

Meldingsplicht financiële onderneming van voornemen benoeming (mede) beleidsbepalers, Brief waarin AFM bepaalde personen als medebeleidsbepalers van eiseres kwalificeert houdt geen besluit in, maar slechts een bestuurlijk rechtsoordeel, Tegen een bestuurlijk rechtsoordeel kan in beginsel geen bezwaar en beroep worden ingesteld, Beroep tegen niet-ontvankelijkverklaring bezwaar ongegrond

Publicatie	JOR 2012 afl. 2
Publicatiedatum	10 februari 2012
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	17 november 2011
Rolnummer	AWB 11/337 BC-T2 LJN BU9029
Rechter(s)	mr. Van Nifterick
Partijen	ANWB BV te Den Haag, eiseres, gemachtigde: mr. H.T.M. Vaessen, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweester, gemachtigde: mr. E. van den Ing.
Noot	mr. S.M.C. Nuyten
Trefwoorden	Meldingsplicht financiële onderneming van voornemen benoeming (mede)beleidsbepalers, Brief waarin AFM bepaalde personen als medebeleidsbepalers van eiseres kwalificeert houdt geen besluit in, maar slechts een bestuurlijk rechtsoordeel, Tegen een bestuurlijk rechtsoordeel kan in beginsel geen bezwaar en beroep worden ingesteld, Beroep tegen niet-ontvankelijkverklaring bezwaar ongegrond,
Regelgeving	Wft - 4:10 Wft - 4:26 Bgfo Wft - 103

» **Samenvatting**

Bij brief van 27 juli 2010 heeft AFM eiseres bericht dat zij in een eerdere brief heeft aangegeven dat eiseres C (dagelijks beleidsbepaler), D en E (medebeleidsbepalers) heeft benoemd, zonder deze benoeming vooraf aan AFM te hebben gemeld. AFM heeft eiseres verzocht om alsnog de meldingsformulieren van de voorgenomen benoeming aan AFM te doen toekomen.

Het bezwaar van eiseres is gericht tegen het kwalificeren van D en E als medebeleidsbepalers. Eiseres meent dat zij niet aan te merken zijn als medebeleidsbepalers in de zin van de Wft. AFM heeft het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard omdat het oordeel met betrekking tot de kwalificatie van D en E een rechtsoordeel is dat vooruitloopt op een nog te nemen besluit en op zichzelf geen rechtsgevolg in het leven roept.

Eiseres heeft betwist dat er sprake is van een rechtsoordeel omdat er volgens haar geen grond is in de Wft of de daarop gebaseerde regels om D en E als medebeleidsbepalers aan te merken. Daarnaast heeft eiseres betoogd dat de gevolgen van de aanmelding van D en E onevenredig bezwarend zou zijn.

Naar het oordeel van de rechtbank kan de kennisgeving van AFM dat D en E zijn aan te merken als medebeleidsbepalers niet als een op een rechtsgevolg gericht besluit worden

aangemerkt. Uit art. 103 BGfo volgt dat een financiële dienstverlener het voornemen tot benoeming van een medebeleidsbepaler dient te melden aan AFM. Zij mag geen uitvoering geven aan het voornemen voordat AFM de betrouwbaarheid van de betreffende medebeleidsbepaler heeft getoetst. AFM zal vervolgens een besluit nemen. De schriftelijke visie van een bestuursorgaan op de gevolgen van rechtsregels voor een bepaalde situatie (een bestuurlijk rechtsoordeel) roept geen rechtsgevolg in het leven en houdt dus geen rechtshandeling in. Een dergelijk rechtsoordeel is daarom (in de regel) geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb.

AFM heeft het bezwaar van eiseres terecht niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

» Uitspraak

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 9 december 2010 (hierna: het bestreden besluit) heeft AFM het bezwaar van eiseres tegen de brief van 27 juli 2010, waarbij AFM aan eiseres (wederom) te kennen heeft gegeven twee met name genoemde personen aan te merken als medebeleidsbepalers, niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen het bestreden besluit heeft eiseres beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 oktober 2011. Eiseres werd vertegenwoordigd door haar gemachtigde die werd bijgestaan door mr. [A], secretaris van de hoofddirectie van eiseres. AFM werd vertegenwoordigd door haar gemachtigde.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 4:10, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) wordt het beleid van een beheerder, beleggingsmaatschappij, beleggingsonderneming, bewaarder, financiële dienstverlener of pensioenbewaarder bepaald of mede bepaald door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat.

Ingevolge artikel 4:26, eerste lid, van de Wft meldt een financiële onderneming wijzigingen met betrekking tot onderwerpen waarover ingevolge 4:10, derde lid, verstrekking van gegevens is voorgeschreven aan de Autoriteit Financiële Markten.

Ingevolge het zesde lid wordt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, onder vermelding van de te volgen procedures, bepaald welke wijzigingen, bedoeld in het eerste lid, worden gemeld, welke gegevens daarbij worden verstrekt en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden de wijzigingen ten uitvoer mogen worden gelegd.

Ingevolge artikel 103, eerste lid, aanhef en onder a, van het op grond van artikel 4:26, zesde lid, van de Wft vastgestelde Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: BGfo) meldt een financiële dienstverlener aan de AFM schriftelijk het voornemen tot benoeming van een persoon die het beleid van de financiële dienstverlener bepaalt of mede bepaalt.

Ingevolge het tweede lid geeft een financiële dienstverlener geen uitvoering aan het voornemen, bedoeld in het eerste lid, voordat de AFM heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van de betrokken persoon buiten twijfel staat.

2.2. Bij brief van 27 juli 2010 heeft AFM eiseres bericht dat de heer [B] kwalificeert als dagelijks beleidsbepaler. Daarnaast heeft AFM vermeld zij bij eerdere brief van 11 maart 2010 heeft aangegeven dat eiseres [C] (dagelijks beleidsbepaler), [D] en [E] (medebeleidsbepalers) heeft benoemd, zonder deze benoeming vooraf aan AFM te hebben gemeld. AFM heeft eiseres verzocht om alsnog de meldingsformulieren van de voorgenomen benoeming aan de AFM te doen toekomen.

2.3. Het bezwaar van eiseres is gericht tegen het kwalificeren van [D] en [E] als medebeleidsbepalers. Eiseres meent dat zij niet aan te merken zijn als medebeleidsbepalers in de zin van de Wft. AFM heeft het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard omdat het oordeel met betrekking tot de kwalificatie van [D] en [E] een rechtsoordeel is dat vooruitloopt op een nog te nemen besluit en op zichzelf geen rechtsgevolg in het leven roept.

2.4. Eiseres heeft betwist dat er sprake is van een rechtsoordeel omdat er volgens haar geen grond is in de Wft of de daarop gebaseerde regels om [D] en [E] als medebeleidsbepaler aan te merken. Daarnaast heeft eiseres betoogd dat de gevolgen van de aanmelding van de heren [D] en [E] onevenredig bezwarend zouden zijn.

2.5. Naar het oordeel van de rechtbank kan de kennisgeving van AFM dat [D] en [E] zijn aan te merken als medebeleidsbepalers niet als een op rechtsgevolg gericht besluit worden aangemerkt.

Uit artikel 103 van het BGfo volgt dat een financiële dienstverlener het voornemen tot benoeming van een medebeleidsbepaler dient te melden aan de AFM. Zij mag geen uitvoering geven aan het voornemen voordat AFM de betrouwbaarheid van de betreffende medebeleidsbepaler heeft getoetst. AFM zal vervolgens een besluit nemen.

De schriftelijke visie van een bestuurorgaan op de gevolgen van rechtsregels voor een bepaalde situatie (een bestuurlijk rechtsoordeel) roept geen rechtsgevolg in het leven en houdt dus geen rechtshandeling in. Een dergelijk bestuurlijk rechtsoordeel is daarom (in de regel) geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht.

2.5.1. Dit is slechts anders indien er sprake is van een voor de betrokken rechtspersoon onevenredig belastende weg naar de rechter na het uitlokken van een besluit tot toepassing van de toepasselijke regeling (zie bijvoorbeeld de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 27 februari 2007, LJN AZ9917 en 2 oktober 2008, LJN BF8915). Eiseres heeft in dit verband naar voren gebracht dat de kans bestaat dat [D] en [E] zich daadwerkelijk met het beleid van de vennootschappen van eiseres gaan bemoeien en dit gevolgen zal hebben voor de besluitvorming binnen deze vennootschappen. Naar het oordeel van de rechtbank valt niet in te zien dat het voor eiseres onevenredig bezwarend is om een besluit omtrent de benoeming af te wachten teneinde daartegen rechtsmiddelen aan te wenden dan wel een handhavingsbesluit af te wachten. De rechtbank wijst er daarbij op dat [D] en [E] bij melding – welke melding zij onder protest zou kunnen doen – nog niet benoemd mogen worden door eiseres, zij kan pas tot benoeming overgaan na een goedkeurend besluit van AFM. Van een zelfstandig (voor beroep vatbaar) rechtsoordeel kan naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet worden gesproken. AFM heeft het bezwaar van eiseres terecht niet-ontvankelijk verklaard.

2.6. Het beroep wordt ongegrond verklaard.

2.7. Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de rechtbank geen aanleiding.

3. Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

» Noot

1. Deze uitspraak gaat over de vraag of het schriftelijk oordeel van de AFM dat bepaalde personen als medebeleidsbepalers van een onderneming aangemerkt moeten worden rechtstreeks aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd. De rechtbank beantwoordt de vraag ontkennend: het oordeel van de AFM kan pas als onderdeel van een later te nemen besluit worden beoordeeld door de rechtbank.

2. De AFM heeft in een brief van 11 maart 2010 aan ANWB BV (onder meer) kenbaar gemaakt dat twee reeds door ANWB benoemde personen als medebeleidsbepalers moeten worden aangemerkt, zodat ANWB het voornemen tot benoeming van deze personen aan de AFM had moeten voorleggen en niet tot benoeming mocht overgaan voordat de AFM heeft vastgesteld dat hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat (art. 103 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (“BGfo”). ANWB is van oordeel dat de opvatting van de AFM onjuist is. Bij brief van 27 juli 2010 verwijst de AFM naar de brief van 11 maart 2010 en verzoekt ANWB de “voorgenomen” benoeming alsnog te melden, zodat de AFM de betrouwbaarheid van deze personen kan beoordelen. ANWB maakt bezwaar tegen het in de brief van 27 juli 2010 vervatte oordeel van de AFM dat de bedoelde personen als medebeleidsbepalers aangemerkt moeten worden. Of dit oordeel daadwerkelijk in de brief van

27 juli 2010 was opgenomen en of het bezwaar niet feitelijk was gericht tegen de brief van 11 maart 2010 (zodat het buiten de bezwaartermijn van zes weken is ingediend) kan uit de uitspraak niet worden afgeleid. De AFM heeft het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard omdat het in de brief van 27 juli 2010 vervatte oordeel een bestuurlijk rechtsoordeel is dat vooruitloopt op een nog te nemen besluit en niet zelfstandig appellabel is. ANWB vecht dit oordeel van de AFM in beroep bij de Rechtbank Rotterdam aan en stelt dat de Wft de AFM geen wettelijke grondslag biedt om personen als medebeleidsbepalers aan te merken en dat de gevolgen van aanmelding van de bedoelde personen om een oordeel over het standpunt van de AFM te kunnen krijgen, voor haar onevenredig bezwarend zou zijn.

3. De plicht om de voorgenomen benoeming van medebeleidsbepalers aan de AFM te melden volgt niet uit de brief van de AFM, maar uit art. 4:26 van de Wet op het financieel toezicht ("Wft") en art. 103 BGfo. Ook als de AFM geen brief aan ANWB had gezonden was ANWB verplicht de voorgenomen benoeming van medebeleidsbepalers aan de AFM te melden. Wie als medebeleidsbepalers worden aangemerkt moet eveneens uit het wettelijk kader worden afgeleid. De Wft eist geen rechtsvaststellend oordeel van de AFM over de vraag wie als medebeleidsbepalers worden aangemerkt alvorens de plicht ontstaat de voorgenomen benoeming te melden aan de AFM (in tegenstelling tot bijvoorbeeld art. 37, lid 1 Mededingingswet). De brief van de AFM kan dan ook slechts worden gezien als het oordeel van de AFM over de toepasselijkheid van wettelijke voorschriften, die de AFM uitvoert en op de naleving waarvan de AFM toeziet, in het concrete geval dat zich bij ANWB voordeed, te weten de (voorgenomen) benoeming van twee personen die naar het oordeel van de AFM als medebeleidsbepalers moeten worden aangemerkt. Zo'n oordeel wordt in de bestuursrechtelijke jurisprudentie aangeduid als "bestuurlijk rechtsoordeel" (zie bijv. ABRvS 20 november 1998, *AB* 1999, 82, m.nt. FM).

4. Tegen een bestuurlijk rechtsoordeel kan in beginsel geen bezwaar en beroep worden ingesteld. Art. 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") opent de mogelijkheid van bezwaar en beroep immers slechts ten aanzien van besluiten. Uit art. 1:3, lid 1 Awb blijkt dat een handeling die niet op rechtsgevolg is gericht en daarom niet als rechtshandeling kan worden aangemerkt, geen besluit is, zodat daartegen (in beginsel, zie bijvoorbeeld de wettelijke uitzonderingen in art. 6:2 Awb) geen bezwaar en beroep open staat. Een bestuurlijk rechtsoordeel is niet op rechtsgevolg gericht. Het geeft slechts een oordeel over de uit de wet voortvloeiende rechten of plichten in een specifiek geval. De rechtbank concludeert in r.o. 2.5 van de hiervoor gepubliceerde uitspraak dan ook dat de kennisgeving dat de twee genoemde personen als medebeleidsbepalers aangemerkt moeten worden, niet op rechtsgevolg is gericht en de mededeling derhalve geen besluit is.

5. Hoewel het bestuurlijk rechtsoordeel geen besluit is en derhalve niet vatbaar is voor bezwaar en beroep, wordt het in uitzonderingsgevallen in de jurisprudentie ten behoeve van de rechtsbescherming toch als besluit aangemerkt. Dat gebeurt, zoals de rechtbank in r.o. 2.5.1 overweegt, "indien er sprake is van een voor de betrokken rechtspersoon onevenredig belastende weg naar de rechter na het uitlokken van een besluit tot toepassing van de toepasselijke regeling." De rechtbank sluit daarmee aan bij vaste jurisprudentie van het CbB (zie CbB 21 juli 1998, *AB* 1998, 437, m.nt. JHvdV en de in de hiervoor gepubliceerde uitspraak aangehaalde uitspraken) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("ABRvS") (hoewel de ABRvS spreekt over een onevenredig bezwarende weg, zie bijvoorbeeld ABRvS 1 juni 1999, *AB* 1999, 476, m.nt. dG). Wanneer aan het criterium van een onevenredig belastende of bezwarende weg naar de rechter op grond van een besluit sprake is, is moeilijker te bepalen. De jurisprudentie is casuïstisch en het is niet eenvoudig daarin hoofdregels te ontdekken.

6. Het uit te lokken besluit kan een besluit op een onder protest gedane aanvraag zijn. Zo kan de onderneming die van oordeel is dat zijn activiteiten niet vergunningplichtig zijn een appellabel oordeel van de toezichthouder over de vergunningplicht krijgen door onder protest een vergunning, ontheffing of vrijstelling aan te vragen (zie bijvoorbeeld Vzng. Rb. Rotterdam 7 april 2008, «JOR» 2008/132, m.nt. Grundmann-van de Krol; CbB 21 juli 1998, *AB* 1998, 437). Het uit te lokken besluit kan echter ook een handhavingsbesluit zijn in reactie op een verzoek van derdebelanghebbenden of ambtshalve door de toezichthouder genomen. Bij beide soorten besluit kan sprake zijn van een onevenredig belastende weg naar de rechter. De ABRvS oordeelde dat bij uitzondering het bestuurlijk rechtsoordeel als besluit wordt aangemerkt "indien het doen van een aanvraag voor een vergunning onevenredig bezwarend is dan wel indien het doen van een verzoek om het treffen van handhavingsmaatregelen wegens het intreden van onomkeerbare gevolgen of anderszins onevenredig bezwarend is" (ABRvS 18 augustus 2004, *AB* 2005, 106).

7. Bij de eerste hiervoor genoemde categorie – oordeel vooruitlopend op een besluit op de aanvraag van een vergunning, ontheffing of vrijstelling – wordt zelden aangenomen dat een procedure tegen het nog te nemen besluit onevenredig bezwarend is. Aanvankelijk werd in de jurisprudentie aangenomen dat het oordeel dat een activiteit *niet* vergunningplichtig is een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel vormt, maar het oordeel dat een activiteit *wel* vergunningplichtig is geen appellabel bestuurlijk rechtsoordeel vormt. Het eerstgenoemde besluit loopt immers niet vooruit op een nog te nemen besluit, het tweede genoemde besluit wel. Die regel wordt echter niet meer zonder meer toegepast (zie F.J. van Ommeren, Wetsinterpretatie: het bestuurlijk oordeel als rechtsvaststellend besluit, «JB»Plus 2000, 3, p. 115). Bij elk bestuurlijk rechtsoordeel dient te worden beoordeeld of het onevenredig bezwarend of belastend is om een besluit uit te lokken waarin het bestuurlijk rechtsoordeel van het bestuursorgaan tot uitdrukking komt. De procedure tegen het nog te nemen besluit wordt bijvoorbeeld onevenredig bezwarend of belastend geacht als de kosten van de vergunningaanvraag onevenredig hoog zijn gezien de specifieke omstandigheden van het geval. Zo oordeelde de ABRvS dat het oordeel over de vraag of een bepaald bouwplan een vergunningvrij bouwwerk vormt zodat geen bouwvergunning hoeft te worden aangevraagd, appellabel is, omdat het onevenredig bezwarend is duidelijkheid over die vraag te krijgen door een volledig uitgewerkte bouwaanvraag in te dienen (ABRvS 15 september 1997, AB 1998, 8, m.nt. PvB).

8. In de hiervoor gepubliceerde uitspraak kon een besluit uit deze eerste categorie worden verkregen: ANWB diende de “voorgenomen” benoeming aan de AFM te melden en een afwijzing van het voornemen wordt als besluit gezien (CBb 19 december 2000, «JOR» 2001/66, m.nt. Grundmann-van de Krol). Tegen dat besluit kan ANWB bezwaar en beroep instellen waarin het rechtsoordeel van de AFM kan worden bestreden. Het doen van zo’n melding kan – in tegenstelling tot hetgeen ANWB stelde – niet als onevenredig bezwarend worden gezien: de melding heeft, zoals de rechtbank overweegt, geen gevolgen nu pas na een goedkeurend besluit van de AFM tot benoeming mag worden overgegaan.

9. Als het niet mogelijk is via een besluit op een aanvraag voor vergunning, ontheffing of vrijstelling een appellabel besluit te krijgen, dient te worden beoordeeld of een besluit uit de tweede categorie – een handhavingsbesluit – kan worden verkregen en of een procedure tegen zo’n besluit onevenredig bezwarend moet worden geacht. Zo kan een derdebelanghebbende zelf geen vergunning aanvragen ten behoeve van een ander om een antwoord te krijgen op de vraag of die ander over een vergunning dient te beschikken. De derdebelanghebbende staat slechts het indienen van een handhavingsverzoek ter beschikking om een oordeel over de wettelijke plichten en rechten van de ander te krijgen indien hij van oordeel is dat de handelingen van een ander ten onrechte (deels) zonder vergunning worden verricht. Het is ook mogelijk dat geen vergunning, ontheffing of vrijstelling kan worden aangevraagd door de onderneming die de te beoordelen handelingen verricht. In de door de rechtbank aangehaalde uitspraak van het CBb van 27 februari 2007 (LJN AZ9917) was de vraag bijvoorbeeld of de stukjes van een berenpuzzel groot genoeg waren om te voldoen aan het Warenwetbesluit Speelgoed. De betrokken onderneming kon geen besluit over deze vraag uitlokken door een vergunning, ontheffing of vrijstelling aan te vragen. Zij kon slechts afwachten of handhavend zou worden opgetreden. Zoals hiervoor gesteld was het voor ANWB niet onevenredig belastend een besluit uit de eerste categorie uit te lokken door een melding te doen en de AFM te verzoeken de voorgenomen benoeming goed te keuren, zodat de vraag of het afwachten van handhavend optreden onevenredig moet worden geacht niet meer beantwoord behoefde te worden. De rechtbank oordeelt – ten overvloede? – echter dat het ook niet onevenredig belastend is voor ANWB een handhavingsbesluit af te wachten. Helaas wordt in de uitspraak niet onderbouwd waarom dat in dit geval niet onevenredig belastend zou zijn.

10. Ook het afwachten van een handhavingsbesluit kan onevenredig belastend zijn. Zo werd het oordeel dat een rally niet vergunningplichtig was op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 ten aanzien van een derdebelanghebbende als appellabel aangemerkt omdat in dat oordeel lag besloten dat niet handhavend opgetreden zou worden en het de vraag was of op een handhavingsverzoek tijdig zou worden besloten om de rally te kunnen tegenhouden zodat wellicht onomkeerbare gevolgen zouden ontstaan. In het voorafgaande jaar was immers pas ruim na afloop van de rally op het handhavingsverzoek besloten (ABRvS 10 juni 2009, «JB» 2009, 174). Het afwachten van een oordeel in een strafrechtelijke procedure werd bijvoorbeeld echter niet onevenredig belastend geacht (CBb van 27 februari 2007, LJN AZ9917). De vraag kan worden gesteld of het uitlokken van een handhavingsbesluit door de onderneming die volgens de toezichthouder in overtreding is, als onevenredig bezwarend moet worden gezien

indien de toezichhouder tegen die overtreding kan optreden met een bestuurlijke boete die op grond van de Wft niet alleen bij het onherroepelijk worden openbaar moet worden gemaakt, maar ook bij de bekendmaking van het primaire, herroepelijke besluit. Die openbaarmaking is immers een onomkeerbaar gevolg dat wellicht in bepaalde gevallen onevenredig moet worden geacht.

11. Het uitlokken van een handhavingsbesluit wordt in elk geval niet als onevenredig belastend of bezwarend gezien indien de handeling ten behoeve waarvan het rechtsoordeel werd gevraagd al is uitgevoerd (ABRvS 21 juli 1997, «JB» 1997, 214; ABRvS 8 mei 2002, «JB» 2002, 202). Aan dit criterium was in onderhavige uitspraak voldaan: ANWB had de betrokken personen reeds benoemd, zonder de voorgenomen benoeming vooraf aan de AFM te melden en de goedkeuring van de AFM af te wachten. Wellicht was dat de reden dat de rechtbank oordeelde dat het niet onevenredig bezwarend is voor ANWB een handhavingsbesluit af te wachten.

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