl. 5
Publicatiedatum	29 april 2014
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	17 maart 2014
Rolnummer	ROT 14/395 LJN ECLI:NL:RBROT:2014:1888
Rechter(s)	mr. Van Velzen
Partijen	Verzoekster 1 BV, verzoekster 2 BV, verzoeksters, gemachtigde: mr. G.P. Roth, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster, gemachtigde: mr. A.A. van Angeren.
Noot	mr. S.M.C. Nuyten
Trefwoorden	Kredietverstrekking, Overkreditering, Schorsing besluit tot publicatie van boetebesluit tot na bekendmaking beslissing op bezwaar, Vervolg op CBb 28 november 2013, «JOR» 2014/41, m.nt. 't Hart,
Regelgeving	Wft - 1:98 Wft - 4:34

» **Samenvatting**

De overtreding van verzoekster 1 is door AFM aangemerkt als een lichte overtreding. De boete is daarom niet eerder op grond van art. 1:97 Wft gepubliceerd. Zeker in deze situatie, waarin nog geen sprake is geweest van een inhoudelijke rechterlijke toetsing van het standpunt van AFM dat publicatie van het boetebesluit niet in strijd is met de doelen van het financiële toezicht, betogen verzoeksters terecht dat het uit een oogpunt van zorgvuldigheid is aangewezen dat aan verzoekster 1 de mogelijkheid tot het geven van een zienswijze wordt geboden. In dit verband is van belang dat AFM mede gelet op de duur van de procedure over het boetebesluit niet zeker kan weten of er voor de publicatie relevante (nieuwe) feiten of omstandigheden zijn zonder verzoekster 1 daarnaar te vragen. Dit gebrek in de besluitvorming kan in bezwaar weliswaar worden hersteld, maar dat neemt niet weg dat de publicatie van de boete als zodanig onomkeerbaar is. Verzoeksters hebben er een gerechtvaardigd belang bij dat daartoe niet wordt overgegaan op basis van een besluit dat niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid. Ook uit een oogpunt van een goede taakverdeling tussen bestuur en rechter acht de voorzieningenrechter het niet wenselijk om dit gebrek in de besluitvorming te passeren op grond van het argument dat sprake is van een herstelbaar gebrek. De handelwijze van AFM heeft tot gevolg dat verzoekster 1 pas achteraf haar zienswijze kan geven en zich meteen tot de voorzieningenrechter moet wenden als zij publicatie wil voorkomen, terwijl het in de rede ligt dat eerst een uitwisseling van argumenten met AFM plaatsvindt.

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe en schorst het bestreden besluit tot zes weken na de datum van bekendmaking van de beslissing op bezwaar van verzoeksters.

» **Uitspraak
Procesverloop**

Bij besluit van 15 januari 2014 (het bestreden besluit) heeft AFM verzoekster 1 medegedeeld dat op grond van artikel 1:98 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt overgegaan tot

publicatie van de boete die op 8 oktober 2010 aan verzoekster 1 is opgelegd wegens overtreding van artikel 4:34 van de Wft.

Tegen dit besluit hebben verzoeksters bezwaar gemaakt. Voorts hebben verzoeksters de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van dit besluit.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 3 maart 2014, gelijktijdig met de zaak met registratienummer ROT 14/523. Verzoeksters hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde, die werd vergezeld door [naam]. AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en mr. M.O. Meij.

Overwegingen

1. AFM heeft bij besluit van 8 april 2010 aan verzoekster 1 een boete opgelegd van € 1.000,- wegens overtreding van artikel 4:34, tweede lid, van de Wft. Bij besluit van 9 september 2010 heeft AFM het bezwaar tegen dit besluit ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het beroep tegen dit laatstgenoemde besluit bij uitspraak van 4 mei 2011 ongegrond verklaard. In haar uitspraak heeft de rechtbank overwogen ervan uit te gaan dat AFM een nadere (deel)beslissing neemt over openbaarmaking van de boete op grond van artikel 1:98 van de Wft nadat deze boete onherroepelijk is geworden.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft bij uitspraak van 28 november 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:2060) het oordeel van de rechtbank over het opleggen van de boete bevestigd, waarmee de boete onherroepelijk is geworden. Ten aanzien van de openbaarmaking van de boete heeft het CBB verwezen naar zijn uitspraak van 11 februari 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:BZ1866), waarin is geoordeeld dat uit de tekst van artikel 1:98 van de Wft voortvloeit dat pas een besluit kan worden genomen om tot openbaarmaking op grond van dat artikel over te gaan nadat de boete rechtens onaantastbaar is geworden. Deze uitleg sluit aan bij de afweging die bij het nemen van een dergelijk besluit moet worden gemaakt inzake de uitzondering op de verplichting de boete op grond van artikel 1:98 van de Wft openbaar te maken. Die afweging dient immers naar haar aard plaats te vinden op basis van de relevante feiten en omstandigheden op het moment dat de boete openbaar wordt gemaakt, aldus het CBB. Bij zijn uitspraak van 28 november 2013 heeft het CBB de uitspraak van 4 mei 2011 en het besluit van 9 september 2010 vernietigd en het besluit van 8 april 2010 herroepen op het punt van de openbaarmaking van de boete.

2. Aan het bestreden besluit heeft 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. Daarvan is volgens AFM geen sprake.

3. Verzoeksters betogen onder meer dat AFM verzoekster 1 ten onrechte niet voorafgaand aan het bestreden besluit in de gelegenheid heeft gesteld haar zienswijze op de publicatie te geven.

4. AFM stelt zich op het standpunt dat verzoekster 2 geen belanghebbende is in deze procedure. Verder stelt AFM zich op het standpunt dat de afweging die volgens het CBB gemaakt dient te worden, door haar in het bestreden besluit is gemaakt. AFM hoefde daarbij verzoekster 1 niet in de gelegenheid te stellen haar zienswijze naar voren te brengen, omdat zij reeds eerder in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze naar voren te brengen en er zich sindsdien geen nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan. Daarbij is er volgens AFM geen sprake van een situatie waarin het besluit steunt op gegevens die verzoekster 1 betreffen en die niet door haar zelf zijn verstrekt.

5.1. Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan, indien tegen een besluit voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank bezwaar is gemaakt, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd kan worden in de hoofdzaak op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist. Voor zover de daartoe uit te voeren toetsing meebrengt dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter een voorlopig karakter en is dat oordeel niet bindend voor de beslissing op bezwaar of in een eventuele beroepsprocedure.

Op grond van artikel 1:98 Wft maakt de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet openbaar, nadat het rechtens onaantastbaar is geworden,

tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.

5.2. Met betrekking tot de vraag of verzoekster 2 belanghebbende is bij het bestreden besluit ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding anders te oordelen dan de voorzieningenrechter in de uitspraak van 8 juni 2010 in de zaak met registratienummer ROT 10/1294 heeft gedaan. Ook in deze zaak raakt de publicatie van het boetebesluit tevens de reputatie van het merk [merk] en daarmee (rechtstreeks) de belangen van verzoekster 2.

5.3. De overtreding van verzoekster 1 is door AFM aangemerkt als een lichte overtreding. De boete is daarom niet eerder op grond van artikel 1:97 van de Wft gepubliceerd. Zeker in deze situatie, waarin nog geen sprake is geweest van een inhoudelijke rechterlijke toetsing van het standpunt van AFM dat publicatie van het boetebesluit niet in strijd is met de doelen van het financiële toezicht, betogen verzoeksters terecht dat het uit een oogpunt van zorgvuldigheid is aangewezen dat aan verzoekster 1 de mogelijkheid tot het geven van een zienswijze wordt geboden. In dit verband is van belang dat, zoals verzoeksters terecht aanvoeren, AFM mede gelet op de duur van de procedure over het boetebesluit niet zeker kan weten of er voor de publicatie relevante (nieuwe) feiten of omstandigheden zijn zonder verzoekster 1 daarnaar te vragen. Dit gebrek in de besluitvorming kan in bezwaar weliswaar worden hersteld, maar dat neemt niet weg dat de publicatie van de boete als zodanig onomkeerbaar is. Verzoeksters hebben er een gerechtvaardigd belang bij dat daartoe niet wordt overgegaan op basis van een besluit dat niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid. Ook uit een oogpunt van een goede taakverdeling tussen bestuur en rechter acht de voorzieningenrechter het niet wenselijk om dit gebrek in de besluitvorming te passeren op grond van het argument dat sprake is van een herstelbaar gebrek. De handelwijze van AFM heeft tot gevolg dat verzoekster 1 pas achteraf haar zienswijze kan geven en zich meteen tot de voorzieningenrechter moet wenden als zij publicatie wil voorkomen, terwijl het in de rede ligt dat eerst een uitwisseling van argumenten met AFM plaatsvindt. De voorzieningenrechter ziet dan ook aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. Hetgeen verder door verzoeksters is aangevoerd heeft geen bespreking.

5.4. Omdat AFM op grond van artikel 1:98 van de Wft in beginsel verplicht is de boete openbaar te maken en sprake is van een gebrek in de besluitvorming dat in bezwaar kan worden hersteld, zal de voorzieningenrechter bepalen dat de voorziening zes weken na de datum van bekendmaking van het besluit op bezwaar vervalt.

6. Omdat de voorzieningenrechter het verzoek toewijst, bepaalt de voorzieningenrechter dat AFM aan verzoeksters het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

7. De voorzieningenrechter veroordeelt AFM in de door verzoeksters gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 974,- (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 487,- en wegingsfactor 1).

Beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe en schorst het bestreden besluit tot zes weken na de datum van bekendmaking van de beslissing op het bezwaar van verzoeksters,
- bepaalt dat AFM aan verzoeksters het betaalde griffierecht van € 328,- vergoedt,
- veroordeelt AFM in de proceskosten (...; red.).

» Noot

1. De hiervoor gepubliceerde uitspraak heeft betrekking op de openbaarmaking van een boetebesluit op grond van art. 1:98 van de Wet op het financieel toezicht (Wft): de openbaarmaking nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Het CBb bepaalde in een uitspraak van 5 april 2013 («JOR» 2013/112, m.nt. Nuyten) dat de AFM over de openbaarmaking ex art. 1:98 Wft een zelfstandig besluit moet nemen nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Het CBb overwoog daartoe dat de afweging die bij het nemen van een openbaarmakingsbesluit ex art. 1:98 Wft moet worden gemaakt naar zijn aard dient plaats

te vinden op basis van de relevante feiten en omstandigheden op het moment dat de boete openbaar wordt gemaakt en daardoor niet eerder – zoals in het boetebesluit zelf – kan plaatsvinden. In de hiervoor gepubliceerde uitspraak bepaalt de Rechtbank Rotterdam dat de AFM dat zelfstandige openbaarmakingsbesluit pas mag nemen nadat de belanghebbende(n) in staat is/zijn gesteld een zienswijze op het voorgenomen openbaarmakingsbesluit te geven.

2. De uitspraak gaat over een bij besluit van 8 april 2010 door de AFM aan A opgelegde bestuurlijke boete wegens overtreding van art. 4:34, tweede lid Wft: het verbod een krediet aan te gaan of te verhogen als dat met het oog op overkreditering van de consument onverantwoord is. Dit boetebesluit is niet eerder op grond van art. 1:97 Wft openbaar gemaakt. In het boetebesluit kondigde de AFM aan – zoals destijds gebruikelijk – na het onherroepelijk worden van het boetebesluit tot openbaarmaking op grond van art. 1:98 Wft over te gaan. De AFM verklaarde het bezwaar van A tegen dit boetebesluit ongegrond. In beroep klaagde A onder meer over het publicatiebesluit ex art. 1:98 Wft, zoals dat was opgenomen in het boetebesluit. De rechtbank verklaarde het beroep van A ongegrond, maar overwoog in de uitspraak wel ervan uit te gaan dat de AFM een nadere (deel)beslissing op bezwaar over openbaarmaking van het boetebesluit ex art. 1:98 Wft zou nemen nadat het boetebesluit onherroepelijk zou zijn geworden (Rb. Rotterdam 4 mei 2011, «JOR» 2011/228, m.nt. Affourtit). Het CBb vernietigde de uitspraak echter op dit punt en herriep het in het boetebesluit opgenomen openbaarmakingsbesluit ex art. 1:98 Wft (CBb 28 november 2013, «JOR» 2014/41, m.nt. 't Hart). Het CBb volgde op dat moment immers reeds de lijn die inhoudt dat de AFM over de openbaarmaking ex art. 1:98 Wft een apart besluit moet nemen nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Het CBb overwoog dat de openbaarmakingsbesluit in het boetebesluit prematuur was genomen, zodat de rechtbank het openbaarmakingsbesluit had moeten vernietigen.

3. Met de uitspraak van het CBb van 28 november 2013 is het boetebesluit voor het overige onherroepelijk geworden. Zeven weken later, op 15 januari 2014, besloot de AFM tot openbaarmaking ex art. 1:98 Wft van het onherroepelijke boetebesluit over te gaan. Hoewel de beslissing tot openbaarmaking niet op rechtsgevolg is gericht, is de Wft gebaseerd op het uitgangspunt dat bestuursrechtelijk kan worden opgekomen tegen dergelijke openbaarmakingsbeslissingen. Zo blijkt uit art. 1:101 Wft dat een bestuursrechtelijke voorlopige voorziening kan worden gevraagd tegen een “besluit” als bedoeld in art. 1:97 Wft en dat de voorzieningenrechter een “publicatieverbod” kan opleggen. Sinds de uitspraak van 7 april 2008 (Vznr. Rb. Rotterdam 7 april 2008, «JOR» 2008/132, m.nt. Grundmann-van de Krol) wordt in de jurisprudentie hetgeen de toezichthouder in het boetebesluit overweegt terzake openbaarmaking aangemerkt als een op zelfstandig rechtsgevolg gericht besluitonderdeel, ten aanzien waarvan een voorziening kan worden verzocht bij de voorzieningenrechter, en waartegen ook bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

4. De AFM heeft in het besluit tot openbaarmaking ex art. 1:98 Wft overwogen dat die openbaarmaking niet in strijd komt met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht zodat op grond van art. 1:98 Wft niet van openbaarmaking mag worden afgezien. A heeft bezwaar gemaakt tegen deze beslissing tot openbaarmaking en heeft bij het bezwaar de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

5. In bezwaar en bij de voorzieningenrechter betoogt A dat zij ten onrechte niet voorafgaand aan het openbaarmakingsbesluit in de gelegenheid is gesteld een zienswijze daartegen te geven. De AFM heeft betoogd dat geen verplichting bestaat vooraf een zienswijze te vragen omdat A al eerder heeft kunnen reageren op het openbaarmakingsvoornemen, zich geen nieuwe feiten en omstandigheden hebben voorgedaan en art. 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet verplicht tot een zienswijzegelegenheid omdat het publicatiebesluit niet steunt op gegevens die A betreffen en die niet door haar zelf zijn verstrekt. De voorzieningenrechter deelt deze opvatting niet en oordeelt dat de AFM uit een oogpunt van zorgvuldigheid vooraf een zienswijzegelegenheid aan A had moeten bieden, mede omdat nog geen inhoudelijke, rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden van het standpunt van de AFM ten aanzien van openbaarmaking van dit boetebesluit en omdat inmiddels een aanzienlijke periode is verstreken nadat het boetebesluit tot stand kwam. De voorzieningenrechter lijkt de zienswijzeverplichting aldus niet op art. 4:8 Awb te baseren en evenmin op art. 5:53 Awb, maar op de vereiste zorgvuldigheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Dat lijkt mij terecht: de uitspraak biedt geen aanleiding ervan uit te gaan dat de publicatiebeslissing is gebaseerd op feiten en gegevens die de AFM uit andere bron dan van A heeft vernomen en de publicatiebeslissing is geen boetebesluit, zodat art. 5:53 Awb daarop niet van toepassing is.

6. Volgens vaste jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters, mede gebaseerd op de parlementaire geschiedenis van de Awb, kan het niet bieden van een zienswijzegelegenheid normaal gesproken worden gerepareerd door in bezwaar alsnog de betrokken belanghebbende (n) te horen (ABRvS 2 mei 2007, *AB* 2008, 54; ABRvS 3 december 2003, *AB* 2004, 321). In specifieke gevallen wordt daarover anders geoordeeld, namelijk als het niet vooraf horen als een ernstige schending moet worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de voorbereiding van een ontslagbesluit jegens een ambtenaar (CRvB 29 april 1999, *TAR* 1999, 96; CRvB 24 januari 2013, *AB* 2013, 106). De voorzieningenrechter is blijkens de hiervoor gepubliceerde uitspraak van oordeel dat het niet bieden van een zienswijzegelegenheid bij publicatiebesluiten op grond van art. 1:98 Wft als ernstige schending moet worden aangemerkt omdat het ertoe leidt dat A zich meteen tot de voorzieningenrechter moet wenden als zij publicatie wil voorkomen. De verzochte voorziening – schorsing van het openbaarmakingsbesluit – wordt daarom toegewezen tot zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar aan A. Op grond van deze uitspraak zal de AFM in bezwaar het primaire besluit moeten herroepen: de voorzieningenrechter overweegt nu immers juist dat het niet bieden van een zienswijzegelegenheid niet in bezwaar kan worden hersteld. De AFM zou daarna in beginsel echter wel een nieuwe, primaire openbaarmakingsbeslissing kunnen nemen, nadat A in de gelegenheid is gesteld vooraf een zienswijze te geven.

mr. S.M.C. Nuyten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam