

JOR 2017/169, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 12-04-2017,

ECLI:NL:CBB:2017:116, 16/54 (annotatie)

Gegevens

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	12-04-2017
Publicatie	JOR 2017/169 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2017
Annotator	mr. B. Bierman
ECLI	<u>ECLI:NL:CBB:2017:116</u>
Zaaknummer	16/54
Overige publicaties	<u>ECLI:NL:CBB:2017:116</u> NJB 2017/993 JONDR 2017/724 RF 2017/68
Rechtsgebied	Bank- en effectenrecht, financiering
Rubriek	Bank- en effectenrecht
Rechters	mr. Lierop mr. Stuldreher mr. Verbeek
Partijen	De Nederlandsche Bank NV (DNB), gemachtigden: mr. A.J. Boorsma en mr. M.L. Batting, tegen 1. [naam 1] BV, 2. [naam 2], gemachtigde: mr. M.H.P. Claassen.
Regelgeving	<u>Wft - 3:2</u> EVRM - 7

Inhoudsindicatie

Uitzondering op verbod om zonder vergunning bedrijf van bank uit te oefenen van toepassing, Lex certa-beginsel, Door DNB bepleite uitleg van art. 3:2 Wft dient voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar te zijn, Ten tijde van belang gold instandhoudingsovereenkomst als "onvoorwaardelijke verplichting" in de zin van de wet, Dat wordt niet anders wanneer moeder niet blijkt te kunnen voldoen aan verplichting om concernfinancieringsmaatschappij steeds van voldoende fondsen te voorzien, Hoger beroep van DNB ongegrond, Vervolg op Rb. Rotterdam 17 december 2015, «JOR» 2016/97, m.nt. Affourtit en Hiebendaal

Ga direct naar

Samenvatting

Uitspraak

Beslissing/besluit

Noot

Samenvatting

Het College stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van CBb 17 november 2016, **ECLI:NL:CBB:2016:372**, r.o. 6.1 en de uitspraak van CBb 28 november 2013, «JOR» 2014/41, m.nt. 't Hart, r.o. 5.5) het lex certa-beginsel, dat onder meer besloten ligt in art. 7 EVRM, van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze een verboden gedraging omschrijft. Dat vereist naar het oordeel van het College in ieder geval

dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.

Ter beoordeling van het College staat de vraag of de door DNB voorgestane uitleg van art. 3:2 Wft op basis van de ten tijde van belang geldende wettekst en daarbij behorende toelichting voldoende duidelijk en bepaald is en die uitleg voor [naam 1] en [naam 2] kenbaar was. Bij die beoordeling kan naar het oordeel van het College geen zelfstandige betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de wetgever in de bij de Wijzigingswet behorende toelichting stelt de in art. 3:2 Wft neergelegde voorwaarden slechts te hebben verduidelijkt en daarmee te hebben bevestigd dat reeds geldend recht is dat de moeder de garantie of verplichting ook daadwerkelijk op elk moment moet kunnen nakomen. Het College stelt vast dat die door de wetgever gestelde verduidelijking, wat daar verder ook van zij, ten tijde van belang nog niet gegeven was.

Het College stelt voorts vast dat uit de door [naam 3], [naam 1] en de Stichting gesloten Instandhoudingsovereenkomst voor [naam 3] de verplichting voortvloeit om [naam 1] steeds van voldoende fondsen te voorzien. [Naam 3] heeft aan die verplichting geen voorwaarden verbonden. Daarmee staat vast dat sprake is van een "onvoorwaardelijke verplichting" als genoemd in art. 3:2 lid 1, aanhef en onder b, Wft. De omstandigheid dat [naam 3] zich op een later moment gedurende de looptijd van de Instandhoudingsovereenkomst op het standpunt heeft gesteld dat zij bij gebrek aan voldoende liquide middelen feitelijk niet kan voldoen aan haar uit de Instandhoudingsovereenkomst voortvloeiende verplichting, doet aan het onvoorwaardelijke karakter van de door [naam 3] aangegane verplichting niet af.

De door DNB bepleite uitleg vindt naar het oordeel van het College onvoldoende steun in de tekst van de wet zoals die ten tijde hier van belang luidde en is verklaard in de daarbij behorende toelichting in de Nota van wijziging. Hieruit blijkt niet dat aan de financiële positie van de moedermaatschappij die de onvoorwaardelijke verplichting op zich heeft genomen om de concernfinancieringsmaatschappij steeds van voldoende fondsen te voorzien, een andere voorwaarde wordt gesteld dan dat het geconsolideerd eigen vermogen gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst positief is. Het College stelt daarmee vast dat de wetgever ten tijde van belang niet als voorwaarde had gesteld dat voldoende liquide middelen beschikbaar dienen te zijn om feitelijk aan de, uit de instandhoudingsovereenkomst voortvloeiende, onvoorwaardelijke verplichting te kunnen voldoen. Naar het oordeel van het College kan het ontbreken van een dergelijk vereiste, dat de wetgever bij de Wijzigingswet kennelijk heeft onderkend en met de aangehaalde wetwijziging heeft weggenomen, niet aan [naam 1] en [naam 2] worden tegengeworpen.

Het hoger beroep is derhalve ongegrond en het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Uitspraak

(...; red.)

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak (Rb. Rotterdam 17 december 2015 ([ECLI:NL:RBROT:2015:9144](#)); red.). Het College volstaat met het volgende.

1.2. [naam 3] B.V. ([naam 3]) is de moedermaatschappij van zes werkmaatschappijen (beleggingsfondsen), genaamd [naam 4] I tot en met [naam 8]. [naam 2] is bestuurder van [naam 3] en via [naam 2] Holding B.V. medeaandeelhouder van [naam 1]. De beleggingsfondsen hebben gelden verkregen van obligatiehouders. [naam 1] heeft de verkregen gelden voor eigen rekening grotendeels uitgeleend aan een Duitse vennootschap, [naam 1] GmbH, om te investeren in huurwoningen in Duitsland. [naam 1] heeft voor het aantrekken van de gelden op 22 september 2009 een instandhoudingsovereenkomst (Instandhoudingsovereenkomst) gesloten met [naam 3] en de [Stichting] (Stichting). De Instandhoudingsovereenkomst bepaalt voor zover van belang het volgende (waarbij voor "[naam 3]" [naam 3] moet worden gelezen, voor "de Vennootschap" [naam 1] en voor "de Overeenkomst" de Instandhoudingsovereenkomst):

"1. Instandhoudingsovereenkomst

1.1. [naam 3] verplicht zich onvoorwaardelijk jegens de Vennootschap om ervoor zorg te dragen dat de Vennootschap steeds over voldoende fondsen beschikt om aan haar verplichtingen jegens de Obligatiehouders uit hoofde van de Obligatielening te voldoen.

1.2. Deze onvoorwaardelijke verplichting van [naam 3] geldt gedurende de looptijd van de overeenkomst.

1.3. [naam 3] zal gedurende de looptijd van de Overeenkomst steeds een positief geconsolideerd eigen vermogen instand houden van tenminste EUR 750.000,-. Het staat [naam 3] echter vrij om laatst vermelde bedrag te verlagen met EUR 250.000,- indien zij tenminste twee van de navolgende fondsen; [naam 4], [naam 5], [naam 6], geheel afgelost heeft. Zodra zij ook het

derde fonds geheel afgelost heeft, dan kan het bedrag nogmaals met € 250.000,- verminderd worden tot een restantbedrag van € 250.000,-.

[naam 3] zal jaarlijks vóór 1 juni een accountantsverklaring overleggen aan de Stichting, waaruit blijkt dat het geconsolideerd eigen vermogen in het daaraan voorafgaande jaar tenminste het in dit artikel bepaalde minimum bedroeg.

1.4. [naam 3] zal gedurende de Overeenkomst geen dividend aan zichzelf laten uitkeren alsmede geen agio aan zichzelf laten uit betalen indien dit tot gevolg heeft dat de Vennootschap niet meer aan haar verplichtingen jegens de Obligatiehouders uit hoofde van de Obligatielening, van welke aard dan ook, kan voldoen.

1.5. De aandeelhouders van [naam 3] zullen gedurende de Overeenkomst geen dividend aan zichzelf laten uitkeren alsmede geen agio aan zichzelf laten uit betalen indien dit tot gevolg heeft dat het geconsolideerde eigen vermogen van [naam 3] niet meer voldoet aan het bepaalde in artikel 1.3 van deze Overeenkomst, ten blijkde waarvan zij deze Overeenkomst voor akkoord mede ondertekenen.

(...)

3. Verzuim

3.1. Indien de Vennootschap niet over voldoende fondsen beschikt om aan haar verplichtingen jegens de Obligatiehouders uit hoofde van de Obligatielening te voldoen, zal [naam 3] op eerste schriftelijk verzoek van de Vennootschap fondsen aanvullen tot het benodigde niveau.

3.2. Betaling door [naam 3] van de verschuldigde gelden dient te geschieden binnen een week na verzoek van de Vennootschap.

4. Parallel debt

Partijen komen overeen dat de Stichting als schuldeiser een eigen vorderingsrecht jegens [naam 3] zal hebben tot nakoming door [naam 3] van al haar verplichtingen jegens de Vennootschap uit hoofde van de Overeenkomst en naar eigen goeddunken doch te allen tijde met inachtneming van de belangen van de Obligatiehouders over voornoemd vorderingsrecht kan beschikken. Betaling door [naam 3] aan de Vennootschap uit hoofde van de Overeenkomst bevrijdt [naam 3] voor de betreffende betaling ten opzichte van de Stichting. Betaling door [naam 3] aan de Stichting uit hoofde van de Overeenkomst bevrijdt [naam 3] voor de betreffende betaling ten opzichte van de Vennootschap.”

1.3. [naam 1] heeft in 2009 met een obligatielening € 2.150.000,- aan gelden aangetrokken van zowel professionele als niet-professionele geldverstrekkers. Zij heeft in ieder geval 67 obligatieovereenkomsten gesloten met geldverstrekkers niet zijnde professionele marktpartijen, voor een totaalbedrag van € 1.298.491,-. Tussen [naam 1] en de obligatiehouders werd afgesproken dat [naam 1] elk jaar een bedrag gelijk aan 9% rente zou uitbetalen en dat zij na vier jaar de aangetrokken gelden volledig zou terugbetalen. De rente zou per kwartaal worden uitgekeerd. Sinds 30 juni 2011 (tweede kwartaal) betaalde [naam 1] geen obligatierente meer uit aan de obligatiehouders, omdat er bij [naam 3] nauwelijks meer liquide middelen aanwezig zouden zijn.

1.4. Inmiddels heeft [naam 3] het vastgoed van [naam 4], [naam 5], [naam 1], [naam 7] en [naam 8] met verlies verkocht. De obligatiehouders hebben circa 15% van hun inleg teruggekregen. Bij e-mail van 22 oktober 2015 heeft [naam 9] namens de Stichting aan [naam 3] bericht dat met het uitbetalen van de aflossing finale kwijting van alle verdere aanspraken is gegeven en de leningen zijn opgehouden te bestaan. Ook de Stichting is inmiddels opgeheven.

1.5. Bij besluit van 20 december 2013 heeft DNB aan [naam 1] wegens overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft), inhoudende het verbod om zonder vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen, een bestuurlijke boete opgelegd van € 135.000,-. Bij besluit van dezelfde datum heeft DNB tevens aan [naam 2] een boete opgelegd van € 15.000,- wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van [naam 1].

1.6. Bij afzonderlijke besluiten van 30 juni 2014 (bestreden besluiten), waartegen de beroepen bij de rechtbank waren gericht, heeft DNB de bezwaren van [naam 1] en [naam 2], gericht tegen de boetebesluiten, ongegrond verklaard en daartoe onder meer het volgende overwogen. DNB is van oordeel dat het bestaan van de onvoorwaardelijke verplichting, als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft, een continue voorwaarde is voor de wettelijke uitzondering op het verbod van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft om zonder vergunning het bankbedrijf uit te oefenen. Reeds in 1995 bepaalde de Hoge Raad dat aan de criteria van (de voorloper van) de onderhavige uitzonderingsbepaling doorlopend voldaan moet worden om een uitzondering te rechtvaardigen, gelet op de ratio van die bepaling. De wettekst van artikel 3:2, eerste lid, onder b, van de Wft vereist immers dat “de onvoorwaardelijke verplichting bestaat voor die onderneming [in dit geval [naam 3]] om degene die de gelden ter

beschikking verkrijgt steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen." Deze vereisten dienen ter bescherming van de financiële belangen van de obligatiehouders gedurende de gehele looptijd van de obligatieovereenkomsten. Aangezien [naam 3] nalaat om [naam 1] van voldoende fondsen te voorzien bij gebrek aan liquide middelen, kan geen sprake zijn van een verplichting met een onvoorwaardelijk karakter. De verplichting is de facto afhankelijk gemaakt van het kunnen beschikken over liquide middelen door [naam 3]. Als gevolg hiervan voldoet [naam 1] in ieder geval per 30 juni 2011 (de datum waarop de rente over het tweede kwartaal aan de obligatiehouders verschuldigd werd) niet langer aan de criteria van artikel 3:2 van de Wft en is de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft onverminderd van toepassing op [naam 1].

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft de beroepen van [naam 1] en [naam 2] gegrond verklaard. De rechtbank heeft de bestreden besluiten vernietigd, de boetebesluiten herroepen en bepaald dat haar uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde besluiten. Daartoe heeft de rechtbank, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen.

"3.6. Om een bestuurlijke boete te kunnen opleggen moet de door DNB voorgestane ruime uitleg van het begrip onvoorwaardelijke verplichting met voldoende duidelijkheid uit de tekst of totstandkomingsgeschiedenis van de wet kunnen worden afgeleid. Dat is naar het oordeel van de rechtbank niet het geval. Artikel 3:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft – zoals dit artikel luidde ten tijde hier van belang – biedt obligatiehouders geen rechten of garanties, maar beperkt risico's die zich in praktijk kunnen voordoen. Naast de eerder genoemde eisen zijn er geen nadere (financiële) voorwaarden genoemd.

De door de moedermaatschappij ([naam 3]) geboden overeenkomst met daarin opgenomen de onvoorwaardelijke verplichting de dochtermaatschappij ([naam 1]) steeds van voldoende fondsen te voorzien is een vorm van zekerheid voor obligatiehouders wier geld wordt uitgezet bij een andere entiteit binnen het desbetreffende concern en dient ter bescherming van de obligatiehouders voor het geval de dochtervennootschap haar financiële verplichtingen niet kan nakomen. Het is aan de dochtermaatschappij ([naam 1]) of andere vorderingsgerechtigden (obligatiehouders, verenigd in de Stichting [naam 1]) om van dat vorderingsrecht al dan niet gebruik te maken. Dat [naam 3] naar eigen zeggen niet langer over voldoende liquide middelen beschikt, sinds 30 juni 2011 haar financiële verplichtingen niet langer nakomt en [naam 1] en de obligatiehouders daarin uiteindelijk hebben berust, betekent niet dat de onvoorwaardelijke verplichting uit de instandhoudingsovereenkomst juridisch gezien niet langer bestond. Nakoming kon nog steeds gevorderd worden. Er werd steeds voldaan aan de tekst van de wet en daarmee ook aan de uitzondering.

Overigens acht de rechtbank van belang dat [naam 1] ongeveer anderhalf jaar lang rente heeft uitbetaald aan haar obligatiehouders en door DNB niet is gesteld en ook overigens niet is gebleken van een (frauduleuze) constructie als bedoeld in de uitspraak van 22 mei 2014 van deze rechtbank om het bankverbod te omzeilen.

3.7. Het beroep van DNB op het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1995 (**JOR 1996/6** (m.nt. Grundmann-van de Krol; red.)) leidt niet tot een ander oordeel. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de voorloper van het huidige artikel 3:2 van de Wft (artikel 3 van de Ministeriële Regeling van 4 februari 1993 ter uitvoering van artikel 1, derde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992) alleen van toepassing is zolang aan alle daarin gestelde vereisten is voldaan, hetgeen hier ook is gezien. Nog afgezien van het feit dat de (oude) wettekst afwijkt van de in geding zijnde tekst, is de feitelijke situatie in het genoemde arrest niet vergelijkbaar met de onderhavige situatie, nu daar de onderneming niet langer onder de uitzonderingsbepaling viel door overname van een onderneming waardoor de helft van de kredietuitzettingen buiten het concern (de moeder-dochter relatie) kwam te vallen.

3.9. [College, hier is bedoeld 3.8] Dat de wetgever met de Wijzigingswet Financiële Markten 2015 artikel 3:2 van de Wft met ingang van 1 januari 2015 heeft aangepast op dit punt en in de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2013/14, nr. 3) wordt vermeld dat de aanpassing een verduidelijking betreft, kan niet leidend zijn voor de beoordeling ten tijde hier van belang. Voorafgaand aan een overtreding dient de norm die daaraan ten grondslag wordt gelegd duidelijk uit de wettekst en toelichting te blijken. Uit de tekst van en toelichting op het artikel, zoals geldend ten tijde van de overtreding, blijkt niet van de uitleg zoals deze nu is gegeven bij de wetwijziging.

4. Gelet op het hiervoor overwogene is de rechtbank van oordeel dat van overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft geen sprake is, omdat de uitzondering van artikel 3:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft ook op en na 30 juni 2011 van toepassing was op [naam 1]. DNB was daarom niet bevoegd aan eisers een bestuurlijke boete op te leggen."

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. De Wft luidt, voor zover en ten tijde hier van belang, als volgt:

"Artikel 2:11

1. Het is een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2.

(...)

Artikel 3:2

1. Het in dit deel bepaalde met betrekking tot het uitoefenen van het bedrijf van bank is niet van toepassing op het, zonder een door de Nederlandsche Bank of door een toezichhoudende instantie van een andere lidstaat verleende vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank, buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen als gevolg van het aanbieden van effecten in overeenstemming met het ingevolge hoofdstuk 5.1 bepaalde, voorzover degene die de gelden ter beschikking verkrijgt zorg draagt voor:

a. (...);

b. een overeenkomst, aangegaan met een onderneming waarvan degene die de gelden ter beschikking verkrijgt dochtermaatschappij is en die een geconsolideerd eigen vermogen heeft dat gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst positief is, op grond van welke overeenkomst de onvoorwaardelijke verplichting bestaat voor die onderneming om degene die de gelden ter beschikking verkrijgt steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen; of

c. (...).

2. Het eerste lid is slechts van toepassing voorzover degene die de gelden ter beschikking verkrijgt, deze voor ten minste 95 procent van zijn balanstotaal uitzet binnen het concern waartoe hij behoort. Onder een concern wordt verstaan de gezamenlijkheid van een rechtspersoon en haar dochtermaatschappijen.

3. (...)."

4.1. DNB betoogt dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat geen sprake is van overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft omdat de uitzondering van artikel 3:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft ook op en na 30 juni 2011 nog van toepassing zou zijn op [naam 1]. Daartoe voert zij drie hogerberoepsgronden aan.

4.2. Met de eerste hogerberoepsgrond keert DNB zich tegen de uitleg die de rechtbank heeft gegeven aan artikel 3:2 van de Wft. Volgens DNB strekt dat artikel tot bescherming van de obligatiehouders, zoals ook tot uitdrukking komt in de wetsgeschiedenis, en geeft het hun rechten in de vorm van een aanspraak op het bepaalde in de Instandhoudingsovereenkomst. De Instandhoudingsovereenkomst dient dan ook daadwerkelijk bescherming te bieden aan de obligatiehouders en dient ervoor te zorgen dat er steeds voldoende fondsen zijn zodat de concernfinancieringsmaatschappij ([naam 1]) volledig en tijdig kan voldoen aan haar verplichtingen jegens de obligatiehouders. De Instandhoudingsovereenkomst kan niet slechts een lege huls zijn, maar moet een onvoorwaardelijke verplichting inhouden die ertoe strekt dat de onderneming die de gelden ter beschikking verkrijgt steeds van voldoende fondsen moet worden voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen. In dit geval bleek de Instandhoudingsovereenkomst waardeloos op het moment dat [naam 1] niet meer aan haar verplichtingen jegens de obligatiehouders kon voldoen. Van een onvoorwaardelijke verplichting was geen sprake, aangezien het nakomen van de Instandhoudingsovereenkomst afhankelijk was gesteld van de aanwezigheid van voldoende liquide middelen bij de moedermaatschappij [naam 3] en [naam 3] naar eigen zeggen over onvoldoende liquide middelen beschikte. Die gang van zaken is volgens DNB in strijd met de tekst en de ratio van de wet. Vanaf het moment dat het onvoorwaardelijk karakter van de Instandhoudingsovereenkomst is vervallen, herleefde voor [naam 1] het vereiste van artikel 2:11 van de Wft te beschikken over een vergunning voor het voeren van het bedrijf van bank. [naam 1] beschikte daarover niet, zodat sprake is van een overtreding van het bankverbod. DNB wijst erop dat in dat verband niet van belang is dat [naam 1] anderhalf jaar lang rente heeft betaald, nu die omstandigheid aan de overtreding van het bankverbod vanaf 30 juni 2011 niet afdoet.

4.3. De tweede hogerberoepsgrond is gericht tegen de overweging van de rechtbank dat het beroep van DNB op het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1995 (JOR 1996/6) niet tot een ander oordeel leidt. Volgens DNB heeft dit arrest wel degelijk betekenis voor de uitleg van de uitzondering op het bankverbod als hier aan de orde. Uit dat arrest blijkt dat de Hoge Raad van oordeel is dat de uitzonderingsbepaling op het bankverbod strikt moet worden uitgelegd en op het moment dat daaraan niet meer wordt voldaan de behoefte aan bescherming van de belangen van de geldgevers herleeft. De reden waarom niet meer aan de uitzonderingsbepaling wordt voldaan is in dat kader niet relevant.

4.4. Met haar derde hogerberoepsgrond bestrijdt DNB de overweging van de rechtbank dat de toelichting bij de Wijzigingswet niet leidend kan zijn voor de beoordeling ten tijde hier van belang. Voorafgaand aan een overtreding dient de norm die daaraan ten grondslag wordt gelegd duidelijk uit de wettekst en de toelichting te blijken. DNB meent dat dit het geval was. In de tekst van artikel 3:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft is dit aangegeven met de zinsnede “steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan haar verplichtingen te voldoen”. Op dit punt is artikel 3:2 van de Wft bij de Wijzigingswet Financiële Markten 2015 (Wijzigingswet) niet gewijzigd ten opzichte van de oude versie van het artikel. Dat alleen sprake is van een verduidelijking onderbouwt DNB met een verwijzing naar de toelichting bij de Wijzigingswet (Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3, p. 15).

5. [naam 1] en [naam 2] betogen dat de ten tijde hier van belang geldende tekst van artikel 3:2, eerste lid, onder b, van de Wft duidelijk is en slechts vereist een “onvoorwaardelijke verplichting” van de moedermaatschappij. In de Instandhoudingsovereenkomst is een dergelijke onvoorwaardelijke verplichting opgenomen. Dat voldeed ook volgens DNB ten tijde van het aantrekken van de opvorderbare gelden en die bepaling is nimmer gewijzigd. De enige financieringseis die ten aanzien van de moedermaatschappij wordt gesteld is dat deze gedurende de gehele looptijd over een positief eigen vermogen beschikt. De wetgever heeft niets gezegd over de liquiditeit van de moedermaatschappij. Mede op verzoek van DNB heeft de wetgever artikel 3:2 van de Wft gewijzigd met de Wijzigingswet, echter uitdrukkelijk zonder terugwerkende kracht (artikel XIX van de Wijzigingswet). Van overtreding van het bankverbod is dan ook geen sprake. [naam 1] en [naam 2] wijzen op de uitspraak van het College van 17 juni 2016, («JOR» 2016/202, m.nt. Lieverse; red.), (ECLI:NL:CBB:2016:151). In die uitspraak vinden zij steun voor de opvatting dat de Instandhoudingsovereenkomst, ook vanaf 30 juni 2011, een onvoorwaardelijke verplichting voor [naam 3] inhield, zodat [naam 1] voldeed aan de uitzondering op het bankverbod.

6.1. Het College stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 17 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:372, r.o. 6.1 en de uitspraak van het College van 28 november 2013, («JOR» 2014/41, m.nt. 't Hart; red.), ECLI:NL:CBB:2013:260, r.o. 5.5) het lex certa-beginsel, dat onder meer besloten ligt in artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze een verboden gedraging omschrijft. Dat vereist naar het oordeel van het College in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.

6.2. Ter beoordeling van het College staat de vraag of de door DNB voorgestane uitleg van artikel 3:2 van de Wft op basis van de ten tijde van belang geldende wettekst en daarbij behorende toelichting (Kamerstukken 2004-2005, 29 708, nr. 10, p. 195-196) voldoende duidelijk en bepaald is en die uitleg voor [naam 1] en [naam 2] kenbaar was. Bij die beoordeling kan naar het oordeel van het College geen zelfstandige betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de wetgever in de bij de Wijzigingswet behorende toelichting (Kamerstukken II 2013/14, 33 918, nr. 3, p. 15) stelt de in artikel 3:2 van de Wft neergelegde voorwaarden slechts te hebben verduidelijkt en daarmee te hebben bevestigd dat reeds geldend recht is dat de moeder de garantie of verplichting ook daadwerkelijk op elk moment moet kunnen nakomen. Het College stelt vast dat die door de wetgever gestelde verduidelijking, wat daar verder ook van zij, ten tijde van belang nog niet gegeven was.

6.3. Het College stelt voorts vast dat uit de door [naam 3], [naam 1] en de Stichting gesloten Instandhoudingsovereenkomst voor [naam 3] de verplichting voortvloeit om [naam 1] steeds van voldoende fondsen te voorzien. [naam 3] heeft aan die verplichting geen voorwaarden verbonden. Daarmee staat vast dat sprake is van een “onvoorwaardelijke verplichting” als genoemd in artikel 3:2, eerste lid aanhef en onder b, van de Wft. De omstandigheid dat [naam 3] zich op een later moment gedurende de looptijd van de Instandhoudingsovereenkomst op het standpunt heeft gesteld dat zij bij gebrek aan voldoende liquide middelen feitelijk niet kan voldoen aan haar uit de Instandhoudingsovereenkomst voortvloeiende verplichting, doet aan het onvoorwaardelijke karakter van de door [naam 3] aangegane verplichting niet af.

6.4. De door DNB bepleite uitleg vindt naar het oordeel van het College onvoldoende steun in de tekst van de wet zoals die ten tijde hier van belang luidde en is verklaard in de daarbij behorende toelichting in de Nota van wijziging. De Nota van wijziging vermeldt onder meer het volgende (Kamerstukken 2004-2005, 29 708, nr. 10, p. 196):

“Evenals in artikel 3, eerste lid, onderdelen a, b en c, van de Vrijstellingsregeling Wtk 1992 wordt in het eerste lid bepaald dat respectievelijk een onvoorwaardelijke garantie, een instandhoudingsovereenkomst of een bankgarantie aanwezig dient te zijn wanneer opvorderbare gelden buiten besloten kring worden aangetrokken van anderen dan professionele marktpartijen tegen de uitgifte van effecten of genoemde beleggingsobjecten. Daarbij moet voldaan zijn aan hetgeen met betrekking tot effecten en beleggingsobjecten is bepaald bij of krachtens hoofdstuk 3.5. In onderdeel a is bepaald dat de holding of de subholding zich onvoorwaardelijk garant mag stellen voor de verplichtingen van de onderneming die de opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt. Voorts is ook een bankgarantie of een instandhoudingsovereenkomst (keep-well-agreement) aangegaan door de holding of de subholding toegestaan (onderdelen b en c). Zowel bij de onvoorwaardelijke garantie als bij de instandhoudingsovereenkomst geldt dat de onderneming die de onvoorwaardelijke garantie afgeeft of de instandhoudingsovereenkomst aangaat, een positief geconsolideerd eigen vermogen dient te hebben gedurende de gehele looptijd van de garantie of de overeenkomst.”

Uit de wettekst en de hiervoor weergegeven toelichting blijkt naar het oordeel van het College niet dat aan de financiële positie van de moedermaatschappij die de onvoorwaardelijke verplichting op zich heeft genomen om de concernfinancieringsmaatschappij steeds van voldoende fondsen te voorzien, een andere voorwaarde wordt gesteld dan dat het geconsolideerd eigen vermogen gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst positief is. Het College stelt daarmee vast dat de wetgever ten tijde van belang niet als voorwaarde had gesteld dat voldoende liquide middelen beschikbaar dienen te zijn om feitelijk aan de, uit de instandhoudingsovereenkomst voortvloeiende, onvoorwaardelijke verplichting te kunnen voldoen. Naar het oordeel van het College kan het ontbreken van een dergelijk vereiste, dat de wetgever bij de Wijzigingswet kennelijk heeft onderkend en met de aangehaalde wetswijziging heeft weggenomen, niet aan [naam 1] en [naam 2] worden tegengeworpen.

6.5. Het arrest van de Hoge Raad van 15 december 1995 (JOR 1996/6) waarnaar DNB verwijst, werpt naar het oordeel van het College geen ander licht op het voorgaande. Dit arrest biedt geen aanknopingspunten voor de door DNB bepleite uitleg van het begrip “onvoorwaardelijke verplichting” in artikel 3:2, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft.

7. Gelet op het voorgaande slagen de hogerberoepsgronden van DNB niet en is het hoger beroep ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

8. Het College veroordeelt DNB in de door [naam 1] en [naam 2] gemaakte proceskosten. (...; red.).

9. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt van DNB een griffierecht (...; red.) geheven.

Beslissing

Het College:

- bevestigt de aangevallen uitspraak;
- veroordeelt DNB in de proceskosten (...; red.).

Noot

Inleiding

1. Uit deze fundamentele en voor de praktijk belangrijke uitspraak blijkt dat het CBb steeds vaker een kritische houding aanneemt ten opzichte van het op eigen wijze invullen door DNB van onduidelijke begrippen in de Wft. Deze uitspraak is een vervolg op Rb. Rotterdam 17 december 2015, [«JOR» 2016/97](#), m.nt. Affourtit en Hiebendaal.

2. In deze noot richt ik me voornamelijk op de uitleg van het CBb van het lex certa-beginsel, en de door het CBb in deze uitspraak voorgestane wijze van interpretatie van Wft-begrippen. De toegestane interpretatieruimte is voor de toezichtrechtelijke adviespraktijk van groot belang. Een goed toezichtadvies bestaat namelijk niet alleen uit een omschrijving van de relevante Wft-bepalingen, maar geeft ook een verwachting over hoe de toezichthouder (DNB en de AFM) de relevante bepalingen uitlegt. Daarbij is natuurlijk van groot belang hoe die toezichthouder de bepaling mag uitleggen.

Feiten en verloop procedure

3. Deze uitspraak past in een recente reeks uitspraken over de reikwijdte van de uitzondering op het bankverbod ten behoeve van concernfinancieringsmaatschappijen (art. 3:2 Wft). Zie bijvoorbeeld CBb 20 mei 2016, [«JOR» 2016/240](#), m.nt. Lieverse, CBb 17 juni 2016, [«JOR» 2016/202](#), m.nt. Lieverse en CBb 7 maart 2016, [«JOR» 2016/131](#), m.nt. Bierman.

4. Kort gezegd trok verweerster vanaf 2009 opvorderbare gelden van het publiek aan en zette deze voor eigen rekening als krediet uit. Zij kwalificeerde dus als bank. Nu zij daarbij gebruikmaakte van een “keep well agreement” van haar moedermaatschappij, meende zij dat zij daarmee voldeed aan de concernfinancieringsmaatschappij-uitzondering van art. 3:2 Wft op het bankverbod. Vanaf de zomer van 2011 kon de moedermaatschappij vanwege een gebrek aan liquide middelen echter niet meer aan haar verplichtingen onder de keep well agreement voldoen en werd de constructie beëindigd.

5. DNB was van mening dat de door de moedermaatschappij afgegeven keep well agreement niet voldeed aan de vereisten van art. 3:2 lid 1, aanhef en onder b, Wft. Art. 3:2 lid 1, aanhef en onder b, Wft eist dat de partij die de keep well agreement afgeeft de “onvoorwaardelijke verplichting” heeft om degene die de gelden ter beschikking verkrijgt “steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen”. Omdat de moedermaatschappij in dit geval naliet om verweerster van voldoende fondsen te voorzien bij gebrek aan liquide middelen, kon – volgens DNB – geen sprake zijn van een verplichting met een onvoorwaardelijk karakter. De verplichting was daarmee volgens DNB de facto voorwaardelijk gemaakt van het

kunnen beschikken over liquide middelen door de moedermaatschappij.

6. DNB voerde hierbij aan dat de wetgever met de Wijzigingswet Financiële Markten 2015 art. 3:2 Wft met ingang van 1 januari 2015 heeft aangepast met het oog op situaties als deze, en dat die aanpassing volgens de wetgever slechts ter verduidelijking was. Sinds deze wetwijziging bepaalt art. 3:2 Wft in lid 2 dat de moedermaatschappij er in de keep well agreement zorg voor moet dragen dat de concernfinancieringsmaatschappij “de verplichtingen die voortvloeien uit het ter beschikking krijgen van de terugbetaalbare gelden op elk moment kan nakomen”.

7. De MvT (Kamerstukken II 2013/14, nr. 3) vermeldt in dat kader het volgende:

“Dat de moeder de garantie of verplichting ook daadwerkelijk op elk moment moet kunnen nakomen, is reeds geldend recht. In de huidige wet volgt dit uit het woord ‘onvoorwaardelijk’. De nu aan de orde zijnde wijziging dient dan ook slechts ter verduidelijking.”

8. Nu slechts van een verduidelijking sprake was had verweerder volgens DNB ook al in de periode 2009-2011 aan deze aanvullende eis moeten voldoen. De rechtbank ging niet mee met deze ruime uitleg van het begrip “onvoorwaardelijke verplichting” door DNB.

Uitleg Wft-normen

9. De Wft en nadere regelgeving vormen een moeilijk te doorgronden wettelijk systeem met een groot aantal open normen en begrippen. Tot niet heel lang geleden leek het of de toezichthouder bij het uitleggen van deze Wft-normen nagenoeg vrij spel had. Financiële ondernemingen zijn – ten aanzien van hun toezichthouder – procedure-avers; zij moeten immers de relatie met hun dagelijkse toezichthouder goed houden. Ook kreeg de toezichthouder in de zaken die werden gevoerd vaak gelijk van de Rechtbank Rotterdam en het CBb. Dit leidde ertoe dat de toezichthouders makkelijker konden handhaven in gevallen die niet strikt genomen verboden, maar in de ogen van de toezichthouder wel onwenselijk, waren (conform de toezichthoudersfilosofie van Harvard-hoogleraar Malcolm Sparrow, zie hierover ook Rb. Rotterdam 6 februari 2014, [«JOR» 2014/105](#), m.nt. Roth en Roepnarain).

10. In het laatste, pakweg, anderhalf jaar lijkt er echter van enige kentering sprake. Steeds vaker stellen de Rechtbank Rotterdam en het CBb grenzen aan de wijze waarop toezichthouders Wft-normen invullen of toepassen. Zie in dit kader bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 december 2015, [«JOR» 2016/65](#), m.nt. Nuijten en CBb 3 mei 2016, [«JOR» 2016/198](#), m.nt. Nuijten.

Het lex certa-beginsel en de praktische toepassing

11. Ook in deze zaak gaat het om een ruime uitleg door DNB van een Wft-begrip: de “onvoorwaardelijke verplichting” om “steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen” als bedoeld in art. 3:2 lid 1, aanhef en onder b, Wft. Daarbij blijkt met name het spanningsveld tussen de letterlijke tekst van de Wft en de vermeende ratio van belang.

12. Volgens DNB was de gang van zaken in onderhavige zaak in strijd met de tekst en de ratio van de wet. Daarnaast was de wetwijziging van 2015 slechts een verduidelijking van een reeds bestaande eis, en gold deze uitleg dus ook al voor de wetwijziging.

13. Het CBb begint met het vooropstellen van het lex certa-beginsel (r.o. 6.1) dat “van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze een verboden gedraging omschrijft. Dat vereist naar het oordeel van het College in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn.” [curs. BB]

14. Vervolgens geeft het CBb enkele praktische handvatten voor de uitleg van een Wft-begrip door de toezichthouder. Deze kunnen erg nuttig zijn bij de advisering over een Wft-vraagstuk. Bepalend is of de door de toezichthouder voorgestane uitleg:

(i) voldoende duidelijk en bepaald was op basis van de tijdens de gedragingen geldende (a) wettekst en (b) daarbij behorende toelichting, en

(ii) voor de onder toezicht staande partij kenbaar was.

15. Het CBb stelt in dat verband dat er geen betekenis kan toekomen aan de omstandigheid dat de wetgever in een latere toelichting bij een wet stelt een bepaling te hebben verduidelijkt (en daarin aangeeft dat iets “geldend recht” was). Dat is een belangrijke constatering omdat de wetwijzigingen in de Wft door de wetgever met enige regelmaat als een verduidelijking worden gepresenteerd.

16. Opvallend is dat het CBb in de uitspraak wat betreft de uitleg van de norm uitsluitend verwijst naar de wettekst en toelichting van de wetgever, en niet naar interpretaties/guidance/overwegingen van de toezichthouder zélf (via bijvoorbeeld de website). Enerzijds is dat logisch omdat het lex certa-beginsel met name een opdracht aan de wetgever is tot het maken van duidelijke wetgeving. Van de andere kant is nu juist bij toezichtwetgeving een grote hoeveelheid 'pseudo-wetgeving' van de toezichthouders. De uitspraak laat in het midden in hoeverre deze toezichthouderstoelichtingen relevant zijn met het oog op het lex certa-beginsel.

17. Hoewel het CBb in het licht van het lex certa-beginsel verwijst naar vaste jurisprudentie, is vermeldenswaardig dat een beroep op dit beginsel in het financiële recht zelden leidt tot een positieve uitkomst voor degene jegens wie een maatregel is genomen. Geregeld overweegt de bestuursrechter in reactie op een dergelijk verweer dat de juiste uitleg van de wet voor een professionele marktpartij duidelijk had moeten zijn of dat de betreffende partij zich tot de toezichthouder had kunnen wenden. Dit gaat echter voorbij aan de kern: was de norm als zodanig duidelijk? En als dat niet zo is: kan een toezichthouder die norm dan invullen, waarna alsnog bestraffing ter zake van een vage norm mogelijk is?

18. Deze uitspraak staat niet op zichzelf. Het CBb heeft zich recent ook in een ander verband uitgesproken over de vele open normen die de Wft rijk is en de discussies die deze normen kunnen opleveren. Het CBb gaf een reactie (28 februari 2017) op de consultatie door het ministerie van Financiën van een voorgenomen herziening van de Wft. Daarin merkt het CBb op dat het hanteren van open normen specifiek bij handhavingsbesluiten leidt tot "interpretatiediscussies en tot debat over de vraag in hoeverre de regelgeving in overstemming is met het 'lex certa'-beginsel". Daarbij geeft het CBb aan dat de toelichting bij de bepalingen van de Wft in de wetsgeschiedenis niet steeds voldoende aanknopingspunten biedt. Volgens het CBb verdient dit dan ook aandacht in het kader van een eventuele herziening van de Wft.

19. Het oordeel van het CBb kan in dit licht gelezen worden als een verkapt verzoek aan de wetgever om voor heldere wetsteksten en toelichting te zorgen. Dat kan met name bij implementatie van Europese financieelrechtelijke regelgeving een grote uitdaging zijn. De hoop is dan ook dat een herziening van de Wft tot een voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar regelgevend kader leidt.

Tot slot

20. Deze uitspraak lijkt overigens enigszins af te wijken van een recente CBb-uitspraak over art. 3:2 Wft (CBb 7 maart 2016, **«JOR» 2016/131**, m.nt. Bierman). Daarin wees het CBb een beroep tegen een strenge uitleg door DNB van een voorwaarde van dat artikel af met de enkele mededeling dat zij "geen grond [ziet] om van de strikte voorwaarden van art. 3:2 Wft af te wijken". Kennelijk oordeelde het CBb daar dat de letterlijke uitzonderingsvoorwaarden uit de Wft-bepaling strikt dienden te worden nageleefd.

21. Zo bezien lijken beide uitspraken veel op elkaar: hoewel met een voor verweerster en de toezichthouder geheel andere uitkomst. In beide gevallen staat het CBb een vrij letterlijke, formalistische, kenbare benadering van de Wft-normen voor. En dat is, gelet op de duidelijkheid en het voorkomen van rechtsonzekerheid, misschien maar beter ook.

mr. B. Bierman, advocaat financieel recht bij Finnius te Amsterdam
