

weten gedraging (in deze zaak: de schending van de bijzondere zorgplicht) niet zou hebben plaatsgevonden (het *conditio sine qua non*-verband). Blijkens het vonnis zou geen schade zijn ingetreden als de bank op een eerder moment gepaste maatregelen zou hebben genomen. Er was volgens de rechtbank reden genoeg voor de bank om de rekening al op 27 oktober 2017 te blokkeren. Volgens de rechtbank was daarvoor niet noodzakelijk dat de bank op dat moment ook daadwerkelijk wetenschap had van de fraude (vgl. r.o. 4.11). Ik begrijp dat aldus, dat een bank reeds in actie dient te komen als op basis van de indicaties (de subjectieve wetenschap van de bank; vgl. r.o. 4.5) moet worden aangenomen dat er een reële kans bestaat, dus redelijkerwijs voorzienbaar is, dat derden schade zullen (kunnen) lijden als de bank maatregelen achterwege laat. Dat laatste wordt dus naar objectieve maatstaven gemeten. Bij zaken als hier aan de orde behoort het door derden lijden van schade tot de typische gevolgen waarmee rekening behoort te worden gehouden. Laat de bank onder die omstandigheden maatregelen achterwege, dan aanvaardt zij het aanmerkelijke risico dat (voor haar op dat moment mogelijk onbekende) derden schade zullen lijden.

7. Pas nadat is vastgesteld dat een partij aansprakelijk is, komt de vraag aan de orde of de schade in zodanig verband staat met de verweten gedraging dat die als een gevolg van die gedraging aan die partij kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). Dat betekent in de eerste plaats dat schade die is ontstaan voorafgaand aan de verweten gedraging niet voor vergoeding in aanmerking komt. Hier is verder de verwerende partij primair aan zet: die zal feiten en omstandigheden moeten stellen en aannemelijk moeten maken op grond waarvan hij meent dat de schade (of een deel daarvan) in een te ver verwijderd verband staat tot de schending van de zorgplicht, en daarom niet aan hem kan worden toegerekend. In deze zaak overweegt de rechtbank bijvoorbeeld dat de schade die T.O.M. heeft geleden doordat de medewerker contant geld, afkomstig uit de winkelkassa, heeft verduisterd, niet in causaal verband staat met de schending van de zorgplicht van de bank: een eerdere blokkade van de bankrekening zou diefstal uit de kassa niet hebben verhinderd (r.o. 4.14).

8. Ten slotte komt de vraag aan de orde of sprake is van "eigen schuld" van de derde (art. 6:101

BW). Daarbij gaat het zowel om feiten en omstandigheden die voor rekening van de derde behoren te komen (zonder dat sprake hoeft te zijn van schuld of verwijtbaarheid aan de zijde van de derde), als om de vraag of de derde heeft voldaan aan de plicht om zijn schade te beperken. Als sprake is van eigen schuld (in de hier bedoelde zin), blijft een deel van de vastgestelde schade voor rekening van de eisende partij, gelijk dat ook in deze zaak het geval is (r.o. 4.16). Het percentage wordt, net als in de onderhavige zaak, door de rechter bepaald op basis van de billijkheid, maar heeft onvermijdelijk een enigszins arbitrair karakter.

mr. K. Frielink

## 64

### Cross border dienstverlening en uitleg van begrip 'bijkantoor'

Rechtbank Rotterdam  
29 september 2020, nr. ROT 19/3428,  
ECLI:NL:RBROT:2020:8466  
(mr. Vrolijk, mr. Blagrove, mr. Van Spengen)  
Noot mr. B. Bierman

**Europees banktoezicht. Bestuurlijke boete wegens overtreding van art. 2:60 Wft. Europese bankvergunning voor kredietverlening vanuit Malta. Geen vergunning voor aanbieden van krediet vanuit in Nederland gelegen bijkantoor. AFM bevoegd om boete op te leggen. Geen strijd met ne bis in idem-beginsel.**

[Wft art. 2:60, 2:62, aanhef en onder a; CCR art. 4 lid 1, aanhef en onder 17]

*Niet in geschil is dat [eiseres] op basis van haar Europese bankvergunning de diensten in Nederland rechtstreeks mocht aanbieden vanuit Malta. Het geschil spitst zich toe op de vraag of [eiseres] vanuit een bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder dat aan de voorwaarden is voldaan.*

*[Eiseres] heeft haar stelling dat in Nederland geen kredietbeslissingen werden genomen, geen kredieten werden goedgekeurd en dat ook niet de*

relevante parameters werden vastgesteld, niet nader onderbouwd. De AFM heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat de snelheid waarmee de (flits)kredieten in Nederland werden verstrekt het, gelet op alle omstandigheden, praktisch onmogelijk maakte dat dit steeds vanuit Malta gebeurde. Daarbij komt dat [eiseres] de overige activiteiten vanuit het kantoor in Nederland niet heeft betwist. Op grond daarvan heeft de AFM kunnen concluderen dat de met [eiseres] gesloten kredietovereenkomsten zeer waarschijnlijk niet, en zeker niet op dezelfde schaal, tot stand hadden kunnen komen zonder tussenkomst van het kantoor in [plaats]. Van enkel backoffice-ondersteunende activiteiten was geen sprake. Evenmin kon het kantoor enkel als representatieve office of vertegenwoordigend kantoor worden aangemerkt. De Nederlandse vestiging functioneerde niet uitsluitend als luisterpost.

De rechtbank volgt de AFM dan ook in haar standpunt dat het kantoor van [eiseres] functioneerde als bijkantoor als bedoeld in art. 4 lid 1, aanhef en onder 17, Capital Requirements Regulation (CCR). Nu vaststaat dat [eiseres] niet de notificatieprocedure voor een bijkantoor heeft doorlopen terwijl wel van een bijkantoor sprake was, heeft de AFM zich terecht op het standpunt gesteld dat door [eiseres] geen geslaagd beroep kon worden gedaan op uitzondering van de vergunningplicht op grond van art. 2:62, aanhef en onder a, Wft. Alleen bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit Malta kon [eiseres] zich op art. 2:62 Wft beroepen en dus niet bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

De conclusie is derhalve dat [eiseres] met het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor art. 2:60 lid 1 Wft heeft overtreden.

In het geval van overtreding van art. 2:60 Wft is de AFM bevoegd en mocht zij op grond van art. 1:80, aanhef en onder a, Wft een bestuurlijke boete opleggen.

Art. 11 Malta Banking Act, op grond waarvan de Maltese boete is opgelegd, en art. 2:60 Wft zijn in aard en strekking afwijkend. De boete door de AFM is opgelegd voor het illegaal aanbieden van krediet, de boete door de MFSA voor het niet vooraf melden van de vestiging van een bijkantoor (notificatieprocedure). Daarnaast verschillen de feitelijke gedragingen naar hun aard en strekking zodanig van elkaar dat niet van hetzelfde feit

kan worden gesproken. De boete van de MFSA ziet op een andere periode nu die niet is opgelegd voor de activiteiten van [eiseres] in Nederland, maar ziet op de periode voorafgaand aan het openen van het bijkantoor. De rechtbank komt tot de conclusie dat het ne bis in idem-beginsel niet in de weg staat aan het opleggen van een boete aan [eiseres] wegens overtreding van art. 2:60 lid 1 Wft.

Het voorgaande laat echter onverlet dat de boetes enige raakvlakken hebben en [eiseres] wel tweemaal een boete heeft moeten betalen. Bij de beoordeling van de evenredigheid van de hoogte van de boete heeft de AFM daar rekening mee gehouden.

[Naam onderneming] te Malta,

eiseres,

gemachtigden: mr. M.G. van Well, mr. S.M.C. Nuijten, mr. F.W.J. van der Eerden en mr. T. Janse, tegen

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),

verweerster,

gemachtigden: mr. C. de Rond en mr. M. Koppenol.

(...; red.).

Feiten

2.1. [eiseres] is een vennootschap ("Limited") naar Maltees recht en is statutair gevestigd te Malta. Enig aandeelhouder van [eiseres] is [naam aandeelhouder] [eiseres] staat sinds 11 november 2009 onder toezicht van de Malta Financial Services Authority (MFSA), die haar op grond van de Maltese Banking Act 1994 een bankvergunning heeft verleend voor onder meer het verstrekken van consumentenkrediet. Sinds 15 juni 2010 is [eiseres] opgenomen in het register van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) als Europees paspoorthouder in de zin van artikel 2:18 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), met als activiteit onder meer het grensoverschrijdend verstrekken van leningen.

2.2. De moedermaatschappij van [eiseres] heeft in 2012 ondernemingen overgenomen die flitskredieten aanboden in Nederland, Spanje, België en Polen. Daaronder bevond zich de Nederlandse flitskredietaanbieder [naam] ([naam]), waaraan de AFM bij besluit van 31 december 2013 een bestuurlijke boete heeft opgelegd voor het zonder vergunning aanbieden van krediet in Nederland.

De voormalige bestuurders van [naam] zijn na de overname gaan werken voor [eiseres] of de groep waarvan [eiseres] deel uitmaakte.

2.3. Op 3 september 2013 is [eiseres] gestart met het in Nederland aanbieden van krediet via de in de Nederlandse taal opgestelde website [naam website]. [naam 2] is een van de handelsnamen die gebruik werd door [Holding], de moedermaatschappij van [naam].

#### Onderzoek

3.1. Mede naar aanleiding van de informatie vermeld op de website [naam 2] is de AFM op 20 maart 2014 een onderzoek gestart naar de activiteiten van [eiseres] in Nederland. Op deze website stond vermeld dat [naam 2] gevestigd is in [plaats] en dat consumenten bij vragen contact kunnen opnemen met een Nederlands telefoonnummer. De AFM heeft op 20 maart 2014 aan de MFSA en aan [eiseres] een informatieverzoek gestuurd, waarop door hen op 4 respectievelijk 10 april 2014 is gereageerd. Ook ontving de AFM een afschrift van de reactie van [eiseres] op een informatieverzoek van DNB. Uit de van DNB ontvangen informatie is de AFM gebleken dat [eiseres] in Nederland bijna 40 fte aan werknemers in loondienst had. Hierdoor ontstond bij de AFM het vermoeden dat [eiseres] mogelijk niet voldeed aan de vergunningplicht en de gedragsregels die zijn gesteld voor het aanbieden van consumptief krediet en evenmin aan de voorwaarden die zijn verbonden aan grensoverschrijdende dienstverlening.

3.2. De AFM heeft op 15 en 16 maart 2016 op het kantoor van [eiseres] te [plaats], waar eerder [naam] was gevestigd, onaangekondigd onderzoek gedaan naar de naleving door [eiseres] van de Wft en de Wet handhaving consumentenbescherming bij het aanbieden van consumptief krediet in Nederland. De AFM heeft tijdens het onderzoek ter plaatse een aankondigingsbrief overhandigd met te overleggen documenten. Tevens heeft de AFM onder meer met [naam teamleider] ([naam 3]), teamleider back office, in aanwezigheid van de gemachtigde van [eiseres] een gesprek gevoerd.

3.3. [eiseres] is op 3 april 2016 gestopt met het in behandeling nemen van nieuwe kredietaanvragen van consumenten in Nederland. Op 13 juni 2016 heeft zij een bericht op de website [naam website] geplaatst waaruit blijkt dat het niet meer mogelijk is om krediet aan te vragen. In overleg met de

AFM heeft [eiseres] vervolgens haar Nederlandse kredietportefeuille afgewikkeld voor 1 januari 2017.

3.4. Uit de door [eiseres] aan de AFM verstrekte gegevens blijkt dat [eiseres] in de periode van 3 september 2013 tot en met 16 maart 2016 151.961 kredietaanvragen heeft ontvangen en 140.103 kredieten heeft verstrekt, waarmee zij een omzet heeft gerealiseerd van ruim € 57 miljoen. Het betrof kredieten van € 100,- of € 200,- met een terugbetalingstermijn van 15 of 30 dagen en kredieten van € 300,- tot € 600,- met een terugbetalingstermijn van 30 dagen. De rente op jaarbasis was eerst 15%, vanaf 15 juli 2015 13,9%. Een kredietaanvraag zonder bundel werd binnen zeven werkdagen behandeld en uitbetaald. [eiseres] heeft 19.193 kredieten verstrekt waarbij de consument koos voor “comfort bundel Gemak”, wat betekende dat de kredietaanvraag binnen vier uur werd afgehandeld tegen betaling van 20% van het geleende bedrag. [eiseres] heeft 112.531 kredieten verstrekt waarbij de consument koos voor “super bundel Snel”. Dit betekende dat de kredietaanvraag binnen tien minuten werd afgehandeld tegen betaling van 25% van het geleende bedrag.

3.5. Op basis van haar onderzoek is bij de AFM het vermoeden ontstaan dat [eiseres] haar activiteiten in Nederland heeft uitgevoerd vanuit een bijkantoor als bedoeld in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder 17, van de Single Supervisory Mechanism verordening (de SSM-verordening). De AFM heeft dit vermoeden bij brief van 5 oktober 2016 met bijbehorend rapport ter toetsing voorgelegd aan de MFSA.

3.6. Op 7 november 2017 heeft de AFM van de MFSA een kopie ontvangen van een brief van de MFSA aan [eiseres] van diezelfde datum. In die brief oordeelt de MFSA dat het kantoor van [eiseres] in [plaats] een niet-geregistreerd bijkantoor is en dat [eiseres] in Nederland activiteiten heeft verricht die verder gaan dan de diensten die [eiseres] zou mogen verlenen op basis van haar Europees paspoort. De MFSA heeft [eiseres] daarbij voor de keuze gesteld de notificatieprocedure voor het openen van een bijkantoor te doorlopen of om noodzakelijke maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat consumenten buiten Malta enkel worden bediend vanuit de infrastructuur in Malta.

3.7. Onder verwijzing naar dit oordeel van de MFSA heeft de AFM in haar onderzoeksrapport van 14 mei 2018 geconcludeerd dat [eiseres] op

basis van haar Europese bankvergunning op grond van artikel 2:18 van de Wft vanuit Malta krediet mocht aanbieden in Nederland zonder te beschikken over een daartoe door de AFM verleende vergunning (cross border dienstverlening). [eiseres] heeft evenwel krediet in Nederland aangeboden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Op grond van artikel 2:15 van de Wft was haar dit niet toegestaan, omdat [eiseres] de daarvoor vereiste notificatieprocedure niet had doorlopen. Gelet hierop kan [eiseres] zich niet beroepen op een uitzondering op de vergunningplicht. Nu [eiseres] niet beschikte over een vergunning voor het aanbieden van krediet in Nederland en zij geen beroep kon doen op artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft, heeft zij in de periode van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 artikel 2:60, eerste lid, van de Wft overtreden.

3.8. Bij besluit van 15 november 2018 heeft de MFSA aan [eiseres] een bestuurlijke boete ter hoogte van € 80.500 opgelegd. [eiseres] heeft volgens de MFSA in Nederland activiteiten verricht die verder gaan dan de diensten die [eiseres] zou mogen verlenen op basis van haar Europees paspoort en zij heeft in Nederland een bijkantoor gevestigd zonder dat de vereiste notificatieprocedure hiervoor is doorlopen. [eiseres] heeft tegen dit besluit geen rechtsmiddel ingesteld.

#### *Besluitvorming*

4. Na bij brief van 14 mei 2018, onder verwijzing naar het onderzoeksrapport van gelijklopende datum, een voornemen tot boeteoplegging aan [eiseres] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zienswijze van [eiseres] daarop, heeft de AFM [eiseres] bij het primaire besluit voor overtreding van artikel 2:60, aanhef en onder a, van de Wft een bestuurlijke boete van € 1.750.000,- opgelegd. Vervolgens heeft besluitvorming plaatsgevonden zoals vermeld onder Procesverloop.

#### *Beoordeling door de rechtbank*

5.1. Niet in geschil is dat [eiseres] van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 in Nederland krediet heeft aangeboden en dat zij niet beschikte over een daartoe door de AFM verleende vergunning. [eiseres] betoogt dat de in artikel 2:60, eerste lid, van de Wft neergelegde vergunningplicht op grond van artikel 2:62, aanhef en onder a, van deze wet niet op haar van toepassing was. In de visie van [eiseres] heeft de MFSA als home state

toezichthouder het primaat en diende de AFM het door de MFSA afgegeven Europese paspoort van [eiseres] te erkennen.

#### *Europees paspoort*

5.2. Op grond van Europese regelgeving kan een kredietinstelling zoals [eiseres] (opererend vanuit lidstaat Malta) onder omstandigheden ook zonder een vergunning van de AFM in Nederland krediet aanbieden. Dit volgt uit de (in de Wft geïmplementeerde) Richtlijn Kapitaalvereisten en de (rechtstreeks werkende) SSM-kaderverordening.

Een instelling met een in een andere Europese lidstaat verleende vergunning op basis van een Europees paspoort kan zijn diensten rechtstreeks in Nederland aanbieden of in Nederland een bijkantoor vestigen, mits is voldaan aan de gestelde voorwaarden. Van het voornemen gebruik te maken van de opties dient voor aanvang melding gemaakt worden bij zijn nationale bevoegde autoriteit, hier DNB. Niet in geschil is dat [eiseres] op basis van haar Europese bankvergunning de diensten in Nederland rechtstreeks mocht aanbieden vanuit Malta. Het geschil spitst zich toe op de vraag of [eiseres] vanuit een bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder dat aan de voorwaarden is voldaan.

#### *Bijkantoor*

5.3. In de visie van [eiseres] kwalificeerde het kantoor in [plaats] niet als een bijkantoor, maar slechts als een representative office of luisterpost. De AFM heeft na gedegen onderzoek geconstateerd dat de activiteiten die vanuit het Nederlandse kantoor zijn verricht inherent zijn aan het aanbieden van (flits)krediet en niet slechts van ondersteunende of ondergeschikte aard zijn ten opzichte van het kantoor in Malta. Dit standpunt is bevestigd door de MFSA.

De wijze waarop [eiseres] zich presenteerde in Nederland aan consumenten wekte de indruk dat deze te maken hadden met een Nederlandse bank of een buitenlandse bank met een Nederlands bijkantoor. Het kantoor werd als centraal aanspreekpunt gepresenteerd. Het kantoor was gevestigd in Nederland, de website (.nl) was in de Nederlandse taal opgesteld, de medewerkers van het kantoor spraken de Nederlandse taal en gebruikten een Nederlands telefoonnummer. Alle correspondentie (per post, e-mail en telefonisch) met consumenten werd uitgevoerd vanuit het

Nederlandse kantoor in de Nederlandse taal. Er werd slechts summier of in kleine letters vermeld dat de diensten door een Maltese bank werden aangeboden.

De AFM heeft terecht gewezen op de omvang van de Nederlandse vestiging die niet duidt op slechts een back office. In het Nederlandse kantoor waren circa 40 fulltime medewerkers met verschillende functies actief. Het verificatie- en identificatieproces, het inhoudelijk beoordelen van de kredietaanvragen en het uitvoeren van de kredietovereenkomsten en het afhandelen van betalingsachterstanden vond plaats vanuit de Nederlandse vestiging. De medewerkers waren verantwoordelijk voor het opstellen en verspreiden van facturen en aanmaningen op naam van [eiseres]. Zij belden actief naar klanten met een betalingsachterstand om te vragen wanneer er zou worden betaald. Zij konden een betalingsregeling treffen waarbij de Nederlandse medewerker binnen bepaalde grenzen naar eigen inzicht en afhankelijk van de situatie van de klant de invulling van de betalingsregeling kon bepalen. Of klanten het kantoor al dan niet bezochten kan in het midden blijven nu dit gelet op alle overige punten niet doorslaggevend is.

Het Management Credit Committee (MCC) bestaande uit [naam 4], [naam 5] en [naam 6] stelden gezamenlijk de kredietvoorwaarden en risico-parameters vast. Uit het onderzoek van de MFSA komt naar voren dat diverse bijeenkomsten van de MCC in Nederland werden gehouden. Ook [naam 3] bevestigt in haar verklaring dat door de MCC één keer per maand vergaderingen in Nederland plaatsvonden. Zowel [naam 4] als [naam 6] hadden hun kantoor in Nederland. Het MCC opereerde feitelijk vanuit de Nederlandse vestiging. Het Nederlandse IT-team vertaalde de kredietvoorwaarden en risicoparameters in digitale business rules en implementeerde ze in het computersysteem, zodat dit systeem geautomatiseerd kredietaanvragen kon beoordelen. Het systeem draaide op (interne) servers die zich bevonden op Nederlands grondgebied. De in Nederland gevestigde data-analisten concludeerden aan de hand van de uitkomsten van de digitale risicomodellen of de (flits)kredieten al dan niet werden verleend.

[eiseres] heeft haar stelling dat in Nederland geen kredietbeslissingen werden genomen, geen kredieten werden goedgekeurd en dat ook niet de relevante parameters werden vastgesteld niet na-

der onderbouwd. De AFM heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat de snelheid waarmee de (flits)kredieten in Nederland werden verstrekt het, gelet op alle omstandigheden, praktisch onmogelijk maakte dat dit steeds vanuit Malta gebeurde. Daarbij komt dat [eiseres] de overige specifiek hiervoor genoemde activiteiten vanuit het kantoor in Nederland niet heeft betwist. Op grond van het voorgaande heeft de AFM kunnen concluderen dat de met [eiseres] gesloten kredietovereenkomsten zeer waarschijnlijk niet, en zeker niet op dezelfde schaal, tot stand hadden kunnen komen zonder tussenkomst van het kantoor in [plaats]. Van enkel back office ondersteunende activiteiten was geen sprake. Evenmin kon het kantoor enkel als representative office of vertegenwoordigend kantoor kunnen worden aangemerkt. De Nederlandse vestiging functioneerde niet uitsluitend als luisterpost.

De rechtbank volgt de AFM dan ook in haar standpunt dat het kantoor van [eiseres] functioneerde als bijkantoor als bedoeld in artikel 4, eerste lid, aanhef en onder 17, van de SSM-verordening.

#### *Notificatieprocedure*

5.4. [eiseres] was, als niet-significante bank, gehouden vóór aanvang van haar activiteiten vanuit Nederland (dus vóór 3 september 2013) aan de MFSA kennis te geven van de vestiging van een bijkantoor op het grondgebied van een andere lidstaat, met inachtneming van de vereisten van artikel 35, tweede lid, van de Richtlijn Kapitaalsvereisten. [eiseres] heeft de MFSA destijds geen kennis gegeven van haar intentie om in Nederland een bijkantoor te vestigen. Op 7 november 2017 heeft de MFSA per brief bericht dat [eiseres] in Nederland activiteiten heeft verricht die verder gaan dan de diensten die [eiseres] zou mogen verlenen op basis van haar Europees paspoort en dat in Nederland een bijkantoor is gevestigd zonder dat de vereiste notificatieprocedure hiervoor is doorlopen. Bij besluit van 15 november 2018 heeft de MFSA [eiseres] om deze reden een bestuurlijke boete opgelegd. [eiseres] heeft tegen dit besluit geen rechtsmiddel ingesteld, zodat het besluit in rechte vast staat.

#### *Uitzondering van artikel 2:62 van de Wft*

5.5. Nu gelet op het voorgaande vast staat dat [eiseres] niet de notificatieprocedure voor een bijkantoor heeft doorlopen terwijl wel van een

bijkantoor sprake was, heeft de AFM zich terecht op het standpunt gesteld dat door [eiseres] geen geslaagd beroep kon worden gedaan op uitzondering van de vergunningplicht op grond van artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft. In artikel 2:62 van de Wft wordt onderscheid gemaakt tussen het uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor en het verrichten van diensten naar Nederland, waarbij wordt verwezen naar afdeling 2.2.2. van de Wft. In die afdeling zien de artikelen 2:14 en 2:15 van de Wft specifiek op de mededeling in verband met het uitoefenen van het bedrijf vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor. Artikel 2:18 van de Wft ziet op de mededeling in verband het voornemen voor de eerste maal door middel van het verrichten van diensten naar Nederland het bedrijf uit te oefenen. Het begrip diensten strekt zich niet mede uit tot het vestigen van een bijkantoor. Voor de vestiging van een bijkantoor is in de artikel 2:14 en 2:15 van de Wft een eigen, afwijkende procedure beschreven. Alleen bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit Malta kon [eiseres] zich op artikel 2:62 van de Wft beroepen en dus niet bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

#### *Overtreding*

5.6. De conclusie is dat [eiseres] met het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor artikel 2:60, eerste lid, van de Wft heeft overtreden.

#### *Bevoegdheid*

6.1. Het betoog van [eiseres] dat de AFM niet bevoegd was tot het opleggen van de bestuurlijke boete aan [eiseres] slaagt niet.

Uitgangspunt is dat elke financiële onderneming die in Nederland krediet aanbiedt, hiervoor in beginsel een vergunning nodig heeft op grond van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft. Dit artikel kent een algemene verbodsbepaling om zonder vergunning van de AFM krediet aan te bieden. Het is een bepaling van nationaal toezicht. De artikelen 2:61 en 2:62 van de Wft vormen een uitzondering op dat verbod. Zoals hiervoor onder 5.5 al is overwogen maken de Wft (artikelen 2:14, 2:15 en 2:18) en ook de SSM-Kaderverordening (artikelen 11 en 12) expliciet onderscheid tussen het uitoefenen van het bedrijf van een bank vanuit enerzijds een bijkantoor in Nederland en anderzijds door het verrichten van diensten naar Ne-

derland (cross border dienstverlening). De procedures verschillen wezenlijk van elkaar en leiden tot andere gevolgen.

Bij het openen van een bijkantoor in Nederland had DNB op 3 september 2013 op grond van artikel 2:14, tweede lid, van de Wft de bevoegdheid om binnen twee maanden mee te delen welke voorwaarden om redenen van algemeen belang door de bank in acht moeten worden genomen bij het uitoefenen van haar bedrijf vanuit het bijkantoor. Die bevoegdheid had DNB niet bij cross border dienstverlening. Zoals hiervoor is vastgesteld was het [eiseres] op basis van haar Europese paspoort slechts toegestaan diensten vanuit Malta te verrichten naar Nederland en mocht zij geen krediet aanbieden vanuit een bijkantoor in Nederland, omdat zij niet de juiste notificatieprocedure daarvoor had doorlopen. [eiseres] kon daarom geen beroep doen op artikel 2:62, aanhef en onder a, van de Wft. In het geval van overtreding van artikel 2:60 van de Wft is de AFM bevoegd en mocht zij op grond van artikel 1:80, aanhef en onder a, van de Wft een bestuurlijke boete opleggen. De MFSA als buitenlandse toezichthouder heeft gelet op het territorialiteitsbeginsel geen bevoegdheid met betrekking tot artikel 2:60 van de Wft.

6.2. [eiseres] beroept zich op artikel 2:61, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wft. Zij meent met inwerkingtreding van de SSM-verordening op grond van artikel 33, vijfde lid, van de verordening (EU) nr. 1024/2013 per 3 november 2013 over een ECB-vergunning te beschikken en dus uitgezonderd te zijn van artikel 2:60 van de Wft. Dit betoog slaagt niet.

6.3. [eiseres] is op 3 september 2013 begonnen met het aanbieden van krediet in Nederland via een bijkantoor. Vanaf dat moment is zij in overtreding. De SSM-verordening is op 3 november 2013 in werking getreden, de ECB is met ingang van 4 november 2014 begonnen met de uitvoering van haar taken en artikel 2:61, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wft is met ingang van 12 juni 2015 gewijzigd. Het aan [eiseres] verleende Europese paspoort zag slechts op cross border dienstverlening. Ook na wijziging van de Europese regelgeving gelden notificatieregels voor het openen van een bijkantoor in een andere lidstaat (artikel 11 van de SSM-Kaderverordening). [eiseres] was in de gehele periode van overtreding (tot 13 juni 2016) gehouden de home state toezichthouder (MFSA) in kennis te stellen van het ope-

nen van een bijkantoor. Nu zij dit niet heeft gedaan is zij de gehele tegengeworpen periode in overtreding geweest. [eiseres] kan niet gevolgd worden in haar standpunt dat het Europese paspoort voor cross border dienstverlening (van rechtswege) omgezet is naar een ECB-vergunning die zonder voorafgaande kennisgeving ook geldig is voor het openen van een bijkantoor in de host state.

#### *Ne bis in idem*

7.1. Het betoog van [eiseres] dat sprake is van strijd met het ne bis in idem-beginsel, nu zij bij besluit van 15 november 2018 door de MFSA voor hetzelfde feit is beboet, faalt.

Zoals de AFM in het bestreden besluit in overwegingen 110 tot en met 118 en haar nadere toelichting in het verweerschrift onder punten 6.2 tot en met 6.23 terecht opmerkt, is [eiseres] niet beboet voor hetzelfde feit. Hoewel de twee boetes wel in elkaars verlengde liggen zijn de juridische aard van de feiten en de feitelijke gedragingen verschillend. Artikel 11 van de Malta Banking Act, op grond waarvan de Maltese boete is opgelegd, en artikel 2:60 van de Wft zijn in aard en strekking afwijkend. De boete door de AFM is opgelegd voor het illegaal aanbieden van krediet, de boete door de MFSA voor het niet vooraf melden van de vestiging van een bijkantoor (notificatieprocedure). Daarnaast verschillen de feitelijke gedragingen naar hun aard en strekking zodanig van elkaar dat niet van hetzelfde feit kan worden gesproken. De boete van de MFSA ziet op een andere periode nu die niet is opgelegd voor de activiteiten van [eiseres] in Nederland, maar ziet op de periode voorafgaand aan het openen van het bijkantoor. De rechtbank komt met de AFM tot de conclusie dat het ne bis in idem-beginsel niet in de weg staat aan het opleggen van een boete aan [eiseres] wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft.

Het voorgaande laat echter onverlet dat de boetes enige raakvlakken hebben en [eiseres] wel tweemaal een boete heeft moeten betalen. Bij de beoordeling van de evenredigheid van de hoogte van de boete heeft de AFM daar rekening mee gehouden.

#### *Vertrouwensbeginsel*

7.2. De rechtbank ziet in het dossier geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de AFM jegens [eiseres] in strijd met het vertrouwensbeginsel

heeft gehandeld. Uit de verlening van het Europese paspoort door de MFSA voor de cross border dienstverlening kon [eiseres] geen gerechtvaardigd vertrouwen ontlenen dat zij krediet vanuit een bijkantoor in Nederland mocht aanbieden. Evenmin volgt dit uit de omstandigheid dat [eiseres] haar business plan in 2013 ter beoordeling aan de MFSA heeft voorgelegd. Op pagina 20 van het business plan staat uitdrukkelijk vermeld dat geen sprake is van vestiging van een bijkantoor, zodat [eiseres] in praktijk anders gehandeld heeft dan zij in haar business plan deed voorkomen. Niet gebleken is van een toezegging door de MFSA dat het [eiseres] was toegestaan om vanuit een bijkantoor in Nederland krediet aan te bieden.

#### *Vertaling*

7.3. De rechtbank is met de AFM van oordeel dat [eiseres] niet in haar verdediging is geschaad doordat aan haar geen vertaling van het boeterapport en -besluit is verstrekt in de Engelse taal. De AFM heeft terecht gewezen op de omstandigheid dat [eiseres] op de Nederlandse markt leningen heeft aangeboden en daarbij de Nederlandse taal heeft gebruikt, dat twee van de zeven leden van het bestuur van [eiseres] de Nederlandse nationaliteit bezitten, dat de enig aandeelhouder van [eiseres] een Nederlandse onderneming is en dat [eiseres] wordt vertegenwoordigd door advocaten die de Nederlandse taal machtig zijn.

#### *Wilsafhankelijke informatie*

7.4. Het standpunt van [eiseres] dat aan de vaststelling van deze overtreding wilsafhankelijke informatie ten grondslag ligt die de AFM via haar informatieverzoeken onder dwang heeft verkregen, volgt de rechtbank niet. Voor zover [eiseres] in reactie op informatievorderingen schriftelijk wilsafhankelijk materiaal heeft verstrekt, is dat wilsafhankelijke materiaal niet gebruikt als bewijs van de overtreding. [eiseres] heeft weliswaar genoemd welke door haar naar aanleiding van de informatieverzoeken verstrekte informatie volgens haar wilsafhankelijk is, maar zij heeft niet toegelicht waaruit blijkt dat deze informatie als bewijs van de overtreding is gebruikt. De AFM heeft voor het bewijs gebruik gemaakt, en ook gebruik mogen maken, van wilsafhankelijke informatie afkomstig van de website [naam website], de Algemene Voorwaarden van [eiseres] en het register van DNB en daarnaast van de verkla-

ring van [naam 3]. Het standpunt van [eiseres] dat de verklaringen van [naam 3] tijdens het gesprek op 15 maart 2016 niet mogen worden gebruikt als bewijs, omdat de cautie achterwege is gebleven en deze verklaringen onder dwang zijn afgelegd, volgt de rechtbank niet. [naam 3] was geen bestuurder van [eiseres], terwijl dat volgens vaste rechtspraak (bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 24 oktober 2018 (ECI:NL:RVS:2018:3494) bepalend is voor het antwoord op de vraag of haar de cautie had moeten worden gegeven. Evenmin is aannemelijk geworden dat [naam 3] als feitelijk leidinggever aan een overtreding van [eiseres] beboet had kunnen worden en dat haar om die reden zwijgrecht toekwam. De hiervoor genoemde wilsonafhankelijke informatie en de verklaring van [naam 3] vormen, in samenhang gezien, voldoende bewijs dat [eiseres] vanuit een bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder de daarvoor vereiste notificatieprocedure te hebben doorlopen.

#### *Hoogte van de boete*

8.1. Gelet op artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector viel een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft ten tijde hier van belang in boetecategorie 3. Voor deze categorie gold op grond van 1:81, eerste en tweede lid, van de Wft een basisbedrag van € 2.000.000,-. De AFM heeft het basisbedrag vanwege bovengemiddelde ernst en duur van de overtreding verhoogd met 25%. Daarnaast heeft zij het basisbedrag met nog eens 25% verhoogd op grond van bovengemiddelde verwijtbaarheid, zodat het bedrag op € 3.000.000,- uitkomt. Op grond van haar vermogen is [eiseres] ingedeeld in de 60%-categorie van het AFM-boetetoemingsbeleid en is het bedrag verlaagd tot € 1.800.000,-. De AFM heeft vervolgens de boete verlaagd met € 50.000,-, omdat de boete van de MFSA op zekere hoogte met de boete van de AFM in verband staat. Het boetebedrag komt daarmee uit op € 1.750.000,-.

8.2. De rechtbank volgt [eiseres] niet in haar stelling dat het basisbedrag niet met 25% mocht worden verhoogd vanwege de ernst van de overtreding, omdat onvoldoende onderzoek is gedaan naar de hoogte van de kredietvergoeding en vanwege gebrekkige motivering. Ten eerste ziet deze verhoging ook op de duur van de overtreding. De AFM heeft [eiseres] voldoende gemotiveerd teruggeworpen dat zij een lange periode, bijna drie

jaar lang, illegaal op grote schaal flitskredieten aan Nederlandse consumenten heeft aangeboden. Ten tweede blijkt uit het onderzoeksrapport (pagina 11-13) dat de AFM ook onderzoek heeft gedaan naar door [eiseres] in rekening gebrachte kosten voor kredieten. De AFM heeft in het boetebesluit vastgesteld (pagina 31) dat [eiseres] vrijwel altijd hogere kosten in rekening bracht dan wettelijk voor kredietaanbieders is toegestaan. De AFM heeft vastgesteld dat [eiseres] naast de maximale kredietvergoeding aan circa 80% van haar klanten kosten in rekening bracht van 25% van het geleende bedrag voor de service het bedrag direct op de dag van aanvraag uitbetaald te krijgen (super bundel Snel). Nog eens 14% van de klanten betaalde 20% extra kosten om het bedrag binnen vier dagen te ontvangen (comfort bundel Gemak). Dat [eiseres] zich hier niet over heeft kunnen uitlaten wordt niet gevolgd, nu zij zowel na het onderzoeksrapport en voornemen als na het boetebesluit daartoe voldoende in de gelegenheid is geweest.

8.3. De rechtbank is van oordeel dat de AFM in wat overigens is aangevoerd terecht geen aanleiding heeft gezien tot verdere matiging van de boete. De AFM heeft in haar besluitvorming reeds meegewogen dat [eiseres] zich gedurende het onderzoek coöperatief heeft opgesteld en dat zij haar bedrijfsvoering heeft aangepast nadat de AFM zich op het standpunt stelde dat zij een illegaal bijkantoor had gevestigd. Van een onderneming die zich niet houdt aan de regels mag echter worden verwacht dat zij (direct) medewerking verleent aan het onderzoek van de toezichthouder en zij is daartoe op grond van artikel 5:20 van de Awb ook gehouden. Daarbij is van belang dat [eiseres] pas actie heeft ondernomen nadat zij signalen van de AFM ontving in het kader van de illegaliteit van dit concept, terwijl het in feite al drie jaar om een vorm van doorstart van (vergelijkbare illegale) activiteiten van [naam] ging, die eerst zijn gestopt na ingrijpen door de AFM. Dat [eiseres] wel een Europees paspoort voor cross border activiteiten had doet aan het voorgaande niet af, nu het haar daarmee niet was toegestaan krediet in Nederland aan te bieden via een bijkantoor. De door [eiseres] verleende medewerking was mede gelet op het voorgaande niet van dien aard dat de AFM op grond hiervan tot verlaging van het boetebedrag diende over te gaan.

8.4. Dat aan andere ondernemingen bestuurlijke boetes zijn opgelegd voor vergelijkbare overtre-



dingen met lagere boetebedragen maakt niet dat de aan [eiseres] opgelegde boete onevenredig is. De AFM heeft bij bepaling van de hoogte van de boete de wettelijke systematiek en haar boetetoemtingsbeleid gevolgd. [eiseres] heeft niet onderbouwd dat bij eerdere door de AFM opgelegde bestuurlijke boetes voor overtreding van artikel 2:60 van de Wft sprake was dezelfde feiten en omstandigheden als bij [eiseres]. Ook de stelling dat de boete van [eiseres] de hoogste uit 2018 is maakt niet dat de boete onevenredig is. [eiseres] heeft niet onderbouwd dat de boetes uit dat jaar zijn opgelegd voor dezelfde overtreding en dat sprake is van gelijke omstandigheden.

#### *Tijdsverloop*

9. Ook in de overschrijding van de in artikel 5:51, eerste lid, van de Awb opgenomen beslistermijn is geen grond gelegen voor het oordeel dat de AFM aanleiding had moeten zien de boete te matigen. Anders dan [eiseres] meent, is de termijn aangevangen met het uitbrengen van het boeterapport van 14 mei 2018 en niet met het rapport van 4 oktober 2016 dat de AFM bij brief van 5 oktober 2016 heeft toegezonden aan de MFSA. Laatstgenoemd rapport bevat slechts het vermoeden van de AFM dat sprake is van een bijkantoor en een beschrijving van de door de AFM geconstateerde activiteiten op het kantoor. In dit rapport wordt geen overtreding van 2:60, eerste lid, van de Wft vastgesteld, wat in het rapport van 14 mei 2018 wel het geval is. Dit laatste rapport voldoet dan ook aan de vereisten van artikel 5:48, eerste lid, van de Awb. In tegenstelling tot wat [eiseres] stelt heeft de AFM na 4 oktober 2016 nog wel onderzoekshandelingen verricht. Zo heeft er nog correspondentie tussen [eiseres], de AFM en MFSA plaatsgevonden en heeft de AFM het oordeel van de MFSA bestudeerd alvorens zij de overtreding in haar boeterapport heeft opgenomen.

Nu de termijn is aangevangen op 14 mei 2018 is de overschrijding van de beslistermijn aanzienlijk beperkter (twee maanden) dan [eiseres] stelt. De termijn van dertien weken is een termijn van orde. Gelet op de geringe overschrijding van de termijn in combinatie met de complexiteit van zaak waarbij internationale aspecten een rol spelen bestaat geen aanleiding tot matiging van de boete.

#### *Conclusie*

10. Het beroep is ongegrond. Wat [eiseres] overigens aan beroepsgronden heeft aangevoerd, kan in het licht van het voorgaande onbesproken blijven.

11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### *Beslissing*

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

#### **NOOT**

1. Het komt niet vaak voor: een uitspraak over de juridische én praktische uitleg van een wezenlijk kernbegrip van het materiële financieeltoezichtrecht. Meestal gaat het in uitspraken bij procedures over de Wft toch vooral over de formele bevoegdheden van de toezichthouders. De onderhavige uitspraak geeft concrete handvatten voor de uitleg van een voor de praktijk erg belangrijke definitie uit de Wft en de, voor banken rechtstreeks van toepassing zijnde, Capital Requirements Regulation (CCR): het "bijkantoor".
2. Het betreft hier een geschil tussen een Maltese bank en de AFM. Eiseres is gevestigd op Malta en heeft een bankvergunning van de Malta Financial Services Authority (MFSA). Op grond van deze bankvergunning mocht eiseres krediet verstrekken aan onder andere consumenten. Sinds juni 2010 is eiseres op grond van haar Europees paspoort opgenomen in het register van DNB om *grensoverschrijdend* haar bancaire diensten te verlenen, waaronder het verstrekken van (consumenten)krediet in Nederland.
3. De AFM, als bevoegde toezichthouder op in Nederland aangeboden consumptieve kredieten, is in 2014 een onderzoek gestart naar de activiteiten van eiseres in Nederland. Uit het onderzoek blijkt dat eiseres (flits)kredieten aanbood aan consumenten in Nederland met hoge kredietkosten. Het krediet werd door eiseres in Nederland aangeboden via een Nederlandstalige website. Op deze website stond vermeld dat de kredietverlener gevestigd is in een Nederlandse plaats, Berkel en Rodenrijs. Consumenten konden met vragen contact opnemen met een Nederlands telefoonnummer. Verder bleek de AFM dat eiseres in Nederland bijna 40 fte aan werknemers in loondienst had.

4. Bij de AFM ontstond het vermoeden dat eiseres haar activiteiten heeft uitgevoerd vanuit een *bijkantoor* in Nederland, terwijl zij alleen geregistreerd was bij DNB om op basis van haar Europees paspoort op *grensoverschrijdende* basis kredieten te verstrekken. De AFM heeft dit vermoeden voorgelegd aan de MFSA, de home state toezichthouder van eiseres. De MFSA oordeelde ook dat de Nederlandse vestiging van eiseres een niet-geregistreerd bijkantoor was en legde om die reden een bestuurlijke boete van € 80.500 op. Eiseres heeft hiertegen geen rechtsmiddel ingesteld. De AFM oordeelde in mei 2018 dat eiseres de vergunningplicht voor aanbieders van consumptief krediet in Nederland (art. 2:60 lid 1 Wft) overtrad en legde een bestuurlijke boete van € 1.750.000 op.

5. De rechtbank heeft zich in deze procedure over een aantal interessante kwesties uitgelaten, waarvan ik er hier een aantal uitlicht. De punten die hier zullen worden besproken zijn (i) wanneer is er feitelijk sprake van een bijkantoor, (ii) was er voor eiseres, als vergunninghoudende bank uit een EU-lidstaat, sprake van een uitzondering op de vergunningplicht van art. 2:60 Wft voor kredietaanbieders, en (iii) was de AFM wel bevoegd om een maatregel op te leggen. Andere, meer formele, ook interessante onderwerpen in de uitspraak – zoals over het *ne bis in idem*- en vertrouwensbeginsel, het leerstuk van de wilsafhankelijke informatie en boetematiging – bespreek ik hier niet.

6. (i) *Bijkantoor*. De toezichtregels voor banken in de EU zijn nagenoeg volledig geharmoniseerd. Zo zijn banken onderhevig aan de vergunningeisen en doorlopende verplichtingen van de EU Capital Requirements Directive (CRD) en de daarbij horende Capital Requirements Regulation (CRR). Verder is het toezicht op banken in de eurolanden geharmoniseerd door de inwerkingtreding van de Bankenunie, het Single Supervisory Mechanism (SSM). Als gevolg daarvan zijn alle banken binnen de eurozone onder het toezicht van de Europese Centrale Bank (ECB) gebracht.

7. Onderdeel van de harmonisatie van bankenregels in de EU door middel van een EU-richtlijn is het daarbij horende vrije verkeer van vestiging en van diensten. Een vergunninghoudende bank met een zetel in een EU-lidstaat kan op basis van haar EU-paspoort haar bancaire diensten eenvoudig verlenen in de andere EU-lidstaten. Daarvoor hoeft zij enkel een specifieke notificatiepro-

cedure via de toezichthouder van haar home state (lidstaat van vestiging) te doorlopen. Zij hoeft dus niet in elk van de lidstaten een aparte vergunning aan te vragen. Ook rust het toezicht op de activiteiten van de bank in de andere lidstaat primair bij de home state toezichthouder. Zie voor een uitgebreide beschrijving van EU-paspoorten voor banken: B. Bierman, 'Over de grenzen: een vernieuwd paspoortregime voor banken in het Single Supervisory Mechanism', *FR* 2016, nr. 1/2, p. 28-38 en E.J. van Praag, *Europees financieel toezicht; bevoegdheden in het Europees financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017. Een dergelijk Europees paspoort geldt ook voor andere typen financiële ondernemingen waarop een EU-richtlijn van toepassing is. Denk bijvoorbeeld aan beleggingsondernemingen, betaalinstanties en verzekeraars. 8. Met het Europees paspoort kan een bank op twee manieren haar bedrijf uitoefenen in een andere (host) lidstaat: (i) vanuit een bijkantoor, en (ii) door het verrichten van grensoverschrijdende diensten (*cross border* dienstverlening). De notificatieprocedure en vervolgens van toepassing zijnde doorlopende regels voor bijkantoren zijn zwaarder dan die voor grensoverschrijdende diensten. Bij de notificatie dient dan ook telkens te worden aangegeven of het voornemen is een bijkantoor te openen of om cross-border diensten te verlenen.

9. De definitie van bijkantoor in art. 4(17) CRR luidt: "een bedrijfszetel welke een deel zonder juridische zelfstandigheid vormt van een instelling en welke rechtstreeks, geheel of gedeeltelijk de handelingen verricht die eigen zijn aan de werkzaamheden van een instelling". Het betreft dus een nevenvestiging van de vergunninghoudende rechtspersoon, die activiteiten verricht die eigen zijn aan een bank. Overigens is dit ook relevant voor de vergelijkbare definitie van "bijkantoor" in art. 1:1 Wft voor andere typen financiële ondernemingen.

10. Niet in het geding is dat eiseres vanuit Malta in Nederland diensten mocht aanbieden op basis van haar Europese paspoort. De crux van het geschil zit hem echter in de vraag of eiseres het consumptief krediet in Nederland aanbood via grensoverschrijdende dienstverlening (zoals haar op grond van haar paspoortnotificatie in het DNB-register was toegestaan), of vanuit een bijkantoor in Nederland (waarvoor zij de procedure niet had doorlopen).

11. Eiseres heeft zich op het standpunt gesteld dat het kantoor slechts kwalificeerde als "luisterpost" of "representative office", niet als bijkantoor. De rechtbank volgt de AFM echter in haar standpunt dat het kantoor van eiseres wel functioneerde als bijkantoor als bedoeld in CRR (door de rechtbank consequent abusievelijk verward met de SSM-Verordening, r.o. 5.3). De rechtbank benoemt daarbij de feiten en omstandigheden die de AFM mocht gebruiken om te oordelen of de vestiging van eiseres als een bijkantoor kwalificeerde. Voor de praktijk is deze opsomming met concrete handvatten erg behulpzaam. De in de uitspraak genoemde aanknopingspunten zijn de volgende:

– Nederlandse presentatie: Eiseres presenteerde zich als een Nederlandse instelling. Zo werd het Nederlandse kantoor als centraal aanspreekpunt voor klanten gepresenteerd. Het kantoor was gevestigd in Nederland, de website (.nl) was in het Nederlands opgesteld, de medewerkers van het kantoor spraken en corresponderden in het Nederlands en gebruikten een Nederlands telefoonnummer.

– Omvang en werkzaamheden Nederlandse kantoor: De omvang en werkzaamheden wezen ook op een bijkantoor. In het Nederlandse kantoor werkten ongeveer 40 fulltime medewerkers. De diverse fasen in een kredietverleningsproces vonden ook plaats vanuit het Nederlandse kantoor: de customer due diligence, de beoordeling van de kredietaanvragen, het uitvoeren van de kredietovereenkomsten en het afhandelen van betalingsachterstanden. De rechtbank vindt het niet doorslaggevend of klanten het Nederlandse kantoor al dan niet bezochten.

– Interne processen: De commissie van eiseres die gezamenlijk de kredietvoorwaarden en risicoparameters vaststelde (de MCC) opereerde volgens de rechtbank feitelijk ook vanuit de Nederlandse vestiging. Zo werden diverse bijeenkomsten van de MCC in Nederland gehouden, en hielden enkele MCC-leden kantoor in Nederland. Ook het IT-team dat de kredietvoorwaarden en risicoparameters digitaal implementeerde, en het data-analistenteam, waren in Nederland gevestigd. De servers van het IT-systeem stonden ook in Nederland.

12. Concluderend overweegt de rechtbank dat op grond hiervan de AFM heeft kunnen concluderen dat de met eiseres gesloten kredietovereenkomsten zeer waarschijnlijk niet, en zeker niet op de

zelfde schaal, tot stand hadden kunnen komen zonder tussenkomst van het Nederlandse kantoor. Van enkel backoffice/ondersteunende/luisterpostactiviteiten was volgens de rechtbank geen sprake.

13. Wat mij betreft is dit – gelet op de geschetste feiten – een logische conclusie. Hadden slechts enkele van deze feiten zich voorgedaan, dan zou naar mijn mening ook al aan de definitie van bijkantoor zijn voldaan.

14. (ii) *Uitzondering art. 2:62 Wft*. De AFM heeft de boete aan eiseres opgelegd vanwege het overtreden van art. 2:60 lid 1 Wft. Daarin is bepaald dat het verboden is in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet (aan consumenten) aan te bieden. Eiseres betoogt dat dit verbod niet op haar van toepassing is op grond van de uitzondering van art. 2:62, aanhef en onder a, Wft.

15. Deze uitzondering geldt voor banken met een zetel in een andere lidstaat die hun bedrijf uitoefenen vanuit een bijkantoor of door middel van het verrichten van grensoverschrijdende diensten naar Nederland, voor zover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 Wft is toegestaan krediet aan te bieden. In afdeling 2.2.2 Wft is de markttoegang in Nederland voor banken geregeld, onder meer via de notificatieprocedure op grond van het Europees paspoort voor bijkantoren dan wel grensoverschrijdende diensten (respectievelijk art. 2:14 en art. 2:18 Wft).

16. De rechtbank oordeelt dat, nu vaststaat dat eiseres niet de juiste notificatieprocedure voor een bijkantoor in Nederland heeft doorlopen terwijl wel van een bijkantoor sprake was, de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat deze uitzondering niet opgaat (r.o. 5.5). De rechtbank concludeert dat voor de vestiging van een bijkantoor in Nederland door een bank met een zetel in een andere lidstaat in afdeling 2.2.2 Wft, art. 2:14 Wft, een eigen, afwijkende procedure is beschreven. Eiseres kon alleen van de uitzondering van art. 2:62 Wft gebruikmaken bij het grensoverschrijdend aanbieden van krediet in Nederland vanuit Malta zelf, en dus niet bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een Nederlands bijkantoor. Ook dit oordeel van de rechtbank komt mij als logisch voor.

17. (iii) *Bevoegdheid*. Eiseres betoogde tevergeefs dat de AFM niet bevoegd was tot het opleggen van de bestuurlijke boete. De rechtbank geeft aan dat de AFM bevoegd is ten aanzien van

art. 2:60 Wft, en op grond van art. 1:80, aanhef en onder a, Wft een bestuurlijke boete mag opleggen. Nu de AFM dus constateert dat de uitzondering van art. 2:62 Wft niet opgaat omdat de juiste notificatieprocedure niet is gevolgd, is het verbod om zonder vergunning in Nederland krediet aan te bieden overtreden en mag zij een boete opleggen. De MFSA is als buitenlandse toezichthouder volgens de rechtbank, gelet op het territorialiteitsbeginsel, in elk geval niet bevoegd met betrekking tot het verbod van art. 2:60 Wft om in Nederland krediet aan te bieden (r.o. 6.1).

18. Ook deze conclusie van de rechtbank is op zich niet verbazingwekkend. Belangrijk punt daarbij is dat de AFM de boete niet oplegt omdat de Maltese bank de onjuiste notificatieprocedure volgde (op dat punt was de MFSA bevoegd), maar omdat zonder een vergunning consumptief krediet in Nederland was verleend.

19. Minder vanzelfsprekend is de reactie van de rechtbank op het kennelijke beroep van eiseres op de uitzondering van art. 2:61 lid 1 aanhef en onder c Wft (r.o. 6.2 en 6.3). Dat artikel bevat een uitzondering voor de vergunningplicht voor kredietaanbieders voor financiële ondernemingen die “voor het uitoefenen van het bedrijf van bank een door de Europese Centrale Bank of de Nederlandsche Bank verleende vergunning hebben”. Eiseres stelde dat zij, als Maltese bank, met inwerkingtreding van de SSM-verordening op grond waarvan de ECB de bankvergunningen in eurolanden verstrekt, per 3 november 2013 over een ECB-vergunning beschikt, en op grond van genoemd artikel dus uitgezonderd was van art. 2:60 Wft.

20. De rechtbank wijst dit beroep op de uitzondering van art. 2:61 lid 1 aanhef en onder c Wft af, maar met een redenering die ik niet helemaal kan volgen. Wat daar ook van zij, die uitzondering was mijns inziens sowieso niet van toepassing op eiseres, als bank met een zetel in Malta. Echter, om een andere redenering dan die van de rechtbank. Hoewel dat niet met zoveel woorden in het artikel staat, ziet de uitzondering van art. 2:61 lid 1 aanhef en onder c Wft alleen op Nederlandse banken met een bankvergunning (van de ECB). Dit volgt primair uit de rest van het artikel en het systeem van de uitzonderingen van art. 2:61 en art. 2:62 Wft. Het overige deel van art. 2:61 Wft gaat ook enkel over andere financiële ondernemingen met een vergunning van DNB, en dus kort gezegd een zetel in Nederland. Art.

2:62 Wft – waar eiseres zich ook op beriep – bevat de uitzonderingen voor financiële ondernemingen met een zetel in een andere lidstaat. Dat het niet de bedoeling was met de invoeging van de ECB deze uitzondering uit te breiden naar vergunninghoudende banken uit andere EU-lidstaten volgt ook onverkort uit de memorie van toelichting bij de invoeging van de ECB in het artikel (*Kamerstukken II 2014/15, 34049, nr. 3, p. 21 en 19*). Uit de memorie blijkt dat het artikel enkel zo is aangepast “dat daarin tot uitdrukking komt dat de ECB exclusief vergunningen verleent aan banken met zetel in Nederland”. Nu, kort gezegd, eiseres geen bank met zetel in Nederland is, kan de uitzondering van art. 2:61 lid 1 aanhef en onder c Wft niet op haar van toepassing zijn.

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

## 65

### Onderzoeks- en meldplicht bij ongebruikelijke transacties

Rechtbank Rotterdam  
28 oktober 2020, nr. ROT 19/5246,  
ECLI:NL:RBROT:2020:9752  
(mr. Rutten)  
Noot mr. M. Altena en mr. B.A.J. Haagen

### Aan meldplicht bij ongebruikelijk transacties mag uit oogpunt van zorgvuldigheid nader onderzoek voorafgaan.

[Wwft art. 16]

*De rechtbank ziet geen grond voor het oordeel dat [eiseres] bij haar inschatting of de desbetreffende transacties als ongebruikelijk moeten worden beschouwd ten onrechte nader onderzoek aangewezen heeft geacht. Dit te minder, nu [eiseres] onweersproken naar voren heeft gebracht dat zij bij de kennisneming van de contante stortingen en de factuur nog druk bezig was met het ordenen van de administratie van de afgelopen jaren van [vennootschap 1] en de andere vennootschappen en het in kaart brengen van de structuren binnen de holding.*