

JOR 2010/311 Rechtbank Rotterdam, 15-09-2010, reg.AWB 10/3190 BC-T2,
LJN BN9381

Aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning, Aanwijzing: last onder dwangsom, Aanwijzing die strekt tot het staken van werkzaamheden ter zake van reeds afgesloten overeenkomsten strekt onmiskenbaar tot aantasting van de onderliggende overeenkomsten en is in strijd met art. 1:75 lid 3 BW, Schorsing van last onder dwangsom en beslissing tot openbaarmaking

Publicatie	JOR 2010 afl. 11
Publicatiedatum	10 november 2010
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	15 september 2010
Rolnummer	reg.AWB 10/3190 BC-T2 LJN BN9381
Rechter(s)	Mr. Damsteegt
Partijen	A BV, verzoekster, gemachtigden: mrs. G.P. Roth en M. van Eersel, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster, gemachtigde: mr. J.S. Roepnarain.
Noot	Mr. S.M.C. Nuyten
Trefwoorden	Aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning, Aanwijzing: last onder dwangsom, Aanwijzing die strekt tot het staken van werkzaamheden ter zake van reeds afgesloten overeenkomsten strekt onmiskenbaar tot aantasting van de onderliggende overeenkomsten en is in strijd met art. 1:75 lid 3 BW, Schorsing van last onder dwangsom en beslissing tot openbaarmaking,
Regelgeving	Wft - 1:75 lid 3; 2:55

» **Samenvatting**

De voorzieningenrechter beperkt zich in deze procedure tot het geschilpunt of de op grond van art. 1:79 Wft opgelegde last onder dwangsom ertoe kan strekken dat A stopt en gestopt blijft met het beheren van de overeenkomsten van beleggingsobjecten voor zover deze overeenkomsten zien op beleggingsobjecten die zijn aangeboden voor een nominaal bedrag van minder dan € 50.000 per beleggingsobject, totdat aan de toepasselijke regelgeving wordt voldaan.

In de uitspraak van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 4 december 2009, «JOR» 2010/20, m.nt. CMGvdK en m.nt. Peters is geoordeeld dat een aanwijzing die strekt tot het staken van werkzaamheden ter zake van reeds afgesloten overeenkomsten onmiskenbaar strekt tot aantasting van de onderliggende overeenkomsten, hetgeen in strijd is met art. 1:75 lid 3 Wft. De rechtbank heeft geoordeeld dat de tekst van dit artikellid de aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder uitdrukkelijk aan banden legt en dat de rechtszekerheid er aan in de weg staat dat de toezichthouder bevoegd is een aanwijzing te geven die rechtstreeks tot gevolg heeft dat de overtreder, wil hij de voorgeschreven gedragslijn naleven, de met de consumenten aangegane overeenkomsten openbreekt.

Een last onder dwangsom dient als een specifieke aanwijzing te worden aangemerkt. Niet valt in te zien dat voor een last onder dwangsom de jurisprudentie niet zou gelden. AFM kan dan ook vooralsnog niet worden gevolgd in haar standpunt dat de hierboven genoemde uitspraken met betrekking tot art. 1:75 lid 3 Wft hier niet gevolgd behoeven te worden omdat de rechtszekerheid niet aan het openbreken van civielrechtelijke overeenkomsten bij toepassing

van art. 1:79 Wft in de weg staat. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient het verbod om overeenkomsten open te breken hier eveneens te gelden.

De voorzieningenrechter ziet gelet hierop reeds aanleiding om de last onder dwangsom te schorsen. Gelet op de twijfel aan de rechtmatigheid van de last onder dwangsom dient ook de ingevolge art. 1:99 Wft genomen beslissing tot openbaarmaking te worden geschorst.

» Uitspraak

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 20 juli 2010 heeft AFM aan [A] een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) opgelegd die ertoe strekt dat [A] binnen vijftig werkdagen na dagtekening van het besluit:

a. stopt en gestopt blijft met het aanbieden en dus ook het beheren van de overeenkomsten van beleggingsobjecten voor zover deze overeenkomsten zien op beleggingsobjecten die zijn aangeboden voor een nominaal bedrag van minder dan € 50.000,- per beleggingsobject, totdat aan de toepasselijke regelgeving wordt voldaan;

b. aan de AFM schriftelijke stukken verstrekt waaruit blijkt dat zij met dit aanbieden en beheren is gestopt en gestopt blijft tot het moment waarop is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving.

De dwangsom bedraagt € 4.000,- voor iedere kalenderdag of gedeelte daarvan na de genoemde begunstigingstermijn van vijftig werkdagen dat [A] niet voldoet aan de last met een maximum van € 80.000,-.

In het besluit is opgenomen dat indien de dwangsom wordt verbeurd, AFM het besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom openbaar zal maken op grond van het bepaalde in artikel 1:99, eerste lid, van de Wft.

Tegen dit besluit heeft [A] bij brief van 6 augustus 2010 bezwaar gemaakt. Voorts heeft [A] bij brief van eveneens 6 augustus 2010 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Het onderzoek ter zitting heeft – achter gesloten deuren – plaatsgevonden op 2 september 2010. [A] heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M. van Eersel. AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Tevens waren namens AFM mr. E. van den Ing en mr. J. de Wolf aanwezig.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1:79, eerste lid, onderdeel a, van de Wft en de bij dit artikellid behorende bijlage kan de toezichthouder een last onder dwangsom opleggen terzake van een overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft.

Volgens artikel 1:75, derde lid, van de Wft, strekt een aan een persoon gegeven aanwijzing niet tot aantasting van overeenkomsten tussen die persoon en derden.

2.2. De voorzieningenrechter beperkt zich in deze procedure tot het geschilpunt of de op grond van artikel 1:79 van de Wft opgelegde last onder dwangsom ertoe kan strekken dat [A] stopt en gestopt blijft met het beheren van de overeenkomsten van beleggingsobjecten voorzover deze overeenkomsten zien op beleggingsobjecten die zijn aangeboden voor een nominaal bedrag van minder dan € 50.000,- per beleggingsobject, totdat aan de toepasselijke regelgeving wordt voldaan.

2.3. In de uitspraak van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 4 december 2009 (LJN BK5632) is geoordeeld dat een aanwijzing die strekt tot het staken van werkzaamheden terzake van reeds afgesloten overeenkomsten onmiskenbaar strekt tot aantasting van de onderliggende overeenkomsten, hetgeen in strijd is met artikel 1:75, derde lid, van de Wft. De rechtbank heeft geoordeeld dat de tekst van dit artikellid de aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder uitdrukkelijk aan banden legt en dat de rechtszekerheid er aan in de weg staat dat de toezichthouder bevoegd is een aanwijzing te geven die rechtstreeks tot gevolg heeft dat de overtreder, wil hij de voorgeschreven gedragslijn naleven, de met de consumenten aangegane overeenkomsten openbreekt.

2.4. De voorzieningenrechter overweegt dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 1:75 van de Wft volgt dat dit artikel beoogt bestaande jurisprudentie met betrekking tot de aanwijzing te codificeren. In dit verband merkt de voorzieningenrechter op dat een last onder dwangsom als een specifieke aanwijzing aangemerkt dient te worden, een aanwijzing met daaraan een dwangsom verbonden, en dat niet valt in te zien dat voor een last onder dwangsom deze jurisprudentie niet zou gelden. AFM kan dan ook vooralsnog niet worden gevolgd in haar standpunt dat de hierboven genoemde uitspraken met betrekking tot artikel 1:75, derde lid, van de Wft hier niet gevolgd behoeven te worden omdat de rechtszekerheid niet aan het openbreken van civielrechtelijke overeenkomsten bij toepassing van artikel 1:79 van de Wft in de weg staat. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dient het verbod om overeenkomsten open te breken hier eveneens te gelden.

2.5. De voorzieningenrechter is voorts van oordeel dat de vraag of artikel 1:79 van de Wft aan de toezichthouder meer toestaat dan artikel 1:75 van de Wft dermate principieel van aard is dat deze te zijner tijd door een meervoudige kamer in een bodemprocedure beantwoord dient te worden.

2.6. De voorzieningenrechter ziet gelet hierop reeds aanleiding om de last onder dwangsom te schorsen. Gelet op de twijfel aan de rechtmatigheid van de last onder dwangsom dient ook de ingevolge artikel 1:99 van de Wft genomen beslissing tot openbaarmaking te worden geschorst.

De voorzieningenrechter ziet derhalve aanleiding om het bestreden besluit in zijn geheel te schorsen. De voorzieningenrechter ziet daarbij geen aanleiding de schorsing in de tijd te beperken.

2.7. De voorzieningenrechter ziet aanleiding AFM te veroordelen in de kosten die [A] in verband met de behandeling van het verzoek tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. (...; *red.*).

3. Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe en schorst het bestreden besluit,

bepaalt dat AFM aan [A] het betaalde griffierecht (...; *red.*) vergoedt,

veroordeelt AFM in de proceskosten (...; *red.*).

» Noot

1. In deze uitspraak heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam geoordeeld over de vraag of de AFM op grond van art. 1:79 Wft bij overtreding van art. 2:55 Wft een last onder dwangsom mag opleggen die ertoe strekt dat de vennootschap stopt en gestopt blijft met het beheren van reeds afgesloten overeenkomsten. Het is – voor zover mij bekend – de eerste uitspraak waarin een antwoord op deze vraag wordt gegeven onder de Wft. De voorzieningenrechter komt tot het voorlopig oordeel dat een dergelijke last onder dwangsom niet toelaatbaar is.

2. Art. 1:75 lid 3 Wft bepaalt dat een aanwijzing niet strekt tot aantasting van overeenkomsten tussen de persoon aan wie de aanwijzing wordt gegeven en derden. In art. 1:79 Wft is ten aanzien van de last onder dwangsom geen soortgelijke bepaling opgenomen. Een tekstuele interpretatie van de Wft zou dan ook tot de conclusie kunnen leiden dat de wetgever de in art. 1:75 lid 3 Wft opgenomen beperking tot de aanwijzing heeft willen beperken. Deze tekstuele interpretatie – zo blijkt uit de hiervoor afgedrukte uitspraak – is ten aanzien van de last onder dwangsom echter te eenvoudig. De voorzieningenrechter wijst op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 4 december 2009 («JOR» 2010/20, m.nt. CMGvdK en Peters) en op de wetsgeschiedenis van art. 1:75 Wft en concludeert dat het verbod van art. 1:75 lid 3 Wft ook bij een last onder dwangsom ex art. 1:79 Wft van toepassing is. Die conclusie overtuigt op basis van de opgenomen verwijzingen mijns inziens niet geheel.

3. Allereerst de verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 4 december 2009. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank over de vraag of een door de AFM opgelegde

aanwijzing die (onder meer) inhield dat het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten moest worden gestaakt in strijd is met art. 1:75 lid 3 Wft. De AFM betoogde dat uit de wetsgeschiedenis bij dit artikel blijkt dat de wetgever met deze bepaling niet voor ogen heeft gestaan dat een aanwijzing nimmer het rechtstreekse gevolg zou mogen hebben dat overeenkomsten tussen contractspartijen moeten worden opgebroken. De rechtbank oordeelde echter dat de tekst van art. 1:75 lid 3 Wft de aanwijzingsbevoegdheid van de toezichthouder uitdrukkelijk aan banden legt en verwierp het beroep van de AFM op de wetsgeschiedenis. De tekst van art. 1:75 lid 3 Wft verbood naar het oordeel van de rechtbank de opgelegde aanwijzing en de wetsgeschiedenis kon niet tot een van de wettekst afwijkende interpretatie leiden omdat dat in strijd met de rechtszekerheid zou zijn.

Art. 1:79 Wft kent voor de last onder dwangsom geen aan art. 1:75 lid 3 Wft gelijke bepaling, zodat de tekst van de wet niet bepalend kan zijn voor de vraag of een last onder dwangsom mag strekken tot het openbreken van civielrechtelijke overeenkomsten. Bij een last onder dwangsom staat de rechtszekerheid dan ook niet in de weg aan een beroep op de wetsgeschiedenis. Het in r.o. 2.4 opgenomen oordeel van de voorzieningenrechter dat de AFM niet kan worden gevolgd in haar standpunt dat de uitspraak van 4 december 2009 in casu niet gevolgd kan worden omdat bij de last onder dwangsom de wettekst onvoldoende duidelijkheid biedt over de toelaatbaarheid van een last die strekt tot aantasting van reeds afgesloten overeenkomsten, lijkt aan de hiervoor verwoorde conclusie onvoldoende recht te doen. Overigens blijkt uit de uitspraak dat de voorzieningenrechter zijn oordeel ook niet slechts op de wettekst baseert: hij verwijst ook naar de wetsgeschiedenis.

4. De voorzieningenrechter verwijst voorts naar de wetsgeschiedenis bij art. 1:75 Wft – bij de last onder dwangsom in art. 1:79 Wft zijn dergelijke overwegingen in de wetsgeschiedenis niet opgenomen – en overweegt dat daaruit blijkt dat dit artikellid beoogt de bestaande jurisprudentie met betrekking tot de aanwijzing te codificeren. Die opvatting is juist. In de toelichting (Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 41, p. 62-63) is opgemerkt dat de aanwijzing een reparatoire sanctie is, die is gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift dan wel het voorkomen van herhaling ervan. En voorts dat de aanwijzing geen gebod kan bevatten om overeenkomsten met individuele cliënten te (laten) wijzigen omdat de in de Wft neergelegde doelstelling om cliënten zorgvuldig te behandelen (thans art. 1:25 Wft) niet zover reikt dat een individuele cliënt door de toezichthouder via een aanwijzing moet worden beschermd. Benadrukt werd dat dit in overeenstemming was met de ten aanzien van een aanwijzing (toen) bestaande jurisprudentie waarbij verwezen werd naar twee uitspraken van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (Vznr. Rb. Rotterdam 5 april 2005, «JOR» 2005/126, m.nt. CMGvdK en 28 januari 2005, «JOR» 2005/68, m.nt. CMGvdK). In feite was het opnemen van art. 1:75 lid 3 Wft overbodige luxe: het is de toezichthouder reeds op grond van art. 3:3 Awb verboden een bevoegdheid te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. Dit geldt niet alleen voor de aanwijzing, maar ook voor de last onder dwangsom.

5. Met de gekozen tekst van art. 1:75 lid 3 Wft is de wetgever echter aan een aantal belangrijke verschillen tussen enerzijds de Wft en anderzijds de toepasselijke wetgeving in de genoemde uitspraken voorbij gegaan. Zo zagen beide uitspraken op een aanwijzing wegens overtreding van bepalingen uit de Wte 1995. Art. 28 lid 2 Wte 1995 bepaalde dat een aanwijzing slechts mocht worden gegeven “met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten”. Uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 april 2005 («JOR» 2005/126, m.nt. CMGvdK en Peters, zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 766) blijkt dat het daarbij vooral om een bovenindividueel doel ging. Een soortgelijke expliciete beperking ten aanzien van het doel is bij de aanwijzingsbevoegdheid in de Wft niet gegeven. In art. 1:25 Wft zijn wel de doelstellingen van het gedragstoezicht in het algemeen bepaald. Uit de toelichting bij art. 1:24 en 1:25 Wft lijkt te volgen dat het doel van de Wft – in tegenstelling tot het doel van de aanwijzing onder de Wte 1995 – ook bescherming van de individuele afnemer is (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 28-29). In de toelichting op art. 1:75 lid 3 Wft wordt echter een andere invulling gegeven aan de doelstellingen van het gedragstoezicht, een invulling die overigens tot een aanzienlijk beperking van de aansprakelijkheidsrisico's voor de AFM jegens derden zou leiden. Indien het doel van het gedragstoezicht immers – zoals in de toelichting bij art. 1:75 lid 3 Wft gesteld – niet zover reikt dat een individuele cliënt door de toezichthouder wordt beschermd, zal het relativiteitsvereiste naar verwachting aan toewijzing van een schadevergoedingsvordering van een individuele cliënt jegens de AFM in de weg staan (vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*)).

De wetgever heeft voorts ten onrechte in de aangehaalde jurisprudentie gelezen dat de toezichthouder onder alle omstandigheden onbevoegd moet worden geacht om een aanwijzing te geven of last onder dwangsom op te leggen die strekt tot aantasting van overeenkomsten tussen de overtreder en derden. In geen van beide uitspraken heeft de rechtbank een onvoorwaardelijk en volledig verbod aangenomen op aanwijzingen die civielrechtelijke overeenkomsten aantasten. In beide uitspraken overwoog de voorzieningenrechter dat het onderdeel van de aanwijzing dat gevolgen had voor reeds gesloten overeenkomsten, gericht was op reparatie naar het verleden en niet op een beëindiging van de overtreding. Op grond daarvan twijfelde de voorzieningenrechter in beide uitspraken – hij gaf geen eenduidig oordeel – of de aanwijzing conform doel en strekking van art. 28 Wte 1995 was en daarmee of de AFM binnen haar bevoegdheid was gebleven. In geen van beide procedures is een definitief oordeel over de juistheid van de twijfel van de voorzieningenrechter gegeven. Op de uitspraak van 5 april 2005 volgden beroep en hoger beroep, maar omdat appellant pas in hoger beroep een grond heeft gericht tegen de bevoegdheid om de bestreden aanwijzing te geven, werd deze grond door het CBb (CBb 30 januari 2007, «JOR» 2007/72) tardief geacht en inhoudelijk niet behandeld.

6. In een uitspraak na inwerkingtreding van de Wft, oordeelde het CBb (CBb 19 mei 2009, «JOR» 2009/229, m.nt. De Groot en Affourtit), in navolging van de Rechtbank Rotterdam (4 mei 2007, «JOR» 2007/155, m.nt. KF) dat een aanwijzing op grond van de Wtv 1993 de werking van gesloten overeenkomsten mag aantasten en een zekere inbreuk op de privaatrechtelijke verhoudingen mag maken “indien dat nodig is om effectief de situatie te voorkomen dat de levensverzekeraar zonder een vergunning gesloten levensverzekeringsovereenkomsten blijft afwickelen” (r.o. 6.4). Ook hieruit volgt dat de rechter onder de wetten die aan de Wft vooraf gingen geen volledig verbod als geformuleerd in art. 1:75 lid 3 Wft aanneemt: een aanwijzing strekkende tot wijziging van overeenkomsten naar de toekomst om een voortdurende overtreding te beëindigen, wordt toelaatbaar geacht. Het toezichtdoel wordt in dat geval met het openbreken van de overeenkomsten gediend. In een uitspraak van 28 augustus 2007 («JOR» 2007/274, m.nt. De Groot) overwoog het CBb in een procedure over een last onder dwangsom op grond van de Wtk 1992 zelfs meer in het algemeen dat onjuist is dat door een bestuursorgaan nooit een last kan worden opgelegd indien betrokkene stelt dat de uitvoering ervan wordt verhinderd door de door hemzelf aangegane civielrechtelijke verbintenissen.

7. De wetgever heeft in art. 1:79 Wft geen bepaling opgenomen waaruit expliciet blijkt dat een last onder dwangsom niet mag strekken tot aantasting van privaatrechtelijke overeenkomsten tussen de overtreder en derden. In de wetsgeschiedenis bij art. 1:79 Wft zijn aan dit vraagstuk geen overwegingen gewijd.

Indien een last onder dwangsom wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze bevoegdheid is gegeven, het toezichtdoel, zal deze wegens strijd met art. 3:3 Awb niet in stand kunnen blijven. De vraag die nog beantwoord moet worden is of elke last onder dwangsom die ertoe strekt privaatrechtelijke overeenkomsten aan te tasten in strijd met het toezichtdoel moet worden geacht. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag naar voorlopig oordeel bevestigend en sluit daarmee aan bij de wetsgeschiedenis over de aanwijzing. De jurisprudentie over de aan de Wft voorafgaande toezichtwetten zou echter tot een andere conclusie kunnen luiden nu het een voortdurende overtreding betreft.

De voorzieningenrechter merkt op dat de vraag of art. 1:79 Wft aan de toezichthouder meer toestaat dan art. 1:75 Wft dermate principieel is dat deze door een meervoudige kamer in een bodemprocedure beantwoord moet worden. Het is echter de wetgever die ervoor heeft gekozen een onderscheid tussen art. 1:75 en art. 1:79 Wft te maken. Slechts indien het opnemen van art. 1:75 lid 3 Wft feitelijk overbodig was – omdat de beperkingen reeds uit een ander wetsartikel of algemeen rechtsbeginsel voortvloeien – zou deze principiële vraag nog door de rechter beantwoord kunnen worden. In dat geval zal de rechter enerzijds moeten stilstaan bij de gelijkenissen tussen de last onder dwangsom en de aanwijzing, zoals het feit dat beide reparatoire sancties zijn, die een opdracht geven die binnen een bepaalde termijn moet worden uitgevoerd, waarbij de inhoud van een last en een aanwijzing op grond van de Wft in een aantal gevallen sterk op elkaar zullen lijken. Anderzijds mogen ook de verschillen niet uit het oog worden verloren: het niet opvolgen heeft slechts bij de last onder dwangsom directe gevolgen, alleen het dwangsombesluit kan openbaar worden gemaakt, de aanwijzing mag een positieve gedragslijn voorschrijven terwijl de last beperkt moet zijn tot de handelingen die noodzakelijk zijn om de overtreding te beëindigen.

