

CBb 28 april 2006, LJN: AW5471, zaaknr. AWB 06/77

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=aw5471>

Wetsartt.: artt. 1, 7, 10 en 21 Wte, 12 Vrijstellingsregeling Wte en 1, 2 en 3 en bijlage C
Beleidsregel inzake betrouwbaarheidstoetsing

Trefwoorden: effecten, effecteninstelling, effectenbemiddelaar, registerinschrijving, betrouwbaarheid (mede)beleidsbepalers, toezichtsantecedent, motiveringsplicht, beoordelingsvrijheid, rechterlijke toetsing

Samenvatting:

Quinta is o.g.v. art. 21 Wte als cliëntenremisier ingeschreven in het register van effecteninstellingen (artt. 7 en 10 Wte). De bevoegdheden van cliëntenremisiers zijn beperkt tot het tegen vergoeding aanbrenge van cliënten bij een beleggingsinstelling, effecteninstelling of een kredietinstelling. De AFM heeft bij besluit de registerinschrijving van Quinta doorgehaald, omdat de betrouwbaarheid van enkele bestuurders niet (meer) buiten twijfel staat (art. 21, lid 5, Wte). Quinta is opgetreden als bemiddelaar bij enkele beleggingsproducten die de AFM als effecten in de zin van de wet heeft gekwalificeerd. Het komt voor eigen risico van Quinta, dat zij cliënten bij NWP heeft aangebracht zonder tevoren AFM om een formele interpretatie te vragen dan wel advies van een deskundige in te winnen. Het is daarom aan Quinta te verwijten dat zij het bemiddelingsverbod van art. 7, eerste lid, Wte heeft overtreden, een handelwijze die volgens AFM tevens leidt tot twijfel aan de betrouwbaarheid van de bestuurders van Quinta. In de voorgeschreven belangenafweging van de belangen van beleggers en de belangen van bestuurders en van Quinta zelf, prevaleert volgens AFM het beleggersbelang. Het CBb oordeelt als volgt. Als cliëntenremisier is Quinta vrijgesteld van de vergunningsplicht om als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder diensten aan te bieden of te verrichten. Om binnen deze vrijstelling te blijven zal Quinta derhalve de nodige prudentie in acht moeten nemen bij het aanbieden van producten waarvan op voorhand niet duidelijk is of zij deze zonder vergunning mag aanbieden. Op Quinta rust derhalve een onderzoeksplicht op basis van haar eigen verantwoordelijkheid als cliëntenremisier. Appellanten zijn hierin tekortgeschoten. In hoger beroep is alleen het antecedent NWP nog aan de orde. Uit het bestreden besluit blijkt niet dat AFM heeft geoordeeld dat het gewicht dat het antecedent NWP afzonderlijk in de schaal legt voldoende is om, wanneer daarbij de relevante belangen worden betrokken, te komen tot het oordeel inzake de betrouwbaarheid van appellanten. Het betoog van AFM miskent dat een kenbare motivering met zich brengt dat het bestuursorgaan in het besluit inzichtelijk maakt op welke feitelijke grondslag dit besluit is gebaseerd. De beslissing dat de betrouwbaarheid van de bestuurders niet buiten twijfel staat leidt tot doorhaling van de registerinschrijving van die instelling. De beslissing dat hiervan sprake is, heeft naar zijn aard derhalve verstrekkende gevolgen voor de betreffende instelling en de bestuurders. Dit betekent dat de motivering, in het bijzonder die aangaande het gewicht dat toekomt aan de belangen die de toezichthouder ingevolge art. 3, lid 2, Beleidsregel bij zijn oordeelsvorming betreft aan hoge eisen dient te voldoen. In deze motivering dienen op het toezichtsantecedent toegespitste overwegingen voldoende kenbaar en dus toetsbaar te zijn vastgelegd. Uit art. 21, lid 5, Wte moet worden afgeleid dat AFM een zekere beoordelingsruimte toekomt bij de beantwoording van de vraag of de antecedenten van (mede)beleidsbepalers aanleiding geven tot het oordeel dat, met het oog op de belangen van beleggers, de betrouwbaarheid van deze personen niet buiten twijfel staat. De uitgangspunten die AFM heeft gehanteerd voor de aanwending van deze beoordelingsruimte zijn neergelegd in de Beleidsregel. Hieruit volgt dat het bestaan van een enkel antecedent op zichzelf niet maatgevend is voor het oordeel van AFM inzake betrouwbaarheid. AFM zal zich een eigen oordeel moeten vormen over het antecedent, waarbij zij de genoemde belangen en verbanden betreft. Die laten AFM een zekere ruimte. De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak derhalve miskend dat geen sprake is van een situatie waarin rechtens slechts één beslissing mogelijk is. Door aldus een eigen, niet aan het bestreden besluit te ontleen, beoordeling te geven van het gewicht dat aan het NWP antecedent toekomt voor het oordeel over de betrouwbaarheid van appellanten is de rechtbank in

strijd met de wettelijke bepaling van art. 21 Wte getreden in de beoordelingsruimte die, art. 21, lid 5, Wte gelezen in samenhang met art. 3 Beleidsregel, AFM laat.

Noot:

1. Cliëntenremisiers, veelal assurantiëtenpersonen, zijn effectenbemiddelaars in de zin van art. 1, aanhef en sub b, Wet toezicht effectenverkeer 1995. Ingevolge art. 7, eerste lid, 2^e zin, jo. art. 12 Vrijstellingsregeling Wte, zijn zij onder beperkingen vrijgesteld van de vergunningsplicht om als zodanig diensten aan te bieden of te verrichten, onder de beperking dat zij uitsluitend cliënten aanbrengen bij andere effecteninstituten. Ingevolge art. 21, eerste lid, moet een vrijgestelde effectenbemiddelaar zijn ingeschreven in een door de AFM gehouden register (op grond van art. 21, zesde lid, Wte, een constitutief vereiste m.b.t. het – blijven - gelden van de vrijstelling). De AFM kan ingevolge art. 21, vijfde lid, Wte een inschrijving doorhalen indien de voornemens, de handelingen of de antecedenten van de personen van (mede)beleidsbepalers “aanleiding geven tot het oordeel dat, met het oog op de belangen van de beleggers, de betrouwbaarheid van deze personen niet buiten twijfel staat”. Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing, Stcrt. 2005, 20. In dit geval gaat het om een niet nader gedefinieerd toezichtsantecedent (andere feiten en omstandigheden) en een nader omschreven belangenafweging (artt. 2 en 3 jo. bijlage C). Een dergelijke doorhaling is vergelijkbaar met de intrekking van een vergunning. Zie C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door het effectenrecht, Den Haag, 2006, p. 330 e.v. In het voorliggende geval had AFM tot een dergelijke registerdoorhaling besloten, omdat de betrouwbaarheid van bestuurders van Quinta niet (meer) buiten twijfel stond. Quinta had immers als effecten te kwalificeren producten aangeboden en aldus het verbod van art. 7, eerste lid, Wte overtreden. In het besluit op bezwaar van AFM was sprake van twee relevante antecedenten, t.w. Eco-Sure en NWP, in beroep heeft de rechtbank Rotterdam echter vastgesteld dat Eco-Sure geen relevant antedecent kan opleveren (Rb. Rotterdam 9 januari 2006, JOR 2006, 103). In hoger beroep gaat het nog slechts om overtreding van een bemiddelingsverbod m.b.t. financiële producten van NWP, aanhakend bij een eerdere uitspraak van diezelfde rechtbank, dat het hierbij gaat om effecten in de zin van art. 1, aanhef en sub a, Wte (Rb. Rotterdam 14 april 2003, JOR 2003, 148).

2. Uit deze uitspraak blijkt dat het CBb door in ow. 7.4.2 het begrip “beoordelingsruimte” in relatie tot art. 21, vijfde lid, Wte te gebruiken, zich niet voegt naar het dogmatische schema van beoordelingsruimte (genus) en beoordelingsvrijheid (species). Vgl. tevens CBb 18 april 2002, JOR 2002, 117). Zie hieromtrent Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2005, p. 143-145. En dat terwijl de hiervoor opgenomen uitspraak in de vraag of sprake is van effecten in de zin van art. 1, aanhef en sub a, Wte, tevens een voorbeeld van de tweede categorie van het begrip beoordelingsruimte bevat. Het onderscheid is relevant, want bepalend voor de aard van de rechterlijke toetsing. Marginale toetsing in geval van beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan en bindende interpretatie door de rechter van de objectieve wettelijke norm. Bij de toepassing van art. 21, vijfde lid, Wte is sprake van beoordelingsvrijheid. Deze uitspraak illustreert de hiermee samenhangende beperkingen van de rechterlijke toetsing. Rb. Rotterdam oordeelde, dat weliswaar één van de twee, door de AFM aan het doorhalingsbesluit ten grondslag gelegde antecedenten relevantie miste, op basis van het overgebleven antecedent oordeelde de rechtbank dat AFM op basis van haar onbetrouwbaarheidsoordeel niet anders kon doen dan overgaan tot een doorhaling. Hiermee gaat de rechtbank op de stoel van AFM zitten, nu deze uitkomst niet zonder meer uit de AFM-Beleidsregel voortvloeit. Het hoger beroep is daarom gegrond, de aangevallen uitspraak wordt vernietigd, het bij de rechtbank ingestelde beroep wordt eveneens gegrond verklaard en het besluit op bezwaar vernietigd wegens strijd met de artt. 3:2 en 7:12 Awb. AFM is dus opnieuw aan zet, zij het onder zeer stringente aanwijzingen van het College.

3. Wat de toerekening van de overtreding van art. 7, eerste lid, Wte betreft valt op, dat het CBb in navolging van het AFM een onderzoeksplicht van bestuurders van Quinta (cliëntenremisiers) formuleert, uitgaande van haar eigen verantwoordelijkheid voor een juiste wetsuitleg. Appellanten zijn in deze onderzoeksplicht tekortgeschoten, nu zij onvoldoende gedaan hebben om een

standpunt van AFM over de grenzen van de vrijstelling uit te lokken. Dit oordeel vormt een belangrijke ondersteuning van de wijze van toezichtsuitoefening door AFM. Vgl. de rubrieken interpretaties en veelgestelde vragen op de website van AFM (www.afm.nl/marktpartijen). Zie over de taakopvatting van AFM het Jaarverslag 2005.

4. Naar uit deze uitspraak blijkt heeft een onbetrouwbaarheidsoordeel grote consequenties, niet alleen voor het bedrijf in kwestie (intrekken vrijstelling via doorhaling vereiste inschrijving), maar ook voor de betreffende bestuurders (materieel beroepsverbod). De AFM kwalificeert een dergelijke intrekking niet als sanctie, anders dan het op grond van de artt. 48 b en 48c Wte wegens overtreding van het verbod in art. 7, eerste lid, Wte kunnen opleggen van een (preventieve) last onder dwangsom of een bestuurlijke boete. Dat is niet vanzelfsprekend. Betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalers van cliëntenremisiers is immers geen inschrijvings (vrijstellings)vereiste. Wanneer het gaat om een reactie op toezichtsantecedenten is verdedigbaar, dat materieel sprake is van een (administratieve) sanctie op normovertreding, niet zijnde een herstelsanctie of een bestraffende sanctie. Het primaire karakter van preventieve rechtshandhaving sluit het sanctie-element immers niet zonder meer uit. Hiervan uitgaande dringt de vraag zich op, of de rechterlijke toetsingsbevoegdheid via toekenning van beoordelingsvrijheid aan het bestuursorgaan wel beperkt mag worden, mede gezien in het licht van de grondrechtelijke aspecten van deze casus. Dat de bestuursrechter zich bewust is van dit dilemma illustreert deze uitspraak. Weliswaar wordt de beoordelingsvrijheid van de AFM gerespecteerd, via de verbijzondering van een verzwaarde motiveringsplicht raakt het CBb dicht aan een volledige toetsing. Nu de betrouwbaarheidstoetsing als preventief handhavingsinstrument in het materiële bestuursrecht een sterke groei doormaakt, vormt deze uitspraak een belangrijke bijdrage aan het denken over de toepassing ervan.

M.O-V