

**JOR 2016/131 CBB, 07-03-2016, 14/170, ECLI:NL:CBB:2016:54 Bestuurlijke boete, Zonder vergunning bedrijf van bank uitoefenen, Kwalificatie als bank onder definitie van art. 1:1 Wft (oud), Beschermingsdoel van vergunningplicht, Feitelijk leidinggeven aan verboden gedraging, Hoger beroep ongegrond, Vervolg op Rb. Rotterdam 6 februari 2014, «JOR» 2014/105, m.nt. Roth en Roepnarain**

<b>Publicatie</b>	JOR 2016 afl. 5
<b>Publicatiedatum</b>	11 mei 2016
<b>College</b>	CBB
<b>Uitspraakdatum</b>	07 maart 2016
<b>Rolnummer</b>	14/170 LJN <a href="#">ECLI:NL:CBB:2016:54</a>
<b>Rechter(s)</b>	mr. Eggeraat mr. Van Duuren mr. Van den Berk
<b>Partijen</b>	Appellant, gemachtigde: mr. F.M.A. 't Hart, tegen De Nederlandsche Bank NV (DNB) gemachtigden: mr. C.M. Bitter en mr. M.L. Batting.
<b>Noot</b>	mr. B. Bierman
<b>Trefwoorden</b>	Bestuurlijke boete, Zonder vergunning bedrijf van bank uitoefenen, Kwalificatie als bank onder definitie van art. 1:1 Wft (oud), Beschermingsdoel van vergunningplicht, Feitelijk leidinggeven aan verboden gedraging, Hoger beroep ongegrond, Vervolg op Rb. Rotterdam 6 februari 2014, «JOR» 2014/105, m.nt. Roth en Roepnarain,
<b>Regelgeving</b>	<a href="#">Wft - 2:11</a> <a href="#">Wft - 3:2</a>

### Samenvatting

Niet in geschil is dat de stichting buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen ter beschikking heeft gekregen. Appellant voert hiertegen aan dat art. 2:11 Wft niet is overtreden omdat op de eerste plaats geen sprake was van kredietuitzettingen aan een ander. Niet relevant is echter of de geldgever en de geldnemer als één onderneming kunnen worden aangemerkt. Gelet op het beschermingsdoel van de vergunningplicht voor banken, ligt het niet in de rede om een beperkte uitleg aan het begrip bank te geven. Anders dan door appellant is aangevoerd is het College op de tweede plaats van oordeel dat de stichting voor eigen rekening kredietuitzettingen heeft verricht. Voor zover appellant in de derde plaats stelt dat geen sprake is van 'geregeld en stelselmatig' gelden aantrekken omdat een vergelijking kan worden gemaakt met de financiering door een holding van zijn werkmaatschappijen, oordeelt het College dat van een met een holdingstructuur vergelijkbare samenhang tussen appellant en de juridische entiteit ten behoeve waarvan de obligatielening werd aangetrokken en uitgezet niet is gebleken, zodat de vergelijking niet op gaat.

In lagere instantie is derhalve terecht geoordeeld dat de stichting de in art. 2:11 Wft neergelegde verbodsbepaling heeft overtreden door zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen.

Het College deelt het oordeel van de rechtbank dat uit de bescherming die het bankverbod beoogt te bieden voortvloeit dat eerst met de volledige terugbetaling van de gelden een einde komt aan de uitoefening van het bankbedrijf. Als geen vergunningplicht meer zou bestaan na de laatste uitzetting dan zou op dat moment ook een einde komen aan de verplichtingen die gelden voor de uitoefening van het bankbedrijf en aan het (prudentiële) toezicht, terwijl zich op dat moment nog wel opvorderbare gelden onder de bank bevinden.

De rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat appellant als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.

Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de gedraging is op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, de feitelijke hoofdactiviteit – en in wezen enige activiteit – van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen, dan is in beginsel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurd rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. De feiten en omstandigheden van dit geval staven dat appellant kan worden gezien als feitelijk leidinggevende aan de verboden gedraging.

Het hoger beroep is dan ook ongegrond.

## **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. Het College volstaat met het volgende.

1.2. Bij besluit van 9 november 2012 (boetebesluit) heeft DNB appellant een boete opgelegd van € 150.000,- vanwege het feitelijk leidinggeven aan overtreding van het bankverbod van artikel 2:11 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door [stichting] (hierna: stichting). Hiertoe heeft DNB samengevat het volgende overwogen. Naar aanleiding van informatie verkregen van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft DNB onderzoek gedaan. Uit dit onderzoek blijkt dat de stichting door het uitgeven van obligaties opvorderbare gelden heeft aangetrokken van niet professionele marktpartijen. De stichting heeft deze gelden doorgeleend aan [naam 2] GmbH ([naam 2]). In de periode van 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012 kwalificeert de stichting als bank. De stichting beschikte hierbij niet over een vergunning en was ook niet op grond van artikel 2:11, tweede lid, van de Wft uitgezonderd van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

Appellant is sinds de oprichting bestuurder van de stichting samen met de heer [naam 3] (hierna: medebestuurder) en [naam 4] B.V. De medebestuurder is op 17 november 2011 overleden.

Appellant heeft als bestuurder feitelijk leiding gegeven aan de overtreding. Hij was op de hoogte van de gedragingen die leidden tot de overtreding, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtreding werd begaan. Appellant was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen. Appellant heeft dit nagelaten.

1.3. Bij haar besluit van 1 mei 2013, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft DNB het bezwaar van appellant tegen het boetebesluit ongegrond verklaard.

### ***Uitspraak rechtbank***

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant ongegrond verklaard. Voor de overwegingen die de rechtbank tot dat oordeel hebben geleid wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak.

### ***Beoordeling van het geschil in hoger beroep***

3. Appellant heeft de aangevallen uitspraak op diverse onderdelen bestreden. In het navolgende zal het College de aangevoerde gronden, gerubriceerd naar onderwerp beoordelen. Daarbij zal het College per geschilpunt na een – samengevatte – weergave van de standpunten van partijen, de beoordeling laten volgen.

#### *4. Bevoegdheid van DNB tot het instellen van een onderzoek*

4.1. Appellant voert aan dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat DNB bevoegd was tot het instellen van een onderzoek. De rechtbank verzuimt onderscheid te maken tussen het uitoefenen van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden met het oog op haar reguliere taakuitoefening en de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden die betrekking hebben op opsporing en bestraffing van met de wet strijdige activiteiten. Dit is een rechtens relevant onderscheid, aangezien anders de bescherming van justitiabelen tegen toepassing van strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden zonder dat daartoe aanleiding is, illusoir zou worden. De redenering van de rechtbank zou er toe kunnen leiden dat opsporing plaatsvindt door de uitoefening en toepassing van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden en aansluitend handhaving via het strafrecht geschiedt. Appellant betoogt niet dat niet tot bestuursrechtelijk handhaving mag worden overgegaan als uit de informatie die verkregen is na uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden blijkt dat (mogelijk) een strafbaar feit is begaan. Deze situatie dient echter te worden onderscheiden van de situatie waarin al voorafgaand aan de uitoefening van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden het vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Daarvan was in casu sprake. DNB had zich moeten beperken tot een beoordeling van de door AFM aan haar voorgelegde constructie maar heeft er voor gekozen om basis daarvan bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden uit te oefenen.

4.2. DNB stelt zich op het standpunt dat de uitleg van appellant geen steun vindt in het recht en sluit aan bij de overwegingen van de rechtbank. Hier doet zich niet de situatie voor dat met behulp van toezichtsbevoegdheden strafrechtelijk tegen een overtreding wordt opgetreden. In het kader van haar onderzoek heeft DNB geen bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden ingezet. Ook daarom gaat het betoog van appellant, dat er toe strekt dat geen bestuursrechtelijke bevoegdheden mochten worden ingezet, niet op.

4.3. De hoger beroepsgrond van appellant faalt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het gebruik van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden, anders dan het gebruik van strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden, niet is gebonden aan het bestaan van een vermoeden dat een wettelijk voorschrift is overtreden. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat, zoals appellant lijkt te betogen, geen bestuursrechtelijke bevoegdheden

mogen worden uitgeoefend als voorafgaand aan de uitoefening van die bevoegdheden het vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Voor zover sprake is van een samenloop van de mogelijkheid van bestuursrechtelijk beboeting met strafvervolgning, gelden de in artikel 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen voorschriften.

## 5. *Cautie*

5.1. Appellant voert aan dat, indien DNB al de bevoegdheid toekwam tot het instellen van een onderzoek over te gaan, DNB die bevoegdheid onrechtmatig heeft uitgeoefend door haar plicht om appellant de cautie te geven meermaals te schenden. Op grond van de mededelingen van de AFM van 12 januari 2011 en 4 juli 2011 had DNB een redelijk vermoeden dat de stichting danwel appellant mogelijkwijs een economisch delict zouden hebben gepleegd. Tijdens de eerste gesprekken op 26 juli 2011 en 13 januari 2012 heeft DNB aan appellant geen cautie gegeven, terwijl DNB ter onderbouwing van haar oordeel wel wijst op de verslagen van deze gesprekken. Eerst op 27 maart 2012, bijna een jaar na de brief van AFM, geeft DNB appellant de cautie.

5.2. DNB stelt zich op het standpunt dat DNB de cautie op tijd heeft gegeven. Noch op 12 januari 2011, noch op 4 juli 2011 is vastgesteld dat de stichting artikel 2:11 Wft had overtreden. Nog veel minder had DNB toen al het voornemen een bestuurlijke boete op te leggen, zodat er toen geen aanleiding was de cautie te geven. Nadat DNB had vastgesteld dat sprake was van een overtreding en zij voornemens was een boete op te leggen, heeft DNB de cautie gegeven. Bij het bezoek van 15 maart 2012 heeft DNB voor het eerst de cautie gegeven.

5.3. Het College is van oordeel dat ten tijde van de gesprekken op 26 juli 2011 en 13 januari 2012 nog geen sprake was van een "criminal charge". Uit de verslagen van die gesprekken en ook uit de overige relevante stukken blijkt niet dat toen al ten aanzien van appellant een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kon ontlenen dat hem een bestuurlijke boete zou worden opgelegd. Ten tijde van die gesprekken gold daarom geen cautieplicht. Tijdens het bedrijfsbezoek op 15 maart 2012 hebben de toezichthouders van DNB appellant meegedeeld dat zij onderzoek doen naar een mogelijke overtreding van artikel 2:11 Wft. Zij hebben appellant er op gewezen dat DNB een boete kan opleggen in geval een overtreding wordt vastgesteld. De toezichthouders hebben appellant vervolgens de cautie gegeven.

De conclusie is dat geen sprake is van een schending van de cautieplicht.

## 6. *Overtreding*

6.1. Op grond van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen. Op grond van het tweede lid van dit artikel geldt de vergunningplicht niet voor degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft (concernfinancieringsmaatschappijen).

Op grond van artikel 1:1 van de Wft wordt onder bank verstaan: degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen.

6.2. Niet in geschil is dat de stichting buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen ter beschikking heeft gekregen.

Appellant voert aan dat geen sprake is van overtreding van artikel 2:11 van de Wft, omdat geen sprake was kredietuitzettingen, de stichting niet voor eigen rekening gelden heeft uitgezet en er geen sprake was van bedrijfsmatig handelen door de stichting. Subsidiair stelt appellant zich op het standpunt dat de stichting voldeed aan de vereisten voor vrijstelling als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft.

Het College zal hieronder puntsgewijs ingaan op hetgeen appellant over de overtreding heeft aangevoerd. Het College zal niet ingaan op de hogerberoepsgrond dat de uitgifte van de obligaties in overeenstemming is met de Wft. Deze grond houdt in dat is voldaan aan alle gedragstypische (zorgplicht)regels. Of aan deze regels is voldaan, doet in deze procedure niet ter zake. Hier ligt de vraag voor of sprake is van overtreding van artikel 2:11 van de Wft.

### **Kredietuitzettingen**

6.3.1. Appellant voert aan dat geen sprake is van een kredietuitzetting 'aan een ander'. De overweging van de rechtbank is volgens appellant niet goed te begrijpen. De wetgever heeft niet het begrip 'entiteit' of 'juridische entiteit' maar het begrip 'onderneming' als uitgangspunt genomen. Het begrip onderneming is geen formeel maar een materieel begrip. Verschillende rechtspersonen kunnen samen één onderneming vormen, zo blijkt uit jurisprudentie. Het bestanddeel 'aan een ander' en de daarop (strikte) uitzonderingen moeten in dit licht worden bezien.

De stichting vormt met de Duitse entiteit waarin het vastgoed was ondergebracht één onderneming. Zij zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en vormen een economische eenheid. Indien een onderneming in één juridische entiteit is ondergebracht, ontplooit die entiteit alle activiteiten en trekt het ook de voor de activiteiten benodigde financiering aan. Dit is feitelijk hier niet anders geweest. Dat de financiering geschiedde door een afzonderlijke juridische entiteit (de stichting) die geen andere activiteiten ontplooit (de stichting had geen activa of personeel), maakt niet dat sprake is van twee ondernemingen. Indien er destijds voor was gekozen om de activiteiten van de stichting en [naam 2] in één en dezelfde juridische entiteit onder te brengen zou nimmer sprake kunnen zijn van een overtreding van het bankverbod.

6.3.2. DNB stelt zich op het standpunt dat de stelling dat de stichting en [naam 2] als één onderneming moeten worden gezien, niet opgaat. Voor een dergelijke beperking van het toepassingsbereik is in de wet zelf en in de wetsgeschiedenis geen enkele aanwijzing te vinden. Integendeel: is sprake van een kredietuitzetting *aan een ander*, in de ruimste zin van het woord, dan is het onderdeel 'verrichten van kredietuitzettingen' in de definitie van het begrip bank voldaan. Bovendien is van belang dat de stichting en [naam 2] nu juist doelbewust als twee zelfstandige, los van elkaar staande entiteiten zijn vormgegeven. Daarvoor heeft de stichting bewust gekozen, onder andere om te voorkomen dat de obligatiehouders onder het Duitse belastingregime zouden vallen, alsook om eventuele belangenverstrengeling of aansprakelijkheden uit andere projecten te voorkomen. De gekozen opzet pleit juist tegen de uitleg die appellant aan het begrip 'kredietuitzettingen' in de context van artikel 2:11 van de Wft wil geven.

6.3.3. Het College is met de rechtbank van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van kredietuitzettingen aan een ander niet relevant is of de geldgever en de geldnemer als één onderneming kunnen worden aangemerkt. Anders dan appellant betoogt, blijkt noch uit de tekst van de wet noch uit de toelichting hierop dat de wetgever het begrip 'onderneming' tot uitgangspunt heeft genomen bij de definitie van het begrip bank. Ook uit de door appellant aangehaalde jurisprudentie blijkt dit niet, nu deze jurisprudentie niet ziet op de uitleg van het begrip bank. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, ligt het, gelet op het beschermingsdoel van de vergunningplicht voor banken, niet in de rede om een beperkte uitleg aan het begrip bank te geven.

## ***Voor eigen rekening***

6.4.1. Appellant voert aan dat de stichting geen gelden voor eigen rekening heeft uitgezet. De stichting liep geen financieel risico. Stichting en obligatiehouders zijn immers overeengekomen dat niet op de stichting kan worden verhaald indien [naam 2] niet jegens de stichting aan haar betalingsverplichtingen voldoet. Dat dit in een latere overeenkomst is vastgelegd, doet geen afbreuk aan het feit dat dit reeds bij aanvang was overeengekomen. De aanvullende overeenkomsten zijn geen aanvulling op de eerdere overeenkomsten, maar een vaststelling tussen partijen wat eerder is overeengekomen. Verder geldt dat de stichting geen financieel gewin heeft beoogd of behaald. De aard van de constructie brengt met zich dat de stichting geen winst of enig batig saldo kan behalen. De stichting was een transparant doorgeefluik. De stichting heeft enkel en alleen de door haar ontvangen rente direct doorbetaald aan de obligatiehouders.

6.4.2. DNB stelt zich op het standpunt dat de stichting wel financieel risico liep. DNB wijst op de artikelen 3.1, 7 en 8.1 van de Private Placementovereenkomst van februari 2010. Het blijkt ook uit de geldleningsovereenkomst tussen de stichting en [naam 2]. Dat de overeenkomsten die in september en oktober 2012 zijn gesloten een bevestiging vormen van de afspraak met de obligatiehouders dat zij geen aanspraken hadden jegens de stichting is dan ook niet juist. De overeenkomsten van september en oktober 2012 doen daaraan niet af. De overtreding van het bankverbod is dan al een feit en kan niet worden teniet gedaan door het achteraf sluiten van een overeenkomst waarmee het handelen voor eigen rekening wordt 'weggeregeld'. Ook voldoet de stichting aan het alternatieve criterium voor het ontvangen van een winst- of gerelateerde vergoeding.

6.4.3. Het College is met de rechtbank van oordeel dat de stichting voor eigen rekening kredietuitzettingen heeft verricht. Uit geen enkel stuk blijkt dat de latere overeenkomsten een vaststelling betreffen van hetgeen eerder is overeengekomen. Integendeel, uit de eerdere stukken blijkt juist dat het de stichting en niet [naam 2] is die (financiële) verplichtingen jegens de obligatiehouders heeft en dat de stichting dus het financieel risico loopt. Het College verwijst naar de overwegingen van de rechtbank hierover.

Anders dan appellant meent, is niet relevant of de stichting financieel gewin heeft beoogd of behaald. De stichting heeft, zoals niet is bestreden, een winstgerelateerde vergoeding ontvangen. Dat die vergoeding is doorgegeven doet hier niet aan af.

## ***Bedrijfsmatig handelen***

6.5.1. Appellant voert aan dat geen sprake is van bedrijfsmatig handelen. Het aantrekken en uitzetten van de obligatielening dient uitsluitend ter ondersteuning van het vastgoedproject dat als enige asset in de structuur aanwezig was, ook al werd die activiteit ontplooid in een andere juridische entiteit. De vergelijking met een holding die opvorderbare gelden verkrijgt en uitzet, uitsluitend ten behoeve van de financiering van de werkmaatschappijen en ter ondersteuning van de hoofdactiviteit dringt zich op. Een dergelijke holding wordt niet geacht 'zijn bedrijf te maken' van het aantrekken en uitzetten van opvorderbare gelden. Ook uit de statutaire doelstellingen blijkt dat de financieringsactiviteiten niet als zelfstandige identificeerbare activiteit zijn aan te merken. Verder geldt dat de stichting niet 'geregeld en stelselmatig' gelden heeft aangetrokken. Het gaat om een eenmalig project. De stichting is hiervoor opgericht en wordt na afloop opgeheven. Andere activiteiten of uitgiftes heeft de stichting niet gekend.

Maar ook om andere redenen is geen sprake van een bedrijfsmatige bancaire activiteit door de stichting, nu de gelden zijn 'uitgezet' aan een dochtervennootschap.

6.5.2. DNB merkt op dat de enige activiteit van de stichting is geweest het aantrekken en uitzetten van gelden. Dat deze gelden vervolgens door een andere entiteit ([naam 2]) voor de realisatie van een vastgoedproject zijn aangewend, doet hier niet aan af. De vergelijking met concernfinanciering gaat niet op.

6.5.3. Het College deelt het oordeel van de rechtbank dat de stichting haar bedrijf maakt van het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen en het maakt de overwegingen van de rechtbank hierover geheel tot de zijne. Voor zover appellant stelt dat geen sprake is van 'geregeld en stelselmatig' gelden aantrekken omdat een vergelijking kan worden gemaakt met de financiering door een holding van zijn werkmaatschappijen, oordeelt het College dat van een met een holdingstructuur vergelijkbare samenhang tussen appellant en de juridische entiteit ten behoeve waarvan de obligatielening werd aangetrokken en uitgezet ([naam 2]) niet is gebleken, zodat de vergelijking niet op gaat.

### ***Uitzondering artikel 3:2 Wft***

6.6.1. Appellant voert aan dat de stichting voldeed aan de voorwaarden van artikel 3:2 van de Wft. Het eerste lid van artikel 3:2 van de Wft vereist dat de partij die gelden aantrekt en binnen het concern uitzet, een garantie afgeeft. Dat zou in casu lood om oud ijzer zijn. Uit de relevante vakliteratuur blijkt dat het vereiste van een garantie die is verstrekt door de moeder niet letterlijk zou moeten gelden, indien de rechtspersoon die de obligatie uitgeeft zelf de ultimate parent company van het concern is. Dat is het geval bij de stichting. Een onvoorwaardelijke garantie van een moeder die tevens als financieringsmaatschappij fungeert en zelf geen middelen heeft, heeft weinig om het lijf.

6.6.2. Met de rechtbank ziet het College in hetgeen appellant over de relevantie van de voorwaarden van artikel 3:2, eerste lid van de Wft heeft aangevoerd geen grond om van deze strikte voorwaarden af te wijken.

6.7. Het College concludeert dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de stichting de in artikel 2:11 van de Wft neergelegde verbodsbepaling heeft overtreden door zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen.

### ***Periode overtreding***

7.1. Appellant voert aan dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, van het uitzetten van krediet geen sprake is zolang als het krediet niet is terugbetaald. Het 'uitzetten' en 'terugbetalen' zijn van elkaar te onderscheiden handelingen. De wettelijke definitie is beperkt tot het 'uitzetten'. Instellingen die kredieten hebben uitstaan kunnen in de praktijk ook zonder vergunning opereren indien geen nieuwe kredieten worden uitgezet, maar wel worden terugbetaald.

7.2. Het College deelt het oordeel van de rechtbank dat uit de bescherming die het bankverbod beoogt te bieden voortvloeit dat eerst met de volledige terugbetaling van de gelden een einde komt aan de uitoefening van het bankbedrijf. Als geen vergunningplicht meer zou bestaan na de laatste uitzetting dan zou op dat moment ook een einde komen aan de verplichtingen die gelden voor de uitoefening van het bankbedrijf en aan het (prudentiële) toezicht, terwijl zich op dat moment nog wel opvorderbare gelden onder de bank bevinden.

7.3. Ten aanzien van het beroep op het gelijkheidsbeginsel met de stelling ter zitting dat drie (met name genoemde) instellingen zonder vergunning kunnen opereren terwijl geen nieuwe kredieten worden uitgezet maar wel wordt terugbetaald, overweegt het College het volgende. Twee van de drie instellingen zijn niet in Nederland gevestigd en vallen niet onder het toezicht van DNB. Reeds om die reden kan geen sprake zijn van schending

van het gelijkheidsbeginsel door DNB. Dat het begrip bank is ontleend aan Europese regelgeving maakt dit niet anders. Het gaat hier om de toepassing van de regelgeving in concrete gevallen door andere toezichthouders in andere lidstaten. Volgens vaste rechtspraak van het College, bijvoorbeeld de uitspraak van 8 maart 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AV5872) brengt het gegeven dat lidstaten verschillend omgaan met de uitvoering van Europese regelgeving, nog daargelaten of dat hier het geval is, niet mee dat een bestuursorgaan in strijd handelt met het beginsel dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld, als dit bestuursorgaan het Europese recht correct toepast.

De derde door appellant genoemde instelling is wel in Nederland gevestigd, maar hiervoor geldt dat appellant op geen enkele wijze heeft onderbouwd dat deze instelling over opvorderbare gelden beschikt.

Bij brief van 16 september 2015 heeft appellant nog gewezen op twee andere instellingen die zich in dezelfde situatie zouden bevinden. Het College oordeelt dat dit tardief is aangevoerd en zal deze stellingen van appellant daarom buiten beschouwing laten.

### ***Feitelijk leidinggeven aan de overtreding***

8.1. Appellant voert aan dat hij niet kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Appellant heeft geen opzet gehad op zowel het leidinggeven als het strafbare feit dat door de rechtspersoon is begaan. Appellant heeft geen materiële bemoeienis gehad met de wijze waarop de vastgoedactiviteiten zouden worden gefinancierd. Tussen alle betrokkenen is een taakverdeling gemaakt, die ook is vastgelegd. Daaruit blijkt genoegzaam dat de financiering van de vastgoedactiviteiten niet tot de taak van appellant behoorde. De stichting is opgericht omdat het om fiscale redenen voor beleggers gunstig is om via een Nederlandse stichting te beleggen in de (Duitse) vastgoedactiviteiten. De reden dat appellant bestuurder was van de stichting was dat hij het gezicht voor de beleggers was als het ging om de vastgoedactiviteiten, zodat het voor de beleggers wenselijk was dat appellant ook voor hen een herkenbare band had met de op te richten stichting. De door DNB naar voren gebrachte omstandigheden op grond waarvan in weerwil van de destijds gemaakte portefeuillevetdeling tot het oordeel zou moeten worden gekomen dat appellant feitelijk leiding zou hebben gegeven betreffen alle formele handelingen, zoals bijvoorbeeld het ondertekenen van de uiteindelijke overeenkomsten. Het feit dat hij bij de andere bestuurder heeft aangedrongen op juridisch advies, duidt niet op enige materiele betrokkenheid; appellant heeft slechts willen verifiëren dat de door de andere bestuurder geïnitieerde financieringsvorm ook juridisch houdbaar was. Indien appellant daadwerkelijk feitelijke bemoeienis zou hebben gehad met de financiering van de uitgifte, dan zou het juist niet voor de hand hebben gelegen dat hij hiernaar navraag deed.

Appellant had geen wetenschap van een mogelijke overtreding. Hij heeft ook de mogelijkheid van overtreding niet voor lief genomen. Zo heeft hij altijd aangedrongen op een juridische toets en hem is voorgehouden dat die toets was verricht. Appellant had geen reden te twifelen aan de bevestiging van zijn medebestuurder. Appellant heeft geen relevante juridische kennis en houdt zich ook niet beroepsmatig hiermee bezig. Het is bovendien een onderdeel van het recht dat zelfs door geoefende juristen als lastig te doorgronden wordt beschouwd.

8.2. DNB stelt zich op het standpunt dat zij geen aanwijzingen heeft gevonden voor een scheiding van taken en verantwoordelijkheden zoals appellant die schetst. De stichting, met slechts twee bestuurders en zonder personeel, is opgericht met het oog op de financieringsconstructie die de overtreding vormt. Het gaat om de kernactiviteit van de stichting. Dat alleen al maakt, zelfs bij een taakverdeling zoals appellant die schetst, dat appellant als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt. Maar ook verder is



gebleken dat geen sprake was van een zodanige taakverdeling dat appellant niet als feitelijk leidinggevende zou zijn aan te merken. Dat is in de stukken uitgewerkt. DNB verwijst hiernaar.

8.3. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat appellant als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden, niet van belang is of appellant wist dat de gedragingen een overtreding opleverden. Het betoog van appellant dat hij is afgegaan op de bevestiging van zijn medebestuurder dat de juridische toets in orde was, is daarom niet relevant voor de vraag of appellant kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Het kan wel relevant zijn voor de vraag of de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Die vraag komt hierna aan de orde.

Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de gedraging is op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, de feitelijke hoofdactiviteit – en in wezen enige activiteit – van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen, dan is in beginsel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. De feiten en omstandigheden van dit geval staven dat appellant kan worden gezien als feitelijke leidinggevende aan de verboden gedraging. Appellant heeft verklaard dat de activiteiten van de stichting zijn geschiedt met zijn instemming. Appellant was op de hoogte van de (hoofdpijnen van de) financieringsconstructie waarvoor de stichting is opgericht. Hij heeft verklaard dat hij op de hoogte was van de uitgifte van de obligaties en van het feit dat de stichting het geld doorleende aan [naam 2]. Uit de door DNB in het bestreden besluit opgesomde feiten en omstandigheden blijkt voorts dat sprake was van nauwe samenwerking en nauw overleg tussen appellant en zijn medebestuurder. Zij deelden een kantoor en zij hadden regelmatig contact met elkaar. Uit de verslagen van de gesprekken met AFM en DNB, die steeds (mede) door appellant zijn gevoerd, blijkt dat appellant goed op de hoogte was van de bedrijfsvoering van de stichting. Verder heeft appellant namens de stichting de overeenkomst tot geldlening met [naam 2] getekend. Ook tekende hij nieuwsbrieven aan de obligatiehouders.

Appellant heeft nog aangevoerd dat hij geen opzet had op het strafbare feit dat door de stichting is begaan. Voor het aanmerken van appellant als feitelijk leidinggevende is echter niet vereist dat appellant opzet had op het grondfeit. Het gaat hier om een overtreding, waarbij voor het opleggen van een bestuurlijke boete niet is vereist dat wordt aangetoond dat sprake is van opzet.

### ***Verwijtbaarheid***

9.1. Appellant voert aan dat er juridisch advies is ingewonnen waarop vertrouwd mocht worden. Zowel DNB als de rechtbank leggen de lat veel te hoog als het gaat om hetgeen van een niet ter zake deskundige mag worden verlangd omtrent zijn kennis van de Wft, laat staan van dat van een niet ter zake deskundige verlangd mag worden dat deze expliciet navraag doet naar de al dan niet toepasselijkheid van artikel 2:11 van de Wft. De stichting heeft zich ten aanzien van de uitgifte laten adviseren door advocatenkantoor

[naam 5]. Dit advies zit niet tussen de stukken, omdat het feitelijk aan de medebestuurder was verstrekt en niet aan appellant. Appellant heeft voor zover dat aan hem nog ter beschikking stond de gevoerde correspondentie in het geding gebracht alsmede de declaraties van het advocatenkantoor. Ook heeft appelland aangetoond dat hij voor de tweede maal advies heeft ingewonnen bij het advocatenkantoor en wederom vernam hij dat geen vergunning was vereist. Het advocatenkantoor wist hoe en dat de stichting de gelden zou aanwenden (en niet oppotten). Appellant heeft gedaan al hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verlangd. Hij heeft niet alleen geconstateerd dat er advies was gevraagd, maar hij heeft ook expliciet bij zijn medebestuurder, die verantwoordelijk was voor de financiering, navraag gedaan of het advies ook werd opgevolgd. Die gaf aan dat dit het geval was.

9.2. DNB stelt zich op het standpunt dat zij niet van het opleggen van een boete hoefde af te zien vanwege de stelling dat juridisch advies is ingewonnen over de constructie. Appellant heeft geen advies heeft overgelegd waaruit blijkt dat is gevraagd naar de toelaatbaarheid van de financieringsconstructie tegen de achtergrond van artikel 2:11 van de Wft.

9.3. Het College ziet op basis van hetgeen appelland heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat appelland geen verwijt kan worden gemaakt van de door de stichting begane overtreding. Het advies waarop appelland zich beroept bevindt zich niet bij de processtukken, zodat niet kan worden vastgesteld of er een (schriftelijk) advies is uitgebracht, waarover precies advies is gevraagd en wat de inhoud van het advies is geweest. Ook appelland heeft daarover niet inhoudelijk verklaard. Uit de door appelland overgelegde facturen is niet af te leiden waarover is geadviseerd, noch wat precies de omvang en inhoud van het advies is geweest. Uit hetgeen appelland in de gesprekken met DNB naar voren heeft gebracht blijkt dat appelland geen volslagen leek is op financieel gebied. Uit het feit dat appelland naar zijn medebestuurder toe heeft benadrukt dat van belang is dat de legal check in orde was, leidt het College af dat appelland zich ervan bewust was dat de gekozen constructie risico's met zich bracht. Gelet hierop en in aanmerking genomen de beperkte feitelijke werkzaamheden van de stichting en de nauwe samenwerking tussen appelland en zijn medebestuurder had appelland moeten verifiëren dat schriftelijk advies was ingewonnen over de juridische consequenties van de voorgenomen financieringsvorm. In het nadere advies van 22 juli 2011 wordt voor wat betreft de vergunningplicht alleen ingegaan op de vraag of op grond van artikel 3:5 van de Wft een vergunning nodig zou zijn. In het gesprek dat appelland vier dagen later, op 26 juli 2011, met DNB had, heeft DNB expliciet gemeld te willen beoordelen of artikel 2:11 van de Wft van toepassing is op de stichting. Appellant had naar aanleiding hiervan zich nader moeten laten voorlichten. Hij kon toen niet meer volstaan met een verwijzing naar het advies van 22 juli 2011 waarin artikel 2:11 van de Wft niet is betrokken.

### ***Hoor en wederhoor***

10.1. Appellant voert aan dat DNB het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, nu appelland zich niet heeft kunnen uitlaten over de omvang van de voorgenomen boete, alvorens de boete werd opgelegd.

10.2. DNB stelt zich op het standpunt dat geen rechtsregel haar er toe verplicht in het voornemen tot het opleggen van de boete de voorgenomen hoogte daarvan te vermelden.

Het College overweegt dat uit artikel 5:50 Awb niet voortvloeit dat DNB reeds bij het voornemen tot boeteoplegging gehouden is om het boetebedrag te vermelden. In hetgeen appelland heeft aangevoerd, ziet het College geen aanleiding om in dit geval anders te oordelen over de verplichtingen van DNB in deze fase van de procedure tot boeteoplegging. Overigens is appelland in bezwaar, beroep en hoger beroep ruimschoots

in de gelegenheid geweest zich uit te laten over de boete-hoogte, zodat ook daarin geen aanleiding gevonden wordt om tot schending van het beginsel van hoor en wederhoor te concluderen.

De beroepsgrond faalt.

### ***Proportionaliteit, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel***

11.1. Appellant voert aan dat de omvang van de boete disproportioneel is en bovendien in strijd is met het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel. DNB heeft op geen enkele wijze gemotiveerd waarom ervoor gekozen is om uitsluitend een bestuurder van de pleger (de stichting) te beboeten zonder enig (herstel of bestraffende) maatregel op te leggen aan de pleger en waarom deze keuze zich verdraagt met het handhavingsbeleid en ook anderszins niet in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Appellant wijst verder op een zaak waarin DNB dezelfde boete heeft opgelegd. Als appellant al een boete zou moeten worden opgelegd, dan zou de boete, gelet op de omstandigheden, lager moeten zijn dan in die andere zaak.

11.2. DNB stelt zich op het standpunt dat zij er in dit geval voor mocht kiezen appellant een boete op te leggen. In het algemeen beschouwt zij overtreding van het bankverbod als een zeer ernstige overtreding. Op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector bedraagt het basisbedrag voor een boete in dit geval € 2.000.000,-. Dat bedrag heeft DNB vanwege de verwijtbaarheid van appellant, de omvang van de aangetrokken gelden en de overige feiten en omstandigheden (fors) gematigd. Er is geen reden appellant een lagere boete op te leggen dan DNB in de door appellant aangehaalde zaak heeft gedaan.

11.3. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat DNB appellant geen boete mocht opleggen, omdat zij geen handhavingsmaatregelen jegens de stichting heeft genomen. In de toelichting bij artikel 5:1 van de Awb is overwogen dat indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, de bestuurlijke sanctie (daarnaast of) in plaats daarvan ook kan worden opgelegd aan degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding (zie TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 81). Met betrekking tot de boete die is opgelegd in de andere zaak is het College met de rechtbank van oordeel dat de aan appellant opgelegde boete dusdanig is gematigd dat eventuele verschillen tussen die zaak en de zaak van appellant niet nopen tot een onderscheid in de boete.

12. Gelet op het voorgaande is het hoger beroep ongegrond. Dat betekent dat de aangevallen uitspraak in stand blijft.

13. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### ***Beslissing***

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

### ***Noot***

1. Bij de vraag of een partij als bank kwalificeert is bijzondere voorzichtigheid geboden, zo blijkt opnieuw. Ik focus hierin (i) op het materieelrechtelijke vraagstuk wanneer er sprake is van een bank, en (ii) op de Europese context daarvan. De formeel bestuursrechtelijke overwegingen over o.a. de onderzoeksbevoegdheden van DNB, de beboetbaarheid van feitelijk leidinggevend en de disculperende waarde van een juridisch advies bespreek ik niet. Zie daarvoor de terecht kritische noot bij de uitspraak in eerste aanleg in deze zaak («JOR» 2014/105, m.nt. Roth en Roepnarain).

2. Appellant is mede-initiatiefnemer van een vastgoedproject. Hij gaf leiding aan Stichting Vastgoedbelang die door het uitgeven van obligaties gelden aantrok van Nederlandse beleggers. De stichting leende deze gelden door aan een Duitse GmbH waarin het relevante vastgoedproject plaatsvond. Dit lijkt op de in Nederland zeer gebruikelijke concernfinancieringsmaatschappij-structuur, en toch ging het mis. DNB legde appellant een boete op van € 150.000 vanwege feitelijk leidinggeven aan overtreding van het bankverbod van art. 2:11 Wft.

3. Ten eerste de kwalificatie als bank. Art. 2:11 Wft verbiedt eenieder met een zetel in Nederland zonder een vergunning het bedrijf van 'bank' uit te oefenen. Ten tijde van de overtreding luidde de definitie van bank in de Wft (art. 1:1 Wft): "degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen". Deze definitie is per 1 januari 2014 gewijzigd, waarover hieronder meer (nr. 11 e.v.).

4. De uitspraak behandelt de definitie-elementen (i) kredietuitzettingen, (ii) voor eigen rekening, en (iii) bedrijfsmatig handelen. Niet in geschil is dat de stichting 'buiten besloten kring' 'opvorderbare gelden' 'van anderen dan professionele marktpartijen' ter beschikking heeft gekregen. Jammer, want dat zijn in de huidige praktijk de meest relevante en onduidelijke elementen van de definitie.

5. Het CbB concludeert, telkens verwijzend naar de MvT, dat aan deze elementen is voldaan. Het standpunt dat de Stichting en de GmbH 'als één onderneming' vereenzelvigd moeten worden zodat geen sprake is van een kredietuitzetting ('aan een ander'), volgt het CbB niet, nu eenmaal sprake is van twee afzonderlijke juridische entiteiten. Van het element 'voor eigen rekening' is blijkens de wetsgeschiedenis sprake als een rechtspersoon of natuurlijke persoon zelf het financieel risico van zijn kredietuitzettingen loopt óf daarvoor zelf een winst- of verliesgerelateerde vergoeding ontvangt (*Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 169*). Gelet op het woordje 'of' zal niet aan beide eisen voldaan hoeven worden. Tenslotte lijkt ook de uitleg van 'bedrijfsmatig handelen' logisch. Het CbB sluit zich aan bij de rechtbank die oordeelde dat de gelden door de Stichting zijn aangetrokken met als enig doel deze weer uit te zetten bij de GmbH. Daardoor kunnen deze financiële activiteiten niet geacht kunnen worden uitsluitend te dienen ter ondersteuning van de hoofdactiviteit van de Stichting, voor zover deze niet het aantrekken en uitzetten van gelden zou zijn. Deze uitleg komt overeen met een uitspraak van het CbB van 28 augustus 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB2456.

6. Opvallender is het oordeel van het CbB over de – veelgebruikte – uitzondering op het bankverbod ten behoeve van concernfinancieringsmaatschappijen (art. 3:2 Wft). Eén van de eisen voor de toepasselijkheid van dat verbod is een garantie, bijvoorbeeld van de moedermaatschappij. Appellant stelt dat de stichting in casu (tevens) de moedermaatschappij is, en dat een garantie in dat kader zinledig zou zijn. Immers, zo lijkt de redenatie, een garantie over de eigen schulden heeft geen meerwaarde. Het CbB gaat hier echter aan voorbij met de enkele mededeling dat zij "geen grond [ziet] om van de strikte voorwaarden van art. 3:2 Wft af te wijken". Kennelijk dienen de uitzonderingsvoorwaarden strikt te worden nageleefd, ook als de facto hetzelfde zou zijn bereikt. Zie voor een recente uitspraak waarin de Rechtbank Rotterdam DNB niet volgde in haar ruime uitleg van een (andere) eis voor deze uitzondering van art. 3:2 Wft: Rb. Rotterdam 17 december 2015, «JOR» 2016/97, m.nt. Affourtit en Hiebendaal.

7. Verbazing wekt het oordeel dat een overtreding van art. 2:11 Wft duurt tot het laatste opvorderbare geld is terugbetaald, ook als de verstrekte kredieten al zijn terugbetaald. Het CbB beroept zich hierbij op de bescherming die het bankverbod beoogt te bieden.

8. Dit oordeel vindt geen basis in de wet. Van een 'bank' is uitsluitend sprake als beide activiteiten (aantrekken én uitzetten) gecombineerd worden. Een entiteit die nog enkel opvorderbare gelden ter beschikking heeft, maar deze niet langer in de vorm van kredieten uitzet, valt daarmee niet meer onder het verbod van art. 2:11 Wft. Deze entiteit valt dan eventueel onder het verbod op het aantrekken van opvorderbare gelden uit art. 3:5 Wft, waarbij er geen sprake zou zijn van overtreding als de gelden zijn aangetrokken door uitgifte van effecten conform de Wft. Een enkele verwijzing naar de beschermingsgedachte van de vergunningplicht voor banken, kan deze Wft-systematiek niet omzeilen.

9. Dat brengt ons tot één van de meest opvallende aspecten van de uitspraak: het CBb beroept zich bij een ruime uitleg op het beschermingsdoel van het verbod. Zo geeft het CBb aan dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat "het, gelet op het beschermingsdoel van de vergunningplicht voor banken, niet in de rede [ligt] om een beperkte uitleg aan het begrip bank te geven." Dat betekent dat bij analyse van de elementen van de definitie van bank, een voorzichtige benadering vereist is. Gelet op de beoogde bescherming zal een rechter snel tot de conclusie komen dat aan die elementen is voldaan.

10. De rechtbank overwoog in dat kader ook nog dat "de toezichthouder en de rechter zo nodig heen dienen te kijken door juridische constructies die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen uit de Wft wordt omzeild." Het CBb lijkt deze nog verder strekkende overweging, gelukkig, niet tot de zijne te maken. Zoals aangegeven in de noot bij de Rb-uitspraak zou de enkele mogelijkheid (dus niet de intentie) dat een Wft bepaling wordt omzeild niet een voldoende reden moeten zijn om een constructie maar onder een verbodsbepaling te scharen.

11. Ten tweede de EU-context van het bankbegrip. De Wft-definitie die in de onderhavige zaak werd gehanteerd is hangende deze procedure gewijzigd. Dit als gevolg van de implementatie van de EU bankenrichtlijn, de Capital Requirements Directive (CRD IV), en de inwerkingtreding (op 1 januari 2014) van de daarbij behorende verordening, de Capital Requirements Directive (CRR). Inmiddels wordt in de definitie van 'bank' in art. 1:1 Wft enkel verwezen naar 'kredietinstelling' in art. 4 CRR: "een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan uit het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden, en het verlenen van kredieten voor eigen rekening". Overigens zou ook zonder deze verwijzing de definitie van art. 4 (1) CRR rechtstreeks toepassing vinden.

12. Deze huidige definitie van bank wijkt dus af van de oude, waar het in deze uitspraak over gaat. Voor een goed begrip van de huidige definitie is de oude voorlopig echter nog steeds van belang. Nu de definitie van 'kredietinstelling' in een verordening staat, moet voortaan worden aangeknoopt bij de communautaire uitleg van de diverse elementen daarvan. Echter, de wetgever heeft bij de implementatie van CRD IV aangegeven dat zolang er nog geen nadere invulling op EU niveau is van de begrippen 'publiek' en 'deposito's of andere terugbetaalbare gelden', de vóór 1 januari 2014 geldende nationale invulling van deze begrippen relevant zal blijven voor de toepassing en uitleg ervan (*Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3, p. 31*). De uitleg van het CBb in deze uitspraak is dus nog steeds van belang.

13. Dit belang is wel beperkt in de tijd. De European Banking Authority constateerde grote verschillen in de lidstaten in de interpretatie van 'kredietinstelling' (zie EBA Rapport en Opinie van 27 november 2014). Gezien de verregaande harmonisatie binnen de EU als gevolg van de Bankenunie, vooral het Single Rulebook en de inwerkingtreding van het bancaire ECB-toezicht (het Single Supervisory Mechanism, SSM), is de verwachting dat een geharmoniseerde uitleg niet heel lang op zich zal laten wachten.

14. Harmonisatie binnen het SSM van de regels, het begrippenapparaat en de toezichtpraktijken met betrekking tot banken is een kernprioriteit voor de ECB (zie bijvoorbeeld het SSM Annual Report 2015). Dit is bijvoorbeeld van praktisch belang nu het onder het huidige recht niet langer DNB, maar de ECB is die een bankvergunning verleent en in dat kader moet beoordelen of een partij als bank kwalificeert.

15. In het licht van dit harmonisatiestreven merkt het CBB iets interessants op. Appellant haalt instellingen in andere EU landen aan die kennelijk onbestraft vergelijkbare constructies hanteren als de stichting, en beroept zich daarbij op het gelijkheidsbeginsel. Het CBB overweegt dat aangezien deze instellingen niet in Nederland gevestigd en niet onder het toezicht van DNB vallen, geen sprake kan zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel door DNB. "Dat het begrip bank is ontleend aan Europese regelgeving maakt dit niet anders. Het gaat hier om de toepassing van de regelgeving in concrete gevallen door andere toezichthouders in andere lidstaten. Volgens vaste rechtspraak van het College, bijvoorbeeld de uitspraak van 8 maart 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AV5872) brengt het gegeven dat lidstaten verschillend omgaan met de uitvoering van Europese regelgeving, nog daargelaten of dat hier het geval is, niet mee dat een bestuursorgaan in strijd handelt met het beginsel dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld, als dit bestuursorgaan het Europese recht correct toepast."

16. Ik vraag mij af of deze conclusie tien jaar na de aangehaalde uitspraak – in de wereld van het financieel toezichtrecht lichtjaren geleden – onder het huidige recht en binnen het SSM nog wel stand kan houden. Het Nederlandse bancaire toezichtrecht houdt niet op bij de landsgrenzen.

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