

ECLI:NL:RBROT:2014:5232

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	03-07-2014
Datum publicatie	29-07-2014
Zaaknummer	AWB-13_02243
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2016:351, Overig Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2016:353, Bekrchtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Openbare waarschuwing. DNB heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht vastgesteld dat er sprake was van een overtreding van artikel 2:11 Wft. Gelet op deze overtreding was DNB bevoegd om o.g.v. art. 1:94 van de Wft een openbare waarschuwing uit te vaardigen. DNB heeft op 30 oktober 2012 naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid kunnen besluiten een spoedwaarschuwing uit te doen gaan. Bij het onderzoek ter plaatse op 29 oktober 2012 bleek uit verklaringen van de externe accountant dat er onzekerheid bestond over de continuïteit van zowel eiseres als haar moedermaatschappij en de ontwikkeling van de liquiditeitspositie over 2013 van eiseres onzeker was. Daarbij wilde eisers, terwijl er sprake was van een overtreding van artikel 2:11 Wft door middel van nieuwe emissies gelden aantrekken. Na de afwijzing van het verzoek om voorlopige voorziening van eisers bij uitspraak van 31 oktober 2012 had DNB deze spoedwaarschuwing ook mogen publiceren. DNB heeft dat niet meteen na ontvangst van de uitspraak gedaan. In de uren dat DNB heeft gewacht met publicatie heeft eiseres zich alsnog bereid verklaard de emissies niet te laten plaatsvinden. Gelet op de betrokkenheid van de RvC bij deze toezegging lat het naar het oordeel van de rechtbank niet langer n de reden om na die verklaring nog voer te gaan tot het ingrijpende middel van de publicatie van de openbare waarchuwing. Het directe gevaar voor benadeling van meer consumenten was met deze toezegging geweken.
Wetsverwijzingen	Wet op het financieel toezicht 1:94 Wet op het financieel toezicht
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JONDR 2014/1106

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummer: ROT 13/2243

uitspraak van de meervoudige kamer van 3 juli 2014 in de zaak tussen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam eiseres] B.V., te [woonplaats], eiseres,

gemachtigde: G.P. Roth,

en

de naamloze vennootschap **De Nederlandsche Bank N.V.**, te Amsterdam, verweerster (DNB),
gemachtigde: mr. C.M. Bitter.

Procesverloop

Bij besluit van 30 oktober 2012, zoals gewijzigd met het besluit van 31 oktober 2012 (tezamen het
waarschuwingsbesluit), is DNB overgegaan tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing.

Bij besluit op bezwaar van 4 maart 2013 (bestreden besluit) heeft DNB het waarschuwingsbesluit
ingetrokken wegens nieuwe feiten en omstandigheden.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft - met gesloten deuren - plaatsgevonden op 30 januari 2014, gelijktijdig
met de zaken met de registratienummers ROT 13/2242 en ROT 13/5396. Eiseres heeft zich laten
vertegenwoordigen door haar gemachtigde, die werd vergezeld door kantoorgenoot mr. M.R. Hosemann en
[bestuurder 1] en [bestuurder 2], bestuurders van [naam onderneming] B.V. ([onderneming A], bestuurder
van eiseres). DNB heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, die werd vergezeld door mr.
C.A. Geleijnse, kantoorgenoot en L.H.R. Smit en M. Ligthart, beiden werkzaam bij DNB.

De rechtbank heeft het onderzoek ter zitting geschorst om partijen in de gelegenheid te stellen zich
schriftelijk nader uit te laten over het belang van eiseres bij haar beroep. Nadat partijen zich hierover
hebben uitgelaten en toestemming hebben verleend zonder nadere zitting uitspraak te doen, heeft de
rechtbank het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. Eiseres is opgericht in juli 2010 en is een dochteronderneming van [onderneming A]. Bestuurders van
[onderneming A] zijn [bestuurder 1], [bestuurder 3] ([bestuurder 3]) en [bestuurder 2].
[onderneming A] is volledig dochter van [holding 1] B.V., die op haar beurt volledig dochter is
van [holding 2] B.V., waarvan [bestuurder 1] bestuurder is.

[holding 2] B.V. houdt indirect via [rechtspersoon 1] B.V. en [buitenlandse rechtspersoon 1]. circa
58,28 % van de aandelen in [buitenlandse rechtspersoon 2] (rechtspersoon naar [buitenlands] recht,
[buitenlandse rechtspersoon 2]). Op haar beurt houdt eiseres in [buitenlandse rechtspersoon 2] deels
rechtstreeks en deels indirect via [rechtspersoon 2] B.V. en [rechtspersoon 3] B.V. een belang van
ongeveer 10,46 %.

AFM heeft DNB op 24 november 2011 informatie verstrekt, inhoudende dat eiseres gelden van het publiek aantrekt door obligaties uit te geven en gelden uit te lenen aan [buitenlandse rechtspersoon 2]. [buitenlandse rechtspersoon 2] investeert deze gelden in vastgoedprojecten in [naam land]. DNB is een onderzoek gestart naar de vermoedelijke overtreding door eiseres van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

2. Op 26 oktober 2012 heeft eiseres DNB het prospectus "[naam eiseres] B.V. emissie V" toegezonden en laten weten dat zij voornemens is het prospectus vanaf 1 november 2012 algemeen verkrijgbaar te stellen. DNB heeft op dezelfde dag geconstateerd dat op de website van [onderneming A] melding werd gemaakt van emissie IV, welke emissie eveneens per 1 november 2012 opengesteld zou worden. In een telefonisch contact met [bestuurder 3] die dag verklaarde [bestuurder 3] dat zich een investeringskans had voorgedaan, waarvoor eigen middelen vrijgemaakt moesten worden.
3. Op 29 oktober 2012 heeft een onderzoek plaatsgevonden bij eiseres, waarbij DNB met name inzicht wenste te krijgen in de financiële situatie van eiseres. Zowel op 26 oktober 2012 als op 29 oktober 2012 is van de zijde van eiseres het voornemen om de emissies op 1 november 2012 open te stellen bevestigd.
4. DNB heeft in het kader van het onderzoek vastgesteld dat:
 - de activiteiten van eiseres bestaan (naar hetgeen namens eiseres in diverse gesprekken naar voren is gebracht) uit het aangaan, beheren en uitvoeren van de afgesloten obligatieleningen, het (indirect) beleggen van vermogen in onroerende zaken in [naam land] en het aangaan, beheren en uitvoeren van aan [buitenlandse rechtspersoon 2] verstrekte geldleningen;
 - eiseres in ieder geval in de periode van 26 mei 2011 tot en met 27 januari 2012 uit hoofde van emissie III (a en b) in totaal 328 obligatieovereenkomsten met anderen dan professionele marktpartijen heeft afgesloten voor een bedrag van in totaal 2.600.000,-. Hierbij geldt dat eiseres een terugbetalingsverplichting heeft van het nominale bedrag aan de obligatiehouders, waarbij de looptijd naar verwachting van eiseres drie jaar is en de vaste rentevergoeding 7 % respectievelijk 7,25 % per jaar bedraagt;
 - uit het prospectus bij emissie III volgt dat een substantieel deel van de gelden is aangetrokken met het oogmerk deze door te lenen aan [buitenlandse rechtspersoon 2]. Eiseres heeft in ieder geval in de periode van 26 mei 2011 tot en met 29 juli 2011 voor een totaalbedrag van 1.930.862,20 uitgezet, verspreid over vijf data. Eiseres ontving op alle verstrekte leningen een rentevergoeding van 5 % op jaarbasis;
 - eiseres is niet in het bezit van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank en zij is evenmin uitgezonderd van het verbod van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

DNB heeft op grond van deze gegevens op 29 oktober 2012 geconcludeerd dat eiseres in overtreding is van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft en heeft eiseres op de hoogte gesteld van het voornemen om ten aanzien van haar een openbare waarschuwing voor deze overtreding uit te vaardigen.

5. Bij het waarschuwingsbesluit heeft DNB op grond van artikel 1:94 van de Wft een openbare waarschuwing uitgevaardigd omdat volgens DNB sprake is van overtreding van artikel 2:11 van de Wft. DNB is geconfronteerd met het voornemen van eiseres om op 1 november 2012 twee emissies te laten plaatsvinden, terwijl er geen signalen waren dat eiseres bereid was obligatiehouders in te lichten over het lopende handhavingsonderzoek.

DNB heeft in het waarschuwingsbesluit vermeld dat zij niet eerder dan 31 oktober 2012 om 12.00 uur zal overgaan tot publicatie van de spoedwaarschuwing om eiseres in de gelegenheid te stellen een voorlopige voorziening te vragen.

De tekst van de te publiceren spoedwaarschuwing vermeldt dat DNB bekendmaakt dat eiseres in strijd met artikel 2:11, eerste lid, van de Wft zonder vergunning van DNB het bedrijf van bank uitoefent en

dat DNB heeft vastgesteld dat eiseres door de uitgifte van obligaties gelden aantrekt van consumenten zonder hierbij te beschikken over de vereiste vergunning.

6. Nadat eiseres om een voorlopige voorziening had verzocht heeft DNB kenbaar gemaakt dat zij niet voorafgaand aan de uitspraak van de voorzieningenrechter zal overgaan tot publicatie, mits deze uitspraak (voor zover hier van belang) voor 1 november 2012 wordt gedaan.
De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 31 oktober 2012 het verzoek om voorlopige voorziening, strekkend tot schorsing van de publicatie van de spoedwaarschuwing, afgewezen. De uitspraak is aan het einde van de middag per fax verzonden aan partijen.
7. Eiseres heeft in de tweede helft van de ochtend van 1 november 2012 DNB laten weten dat zij in overleg met de Raad van Commissarissen (RvC) van [onderneming A] heeft besloten af te zien van emissie IV en bereid te zijn emissie V te bevriezen en geen nadere activiteiten te ontplooiën als DNB niet tot publicatie van de waarschuwing overgaat en heeft DNB dringend verzocht niet over te gaan tot publicatie van de spoedwaarschuwing. Vervolgens is de voorzieningenrechter verzocht om schorsing van de publicatie van de spoedwaarschuwing vanwege gewijzigde feiten en omstandigheden.
8. DNB heeft de voorzieningenrechter laten weten niet in te stemmen met het verzoek van eiseres, omdat uit het verzoekschrift tot voorlopige voorziening van eiseres van 30 oktober 2012 bleek dat al door inleggers was ingetekend en deels ook al was betaald voor de emissies IV en V, en is op 1 november 2012 in de middag overgegaan tot publicatie van de spoedwaarschuwing.
9. Bij besluit van 2 november 2012 heeft DNB op grond van artikel 1:76 van de Wft een curator benoemd ten aanzien van het bestuur en de algemene vergadering van aandeelhouders van eiseres.
10. De voorzieningenrechter heeft bij tussenuitspraak van 5 november 2012 het besluit van 2 november 2012 geschorst, maar geen voorziening getroffen ten aanzien van het waarschuwingsbesluit.
11. Bij uitspraak van 22 november 2012 heeft de voorzieningenrechter het waarschuwingsbesluit met ingang van de volgende dag geschorst, omdat er geen noodzaak meer was tot (handhaving van) de openbare waarschuwing.
12. Bij het bestreden besluit heeft DNB het waarschuwingsbesluit ingetrokken vanwege (onder meer) de volgende omstandigheden:
 - de RvC van [onderneming A] heeft in een overleg met DNB op 7 januari 2013 toegezegd dat de door DNB gestelde overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft zal worden beëindigd en dat een door DNB gewenste rapportage van Ernst & Young zo spoedig mogelijk zal worden aangeleverd,
 - uit de prognoses van het op 27 januari 2013 ontvangen rapport van Ernst & Young volgt onder meer dat eiseres voldoende inkomsten zal genereren via haar belang in het project van [buitenlandse rechtspersoon 2] om aan haar verplichtingen aan de obligatiehouders te kunnen voldoen en dat zij ten behoeve van de renteverplichtingen uit hoofde van emissies II en III voldoende liquiditeitsreserves aanhoudt,
 - op 21 februari 2013 heeft DNB na ontvangst van nadere stukken van eiseres geconcludeerd dat de gestelde overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is beëindigd door terugbetaling van de leningen door [buitenlandse rechtspersoon 2] aan eiseres.
13. Beoordeeld dient te worden of eiseres belang heeft bij haar beroep, nu het waarschuwingsbesluit bij het bestreden besluit is ingetrokken. Het waarschuwingsbesluit is gepubliceerd geweest van 1 november 2012 tot 23 november 2012.

Eiseres heeft aangevoerd dat zij schade heeft geleden door het waarschuwingsbesluit. De publicatie van dat besluit heeft invloed gehad op de funding van eiseres en op haar bedrijfsvoering in algemene zin. Aanvankelijk geïnteresseerde consumenten zijn volgens eiseres afgehaakt vanwege het

waarschuwingsbesluit.

De rechtbank acht niet onaannemelijk dat eiseres inderdaad schade heeft geleden door het waarschuwingsbesluit. Eiseres heeft daarom belang bij een oordeel over het bestreden besluit en het daarbij ingetrokken waarschuwingsbesluit.

14. Op grond van artikel 1:94 van de Wft - voor zover hier van belang - kan DNB een openbare waarschuwing uitvaardigen bij overtreding van een verbodsbepaling uit deze wet, indien nodig onder vermelding van de overwegingen die tot die waarschuwing hebben geleid.

Op grond van artikel 1:96, eerste en tweede lid, van de Wft geschiedt het uitvaardigen van een openbare waarschuwing als bedoeld in artikel 1:94 niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop de betrokken persoon in kennis is gesteld van het besluit, waarbij, indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, de werking van het besluit wordt opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.

Op grond van het derde lid kan, indien bescherming van de belangen die deze wet beoogt te beschermen geen uitstel toelaat, de toezichthouder, in afwijking van de voorgaande leden, onverwijld een openbare waarschuwing uitvaardigen.

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.

Op grond van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank. Op grond van het tweede lid van dit artikel is het eerste lid niet van toepassing op degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2.

15. De rechtbank dient te beoordelen of DNB, gelet op de haar bekende feiten en omstandigheden, een spoedwaarschuwing kon uitvaardigen. Daartoe moet worden beoordeeld of DNB zich terecht op het standpunt stelt dat sprake is van overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Tussen partijen is niet in geschil dat wordt voldaan aan de bestanddelen "buiten besloten kring", "anderen dan professionele marktpartijen" en "ter beschikking krijgen van opvorderbare gelden". Partijen verschillen van mening of daarnaast sprake is van "kredietuitzettingen voor eigen rekening" en "zijn bedrijf maken van".

Kredietuitzettingen voor eigen rekening

16. Eiseres betoogt onder verwijzing naar het prospectus van emissie III dat er geen sprake is van kredietuitzettingen voor eigen rekening, omdat zij niet zelf het financiële risico loopt op de kredietuitzettingen. De obligatiehouders hebben slechts recht op aflossing ter hoogte van het bedrag dat eiseres van [buitenlandse rechtspersoon 2] ontvangt op haar kredietuitzetting.

- 16.1. In het prospectus van emissie III is bij "Risicos verbonden aan de Obligaties" vermeld:

"De gehele aflossing zal plaatsvinden [na; toevoeging rechtbank] verkoop van het onroerend goed, welke is geprognosticeerd na drie jaren. Daarbij doet zich het risico voor dat de aflossing van de investering aan het Fonds, door onvoorziene omstandigheden bij [buitenlandse rechtspersoon 2], niet geheel of volledig kan plaatsvinden. In dat geval kan zich de situatie voordoen dat het Fonds niet in staat zal zijn de Obligatielening geheel of gedeeltelijk af te lossen."

en

“De Obligatie kan geheel of gedeeltelijk oninbaar blijken te zijn en derhalve een waarde van nul Euro hebben. Dit beleggingsrisico is inherent aan het beleggen via een Obligatie. Het Fonds of de Beheerder kunnen niet aansprakelijk worden gesteld voor dit risico, behoudens in geval van grove onzorgvuldigheid, grove schuld, onbehoorlijk bestuur of opzet.”

Met DNB is de rechtbank van oordeel dat uit deze passages slechts volgt dat deelnemers worden gewaarschuwd voor de risico's indien eiseres niet aan haar aflossingsverplichtingen zal kunnen voldoen. Deze passages dienen te worden uitgelegd als een in de praktijk gebruikelijke algemene waarschuwing dat het risico bestaat dat eiseres in dat geval haar verplichtingen aan de obligatiehouders niet of niet volledig zal kunnen nakomen. Anders dan eiseres betoogt, volgt hieruit niet dat zij niet voor eigen rekening krediet uitzet. Ook als eiseres geen of onvoldoende gelden van [buitenlandse rechtspersoon 2] ontvangt op haar kredietuitzetting, blijft zij verplicht tot aflossing aan de obligatiehouders.

- 16.2. Onder de term kredietuitzetting wordt gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1:1 van de Wft verstaan het verstrekken van nominaal opvorderbare gelden aan een ander, met het doel daardoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen (Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, blz. 169). Eiseres heeft in het kader van emissie III voor een totaalbedrag van 1.930.862,20 een rentevergoeding van 5 % op jaarbasis ontvangen. De rechtbank is met DNB van oordeel dat daarmee sprake is van kredietuitzettingen “aan een ander” die tot doel hebben daarvoor een op geld waardeerbaar voordeel te verkrijgen. Daarbij blijkt uit de door eiseres overgelegde shareholder loan agreement dat eiseres zich verbindt tot nakoming van deze geldleningsovereenkomsten, zonder dat derden garant staan voor het financiële risico dat eiseres loopt op de kredietuitzettingen. Ook hieruit volgt dat sprake is van kredietuitzettingen voor eigen rekening. Het betoog faalt.

Zijn bedrijf maken van

17. Eiseres betoogt dat zij niet het bedrijf van bank heeft uitgeoefend. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis met betrekking tot het begrip “bank” (Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, blz. 168) stelt zij dat haar activiteiten niet anders zijn dan die van een holding die opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt en uitzet uitsluitend ten behoeve van de financiering van de werkmaatschappijen en dit doet ter ondersteuning van de eigenlijke hoofdactiviteiten (niet zijnde financieringsactiviteiten). In dit verband heeft eiseres verwezen naar een advies van [naam] van Allen & Overy LLP (Allen & Overy) van 10 mei 2013 met betrekking tot een voorgenomen emissie die volgens eiseres te vergelijken is met emissie II, waarin Allen & Overy meent dat de voorgenomen activiteiten gelijk te stellen zijn met de uitzondering voor zuivere holdings. Daarbij acht eiseres verder van belang:
- dat het doel van de financieringsactiviteiten niet het maken van winst is, gelet op de discrepantie tussen de debet- en creditrente; de door haar ontvangen debetrente van 5 % was substantieel lager dan de door haar aan de obligatiehouders verschuldigde creditrente van 7 tot 7,5 %,
 - dat haar hoofdactiviteiten bestaan uit het houden van een belang in [buitenlandse rechtspersoon 2] en de ontwikkeling en exploitatie van vastgoed,
 - dat de financieringsactiviteiten niet kwalificeren als een zelfstandig identificeerbare activiteit,
 - dat zij haar activiteiten niet rechtstreeks kon uitoefenen in verband met de lokale wetgeving en daarom hiervoor een vennootschap naar [buitenlands] recht heeft moeten oprichten.

- 17.1. Gelet op het (directe) belang van slechts ongeveer 5 % dat eiseres in [buitenlandse rechtspersoon 2] heeft, kan zij zich naar het oordeel van de rechtbank niet met succes beroepen op hetgeen in de wetsgeschiedenis ten aanzien van holdings en werkmaatschappijen is vermeld.

Met DNB is de rechtbank van oordeel dat het verbod zonder vergunning het bankbedrijf uit te oefenen is bedoeld ter bescherming van consumenten. Waar nodig moet worden vermeden dat door juridische constructies de beschermingsregels worden omzeild. Dat volgens eiseres in dit geval ten gunste van haar door de juridische constructie heen gekeken dient te worden, kan niet

worden gevolgd. Vanwege het beschermingsdoel van artikel 2:11 van de Wft en de strikte uitzondering daarop dient aan het bankverbod een voldoende ruime uitleg gegeven te worden. Dat de consument een hogere rentevergoeding voor zijn investering in het vooruitzicht wordt gesteld dan de vergoeding die eiseres ontvangt van [buitenlandse rechtspersoon 2], neemt het risico van de consument en zijn belang bij toezicht door DNB niet weg. Wat het motief van eiseres is om een hogere rente te willen vergoeden aan de consument dan de rente die zij zelf vergoed krijgt door [buitenlandse rechtspersoon 2], acht de rechtbank in dit verband niet relevant.

- 17.2. Volgens de geschiedenis met betrekking tot de totstandkoming van artikel 1:1 van de Wft geldt voor banken dat sprake is van "zijn bedrijf maken van" indien de bedoelde activiteit een zelfstandig identificeerbare activiteit betreft en de activiteit niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten en dat in ieder geval sprake is van "zijn bedrijf maken van" indien geregeld en stelselmatig opvorderbare gelden ter beschikking worden verkregen.

Eiseres heeft uit hoofde van emissie III in totaal 328 obligatieovereenkomsten gesloten en een totaalbedrag van 2.600.000,- ter beschikking gekregen. Het merendeel van deze gelden heeft eiseres uitgezet naar [buitenlandse rechtspersoon 2]. Voorafgaand aan emissie III heeft zij uit hoofde van emissie I en II 7.800.000,- verkregen en zij was met emissie IV voornemens een bedrag van 2.400.000,- aan te trekken van andere dan professionele marktpartijen. De rechtbank volgt DNB in haar stelling dat, gelet op de omvang en de regelmaat van de activiteiten, de duur, de omvang van de transactiestromen en het aantal inleggers, sprake is van het geregeld en stelselmatig ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden. De rechtbank wijst er daarbij op dat in de statuten van eiseres is opgenomen dat tot de doelen van de vennootschap behoort: het financieren van ondernemingen en vennootschappen en het lenen, uitlenen en bijeenbrengen van gelden. Dat eiseres vanwege de lokale wetgeving in [naam land] heeft geopteerd voor de constructie waarin [buitenlandse rechtspersoon 2] als vennootschap naar [buitenlands] recht is opgericht, kan er niet toe leiden dat eiseres en [buitenlandse rechtspersoon 2] samen als holding aangemerkt dienen te worden. Het betoog faalt.

- 17.3. De rechtbank ziet geen aanknopingspunt voor het oordeel dat het voor eiseres onvoldoende duidelijk is geweest dat haar activiteiten kwalificeren als het uitoefenen van het bedrijf van bank. Door kennis te nemen van de tekst van artikel 2:11 van de Wft en de daarbij behorende toelichting heeft eiseres zich een beeld kunnen vormen van het toepassingsbereik van deze bepaling. Dat eiseres zich uitgebreid door juridische experts heeft laten adviseren alvorens over te gaan tot de emissies kan niet tot een ander oordeel leiden. Niet is gebleken dat in deze adviezen aandacht is besteed aan mogelijke overtreding van artikel 2:11 van de Wft. Het advies van Allen & Overy dateert van 10 mei 2013, dus van na het waarschuwingsbesluit en ook van na het bestreden besluit. Het belang dat hieraan kan worden toegekend bij het beoordelen van de beroepsgrond dat eiseres niet duidelijk hoefde te zijn dat zij in overtreding was, is al om deze reden beperkt. In dit advies, gericht aan [naam eiseres] II B.V., dus een andere vennootschap dan eiseres, wordt met betrekking tot een voorgenomen emissie van obligaties door deze vennootschap vermeld dat gezien de groepsstructuur zoals in het prospectus beschreven, en gezien een bevestiging van [bestuurder 3] - inhoudende dat het bedrag dat als aandeelhouderslening wordt verstrekt in verhouding tot het belang dat [buitenlandse rechtspersoon 1] in [buitenlandse rechtspersoon 2] heeft als aandeelhouder ongeveer gelijk is, en dat het doel van de aandeelhouderslening niet het maken van winst op de financieringsactiviteiten is, maar samen met het storten van kapitaal en agio bedoeld is als (werk)kapitaal ten behoeve van [buitenlandse rechtspersoon 2] - de uitgevende instelling niet als bank in de zin van de Wft kwalificeert. Uit dit advies blijkt niet op welke constructie het precies ziet, terwijl er ten onrechte van wordt uitgegaan dat winst oogmerk zou zijn vereist om een overtreding aan te nemen.

De mening van [naam] waaraan in het aanvullend beroepschrift is gerefereerd, inhoudende dat eiseres zou kwalificeren als een (tussen)houdstermaatschappij, is niet onderbouwd met enig onderliggend stuk.

Dat DNB pas op 29 oktober 2012 in het voornemen tot het waarschuwingsbesluit een standpunt heeft ingenomen over de kwalificatie van de handelingen van eiseres in het kader van - in ieder geval - emissie III, maakt het voorgaande niet anders. Marktpartijen dragen een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, ook als de toezichthouder niet onmiddellijk uitsluitel geeft. Gezien het voorgaande is de toepassing van het begrip "zijn bedrijf maken van" niet in strijd met het lex-certabeginsel zoals eiseres heeft betoogd.

18. Naar het oordeel van de rechtbank heeft DNB terecht vastgesteld dat er sprake was van een overtreding van artikel 2:11 van de Wft. Gelet op deze overtreding kwam DNB de bevoegdheid toe op grond van artikel 1:94 van de Wft een openbare waarschuwing uit te vaardigen.

19. De rechtbank dient vervolgens te beoordelen of DNB in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van deze bevoegdheid.

DNB heeft aangevoerd dat de volgende omstandigheden van belang waren bij het gebruik maken van haar bevoegdheid:

- bij het onderzoek ter plaatse op 29 oktober 2012 bleek uit verklaringen van de externe accountant dat er onzekerheid bestond over de continuïteit van zowel eiseres als haar moedermaatschappij [onderneming A] en dat de ontwikkeling van de liquiditeitspositie over 2013 van eiseres onzeker was,
- terwijl er sprake was van een overtreding van artikel 2:11 van de Wft, wilde eiseres door middel van emissies IV en V nieuwe gelden aantrekken, waarbij bij emissie IV sprake was van niet professionele marktpartijen,
- eiseres kon op 29 oktober 2012 geen duidelijkheid geven over de reden om op korte termijn nieuwe gelden aan te willen trekken,
- met het aantrekken van nieuwe gelden en daarmee het aangaan van nieuwe verplichtingen, zou de financiële positie van eiseres verder onder druk komen te staan en konden (potentiële) crediteuren een aanzienlijk risico lopen dat zij de ingelegde en nog in te leggen gelden niet zouden terugkrijgen.

Gelet op deze omstandigheden heeft DNB op 30 oktober 2012 naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid kunnen besluiten een spoedwaarschuwing uit te doen gaan. DNB heeft daarbij de aard en ernst van de overtreding en het belang dat potentiële en reeds bestaande crediteuren van deze overtreding kennis konden nemen, zodat zij bij het al dan niet deelnemen in de per 1 november 2012 aangeboden obligatie hun positie konden bepalen, zwaarder kunnen laten wegen dan het belang van eiseres bij het niet uitvaardigen van de openbare waarschuwing, zeker omdat bij eiseres voorafgaand aan het waarschuwingsbesluit niet de bereidheid bestond de openstelling van de emissies IV en V op te schorten.

20. Na de afwijzing van het verzoek om voorlopige voorziening van eiseres bij uitspraak van 31 oktober 2012 had DNB deze spoedwaarschuwing dan ook mogen publiceren. DNB heeft dat echter niet meteen na ontvangst van de uitspraak gedaan. In de uren dat DNB heeft gewacht met het daadwerkelijk publiceren, heeft eiseres zich alsnog bereid verklaard de emissies IV en V niet te laten plaatsvinden dan wel te bevriezen. Gelet op de betrokkenheid van de RvC bij deze toezegging lag het naar het oordeel van de rechtbank niet langer in de rede om na die verklaring nog over te gaan tot het ingrijpende middel van de publicatie van de openbare waarschuwing. Het directe gevaar voor benadeling van meer consumenten was met deze toezegging immers geweken. Hierbij komt nog dat eiseres onweersproken heeft gesteld dat zij in elk geval tot eind 2012 aan haar financiële verplichtingen jegens haar bestaande cliënten had voldaan of kon voldoen, zodat ook uit dat oogpunt een onmiddellijke waarschuwing niet langer geboden was. DNB heeft, ook desgevraagd ter zitting, niet duidelijk kunnen maken dat het destijds door haar aangenomen risico dat eiseres op langere termijn niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, in redelijkheid noopte tot het daadwerkelijk publiceren op 1 november 2012 van de schriftelijke waarschuwing.

Dat uit de informatie die DNB op 1 november 2012 van de zijde van eiseres kreeg, bleek dat reeds een substantieel deel van de deelnemers had toegezegd in te stappen en een groot deel ook reeds gelden had gestort en eiseres tot dan toe hierover had gezwegen, doet daar naar het oordeel van de

rechtbank niet aan af. Met het terugdraaien van emissie IV en het bevrozen van emissie V kregen de personen die reeds gelden hadden ingelegd hun gelden teruggestort. De email van 1 november 2012 om 11.33 uur van de gemachtigde van eiseres aan DNB vermeldt dat de website van eiseres was aangepast en dat de verwijzingen naar de emissies IV en V daarvan waren verwijderd.

Onder deze omstandigheden acht de rechtbank de effectuering van het (op zich) rechtmatige waarschuwingsbesluit onrechtmatig. De hierop betrekking hebbende beroepsgrond slaagt in zoverre.

21. Het beroep is gegrond en de rechtbank vernietigt het bestreden besluit voor zover verweerder zich daarin op het standpunt heeft gesteld dat de tenuitvoerlegging van het waarschuwingsbesluit op 1 november 2012 in de middag rechtmatig was. De rechtbank ziet aanleiding zelf in de zaak te voorzien door het bezwaar gegrond te verklaren, het waarschuwingsbesluit te herroepen met ingang van 1 november 2012 om 12.00 uur en te bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit.
22. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt.
23. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 1.948,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 487,- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond,
- vernietigt het bestreden besluit voor zover verweerder zich daarin op het standpunt heeft gesteld dat de tenuitvoerlegging van het waarschuwingsbesluit op 1 november 2012 in de middag rechtmatig was,
- verklaart het bezwaar gegrond, herroept het waarschuwingsbesluit met ingang van 1 november 2012 om 12.00 uur en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit,
- bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van 318,- vergoedt,
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van 1.948,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. B. van Velzen, voorzitter, en mr. L.A.C. van Nifterick en mr. M.C. Woudstra, leden, in aanwezigheid van mr. H.T. van de Erve, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 3 juli 2014.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.