

Openbare versie
Aangetekend verstuurd

Nauta Dutilh N.V.
mw. mr. S.M.C. Nuijten, dhr. mr. F.W.J. van der
Eerden en mw. mr. M.G. van Well
Postbus 7113
1007 JC AMSTERDAM

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	ReWt-19022963
Pagina	1 van 45
Email	[e-mailadres]
Betreft	Beslissing op bezwaar Novum Bank Limited

Geachte mevrouw Nuijten, heer Van der Eerden en mevrouw Van Well,

Bij besluit van 18 oktober 2018 (met kenmerk [kenmerk]) heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Novum Bank Limited (**Novum Bank**) een bestuurlijke boete van € 1.750.000 opgelegd omdat Novum Bank in de periode van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 in Nederland krediet heeft aangeboden zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning (**Boetebesluit**). Dit is een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**). Tevens heeft de AFM in het Boetebesluit een publicatiebesluit genomen, inhoudende openbaarmaking van het Boetebesluit na bekendmaking daarvan (**Openbaarmaking**). Novum Bank heeft tegen het Boetebesluit en de Openbaarmaking bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit en de Openbaarmaking in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in de bijlage en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar.

I. Procedure

1. Bij besluit van 18 oktober 2018 heeft de AFM het Boetebesluit genomen, waarmee aan Novum Bank een bestuurlijke boete van € 1.750.000 als bedoeld in artikel 1:80 Wft is opgelegd wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft. Tevens heeft de AFM in het Boetebesluit besloten tot openbaarmaking van het Boetebesluit na bekendmaking hiervan aan Novum Bank.
2. Bij brief van 24 oktober 2018 heeft Novum Bank pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit en de Openbaarmaking en een nadere termijn verzocht voor het indienen van de gronden van het bezwaar. Daarnaast heeft Novum Bank de AFM verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	2 van 45

3. Bij brief van 24 oktober 2018 heeft Novum Bank de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (**Voorzieningenrechter**) verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van het Boetebesluit en de Openbaarmaking, dan wel aanpassing van de publicatietekst (**Verzoek**).
4. Bij brief van 26 oktober 2018 (kenmerk [kenmerk]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en de termijn voor het indienen van de gronden van bezwaar verlengd tot vier weken na uitspraak van de voorzieningenrechter.
5. Bij brief van 28 november 2018 heeft de AFM haar verweerschrift bij de Voorzieningenrechter ingediend (**Verweerschrift**).
6. Het verzoek is op 3 december 2018 achter gesloten deuren ter zitting behandeld. Novum Bank heeft hierbij een pleitnota overgelegd.
7. Bij uitspraak van 20 december 2018 heeft de Voorzieningenrechter het Verzoek afgewezen (**Uitspraak**).¹
8. Op 21 december 2018 heeft de AFM de boete op haar website gepubliceerd.
9. Op 9 januari 2019 heeft Novum Bank de AFM (telefonisch) om uitstel verzocht voor het indienen van de gronden van bezwaar. De AFM heeft daarna per e-mail bevestigd dat zij tot uiterlijk 14 februari 2019 uitstel hiervoor heeft verleend.
10. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 14 februari 2019 door Novum Bank aangevuld (**Aanvullend bezwaar**).
11. Bij e-mail van 21 februari 2019 heeft de AFM de ontvangst van het Aanvullend bezwaarschrift bevestigd en de verhinderdata van Novum Bank verzocht opdat een hoorzitting kon worden gepland.
12. Bij e-mail van 26 februari 2019 heeft Novum Bank de verhinderdata aan haar zijde opgegeven.
13. Bij brief van 27 februari 2019 heeft de AFM het verzoek van Novum Bank om rechtstreeks beroep afgewezen en Novum Bank uitgenodigd voor de hoorzitting op 20 maart 2019.
14. Op 20 maart 2019 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Op deze hoorzitting zijn pleitaantekeningen en een bijlage overhandigd. Daarnaast is van de hoorzitting een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage).
15. Op 25 maart 2019 heeft de AFM een brief gestuurd met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) tot en met 9 mei 2019.
16. Op 1 april 2019 heeft de AFM een uitsteltermijn van zes weken, tot uiterlijk 20 juni 2019, verzocht voor de beslissing op bezwaar. Novum Bank heeft hier op 4 april 2019 mee ingestemd.

II. Feiten en omstandigheden

¹ De Uitspraak is op 10 januari 2019 geanonimiseerd gepubliceerd op Rechtspraak.nl (ECLI:NL:RBROT:2018:10909).

17. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [kenmerk] (**het Onderzoeksrapport**), die met het boetevoornemen aan Novum Bank is verzonden alsmede het Boetebesluit met kenmerk [kenmerk]. De feiten die zijn genoemd in het Onderzoeksrapport en het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
18. Op 20 maart 2014 stuurt de AFM een informatieverzoek naar de MFSA en Novum Bank. Deze verzoeken maken deel uit van een onderzoek dat is bedoeld om een beeld te krijgen van de activiteiten van onder meer Novum Bank. De AFM ontvangt reacties op deze informatieverzoeken op 4 april 2014 (MFSA) en 10 april 2014 (Novum Bank).
19. Op 23 februari 2016 ontvangt de AFM een afschrift van de reactie van Novum Bank op een door DNB aan Novum Bank gericht informatieverzoek. Ook dit informatieverzoek heeft betrekking op de activiteiten van Novum Bank in Nederland.
20. Op 15 en 16 maart 2016 voert de AFM een onaangekondigd onderzoek uit ten kantore van Novum Bank aan de Spoorhaven 96 te Berkel en Rodenrijs, en licht dit onderzoek in een ter hand gestelde aankondigingsbrief toe. De AFM voert drie gesprekken met medewerkers van Novum Bank in aanwezigheid van de gemachtigde van Novum Bank.
21. Bij brief van 28 april 2016 stuurt de AFM een aanvullend informatieverzoek aan Novum Bank. Bij e-mail van 17 mei 2016 reageert Novum Bank hierop.
22. Op 5 oktober 2016 stuurt de AFM de MFSA een brief met daarbij een rapportage waarin de activiteiten van Novum Bank in Nederland worden beschreven. Doel van het rapport is om de MFSA in staat te stellen te beoordelen of - zoals de AFM vermoedt - het kantoor in Berkel en Rodenrijs kwalificeert als een niet-geregistreerd bijkantoor.
23. Op 7 november 2017 ontvangt de AFM van de MFSA een kopie van een op dezelfde datum door de MFSA aan Novum Bank verzonden brief. In deze brief geeft de MFSA aan dat zij van oordeel is dat Novum Bank in Nederland activiteiten heeft uitgevoerd die verder gaan dan de diensten die Novum Bank zou mogen uitoefenen op basis van haar Europese paspoort, en dat het kantoor van Novum Bank in Berkel en Rodenrijs kwalificeert als een bijkantoor. Een afschrift van de reactie van Novum Bank op deze brief wordt op 29 november 2017 door de MFSA aan DNB en de AFM verstrekt. In haar reactie geeft Novum Bank aan dat zij het oneens is met de kwalificatie door de MFSA van het kantoor als bijkantoor, maar dat zij haar activiteiten in Nederland zal wijzigen.
24. Op 14 mei 2018 bericht de AFM Novum Bank per brief dat zij voornemens is aan haar een bestuurlijke boete op te leggen.
25. Bij e-mail van 24 september 2018 vraagt de AFM de MFSA of de hoogte van de voorgenomen boete op prudentiële bezwaren stuit.
26. Bij brief van 11 oktober 2018 informeert Novum Bank de AFM dat zij van de MFSA een op 5 oktober 2018 gedateerde brief heeft ontvangen waarin de MFSA het voornemen kenbaar maakt om aan Novum Bank een bestuurlijke boete op te leggen wegens schending van de Maltese Banking Act (verzuim om melding te maken van de vestiging van een bijkantoor in Nederland).

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	4 van 45

27. Nadat op 12 oktober 2018 de MFSA de AFM telefonisch heeft geïnformeerd dat er geen prudentiële bezwaren bestaan tegen de door de AFM voorgenomen boeteoplegging, neemt de AFM op 18 oktober 2018 het Boetebesluit.
28. Een maand later, op 15 november 2018, neemt de MFSA het boetebesluit ad € 80.5000. De boete van de MFSA is inmiddels onherroepelijk geworden.²

III. Bezwaargronden

29. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
 - 1) De bevoegdheid van de AFM
 - 2) De uitzondering op de vergunningplicht (artikel 2:62 Wft)
 - 3) Het vertrouwensbeginsel
 - 4) Het bijkantoor
 - 5) Het beginsel van ne bis in idem
 - 6) Wilsafhankelijke informatie
 - 7) De beslistermijn van artikel 5:51 Awb
 - 8) Vertaling als verdedigingsbelang
 - 9) Feitelijke medewerking
 - 10) De hoogte van de boete
 - 11) Het publicatiebesluit
30. De AFM zal in het navolgende op voornoemde bezwaargronden van Novum Bank reageren en haar standpunten in dit kader heroverwegen.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden 1 t/m 11

31. De AFM heeft aan Novum Bank een bestuurlijke boete van € 1.750.000 opgelegd omdat Novum Bank in de periode van 3 september 2016 tot 13 juni 2016 vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder daartoe over een door de AFM verleende vergunning te beschikken. De AFM heeft vastgesteld dat Novum Bank vanuit een bijkantoor in Nederland gedurende de overtredingsperiode circa 140.000 flitskredietovereenkomsten heeft afgesloten met Nederlandse consumenten, tegen doorgaans zeer hoge kosten.
32. Novum Bank heeft gedurende de overtredingsperiode via de website www.cashper.nl aan Nederlandse consumenten kortlopende kredieten (flitskredieten) aangeboden. Het betreft leningen tot een bedrag van € 1.000 met een looptijd van 30 dagen. Uit de algemene voorwaarden voor aanvullende diensten van

² Dit blijkt uit het nieuwsbericht van de MFSA op haar [website](#) 'The bank had 30 days from the notification date to appeal to the Financial Services Tribunal. However, no such appeal was filed by the bank.'

21 maart 2014 blijkt dat consumenten aanvullende diensten konden afnemen om de behandeltijd van de aanvraag en de uitbetaling te versnellen. Wanneer 20% van het geleende bedrag werd betaald, werd de behandelingsnelheid van de aanvraag verhoogd van drie dagen naar vier uur ('Comfort bundel Gemak'). Tegen betaling van 25% van het geleende bedrag werd de kredietaanvraag afgehandeld binnen 10 minuten en werd het geleende bedrag uitbetaald op dezelfde werkdag ('Super bundel Snel').

33. Met de Maltese bankvergunning heeft Novum Bank haar kredieten voornamelijk vanuit een bijkantoor in Berkel en Rodenrijs aangeboden. Voordat kan worden overgegaan tot het aanbieden van kredieten vanuit een bijkantoor, is het noodzakelijk een notificatieprocedure te doorlopen. Die procedure heeft Novum Bank niet doorlopen zodat het haar niet was toegestaan op grond van de Maltese vergunning via een bijkantoor in Nederland kredieten aan te bieden. Novum Bank heeft zich door haar handelwijze gedurende lange tijd aan het toezicht van de AFM onttrokken. Van de 140.103 kredieten die Novum Bank aan Nederlandse consumenten heeft verstrekt, zijn 112.531 kredieten middels de bundel 'Super bundel Snel' verstrekt. De totale omzet van de door Novum Bank verleende financiële diensten bedroeg € 57.193.439.
34. De AFM is in heroverweging tot het oordeel gekomen dat het Boetebesluit en het Publicatiebesluit in stand blijven. Omdat Novum Bank haar principiële bezwaar terzake de bevoegdheid van de AFM uitvoerig heeft gemotiveerd, zet de AFM hieronder eerst uiteen waarom Novum Bank in Nederland illegaal krediet heeft verstrekt, waarom Novum Bank zich hierdoor heeft onttrokken aan het gedragstoezicht van de AFM en waarom de AFM bevoegd is Novum Bank hiervoor te beboeten.
35. Artikel 4:1 van de Wft stelt dat het in deel 4 van de Wft geregelde gedragstoezicht (enkel) van toepassing is op financiële ondernemingen waaraan het ingevolge hoofdstuk 2.2 Wft is toegestaan in Nederland financiële diensten te verlenen.
36. Voor Novum Bank waren, voor het verstrekken van consumentenkrediet, drie soorten vergunningen mogelijk.
 - I. Vergunning van de AFM op grond van artikel 2:60 Wft.
 - II. Vergunning van DNB op grond van artikel 2:61 Wft.
 - III. Vergunning Europese lidstaat en notificatie op grond van artikel 2:62 Wft.Het in deel 4 van de Wft geregelde gedragstoezicht is van toepassing op financiële ondernemingen die beschikken over één van voornoemde vergunningen. Er bestaat geen geschil over dat Novum Bank niet over een vergunning van de AFM (I) of DNB (II) beschikt. Wel verschillen de AFM en Novum Bank van mening over de Europese vergunning op grond van artikel 2:62 Wft (III).
37. Artikel 2:62, aanhef en onder a, Wft bepaalt dat artikel 2:60, eerste lid, Wft niet van toepassing is op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat die (a):

- a) als bank hun bedrijf uitoefenen vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor, voorzover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 is toegestaan krediet aan te bieden of;
- b) door middel van het verrichten van diensten vanuit de lidstaat van herkomst naar Nederland, voorzover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 is toegestaan krediet aan te bieden.

De beperking '*voorzover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 is toegestaan krediet aan te bieden*' is opgenomen om te bewerkstelligen dat de uitzondering op het in artikel 2:60, eerste lid, bepaalde verbod slechts geldt indien er uit hoofde van een notificatie op basis van het Deel Markttoegang financiële ondernemingen aan financiële ondernemingen toegang tot de markt is verleend om krediet aan te bieden.³

- 38. Novum Bank voldoet niet aan situatie a omdat, hoewel zij vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor krediet heeft verstrekt, haar dit niet is toegestaan. Novum Bank voldoet ook niet aan situatie b omdat, hoewel het haar was toegestaan vanuit Malta krediet in Nederland te verstrekken, zij dit niet vanuit Malta heeft gedaan maar vanuit een bijkantoor. Aldus komt Novum Bank geen beroep toe op de uitzondering van artikel 2:62 Wft.
- 39. Omdat het in deel 4 van de Wft geregelde gedragstoezicht alleen van toepassing is op financiële ondernemingen die beschikken over een vergunning op grond van artikel 2:60/2:61 of artikel 2:62 Wft, waarborgt (de formulering van) artikel 2:60 Wft dat de AFM ook kan optreden tegen financiële ondernemingen die *niet* op grond van voornoemde artikelen op de Nederlandse markt actief zijn. Artikel 2:60 Wft betreft namelijk een algemene verbodsbepaling om zonder vergunning van de AFM (of van DNB of haar Europese equivalent) krediet aan te bieden in Nederland. Voor de gevallen waarin de financiële onderneming wel krediet verleent in Nederland, maar hiervoor niet over de benodigde vergunning beschikt, kan de AFM op grond van artikel 1:80 jo. 2:60 Wft (alsnog) handhavend optreden.⁴
- 40. Dit is ook logisch daar de wettelijke taak van de AFM is toezicht houden op (rechts)personen die in Nederland krediet aanbieden. Het op illegale wijze verstrekken van krediet in Nederland doet ernstig afbreuk aan de effectiviteit van het toezicht van de AFM op de naleving van de Wft en het daarmee gediende belang van consumentenbescherming. De wettelijke vergunningplicht voor het aanbieden van krediet in Nederland strekt er namelijk toe de AFM in de gelegenheid te stellen toezicht te houden op verleners van deze diensten op de Nederlandse markt en indien nodig handhavend tegen hen op te treden. Deze vergunningplicht en het gedragstoezicht van de AFM op de Nederlandse markt overeenkomstig haar wettelijke taak strekken er mede toe de doelstellingen van Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG (Richtlijn 2008/48/EG, de richtlijn consumentenkrediet) te verwezenlijken. Deze doelstellingen zijn onder meer het vergemakkelijken van de totstandkoming van een

³ Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, zie onder artikel 1a:54, 1a:74 en 1a:79.

⁴ Dit laatste is meermaals door het Cbb bevestigd, zie: ECLI:NL:CBB:2015:62, ECLI:NL:CBB:2017:206, ECLI:NL:CBB:2017:284 en ECLI:NL:CBB:2017:309.

goed functionerende interne markt voor consumentenkrediet en het bieden van voldoende bescherming aan consumenten om hun vertrouwen niet te schaden. De Uniewetgever merkt hierbij op dat volledige harmonisatie nodig is om te waarborgen dat alle consumenten in de Unie een hoog en gelijkwaardig niveau van bescherming van hun belangen genieten en om een echte interne markt te creëren (punt 7 tot en met 9 van de preambule van de richtlijn).⁵ Met name gelet op het door de Uniewetgever gewenste uniforme hoge beschermingsniveau voor consumenten en gezien het beginsel van Unietrouw moet aan de wettelijke bepalingen over de bevoegdheden van de AFM een uitleg worden gegeven die bevorderlijk is voor het bereiken van deze doelstellingen. Aldus moet niet een uitleg worden gegeven die daar ernstig afbreuk aan doet doordat een rechtspersoon zich aan het gedragstoezicht door de AFM kan onttrekken door *niet te doen wat haar is toegestaan* (cross border dienstverlening) en *wel te doen wat haar niet is toegestaan* (bijkantoor).

41. Hieronder zijn de bezwaargronden afzonderlijk opgenomen en van een reactie voorzien.

Bezwaargrond 1: De bevoegdheid van de AFM

A. De MFSA, dan wel DNB, is bevoegd

Novum Bank voert aan dat de AFM niet mag oordelen over de vraag of Novum Bank de (juiste) notificatieprocedure heeft doorlopen. Volgens het Europees paspoort regime is dit aan de MFSA voorbehouden. Subsidiair stelt Novum Bank dat niet de AFM, maar DNB, een rol speelt bij het verkrijgen van markttoegang in Nederland.

Reactie AFM

42. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank voor wat betreft het uitgangspunt dat de MFSA de toezichthouder is die gaat over markttoegang en prudentieel toezicht van grensoverschrijdende activiteiten door Novum Bank.
43. Voor banken die op grond van een Europees paspoort (dus na het volgen van de juiste notificatieprocedure) actief zijn op de Nederlandse markt (en dus een beroep kunnen doen op artikel 2:62 Wft), houdt de AFM toezicht op grond van deel 4 Wft. Voor banken die niet voldoen aan de Europese vereisten, geldt dat de AFM handhavend kan optreden op grond van artikel 2:60 Wft. In die systematiek ligt besloten dat, alvorens de AFM tot handhaving overgaat, zij (feitelijk) dient vast te stellen of een bank voldoet aan voorwaarden die voortvloeien uit artikel 2:62 Wft, dan wel de SSM-verordening. In het geval van Novum Bank betekent dit dat de AFM heeft moeten vaststellen of Novum Bank de juiste (notificatie)procedure had gevolgd, alvorens zij kon overgaan tot het opleggen van een boete in verband met een overtreding van artikel 2:60 Wft, dan wel handhavend op te treden op basis van deel 4 van de Wft.

⁵ Rechtbank Rotterdam 1 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4116, r.o. 4.4.

44. De AFM heeft vastgesteld dat Novum Bank haar activiteiten uitoefende door middel van een bijkantoor zonder daarvoor de juiste notificatieprocedure te hebben doorlopen. Daarmee staat vast dat sprake is van een overtreding van artikel 2:60 Wft. Echter, anders dan Novum Bank in haar aanvullend bezwaarschrift stelt⁶, heeft de AFM niet zelf geoordeeld dat Novum Bank heeft verzuimd de vereiste notificatieprocedure bij de MFSA te doorlopen. Dit heeft de MFSA vastgesteld. Omdat markttoegang en prudentieel toezicht bij de MFSA berusten, heeft de MFSA vastgesteld dat Novum Bank heeft verzuimd de notificatieprocedure te doorlopen. Inmiddels is die conclusie bestuursrechtelijk onherroepelijk. Novum Bank weerspreekt dit ook niet.
45. Anders dan Novum Bank suggereert, brengt handhaving van artikel 2:60 Wft dan ook niet mee dat de AFM toetreedt tot het domein van het (Europees geharmoniseerde) prudentieel toezicht van DNB/de MFSA. De AFM heeft simpelweg geconstateerd dat Novum Bank krediet aanbiedt in Nederland zonder de daarvoor benodigde vergunning ex artikel 2:60 Wft omdat Novum Bank geen beroep kan doen op de uitzondering van artikel 2:62 Wft dan wel de SSM-kaderverordening. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. Novum Bank kan geen vergunning bij de AFM aanvragen

Novum Bank voert aan dat de AFM geen boete aan haar kan opleggen voor het niet hebben van een vergunning die Novum Bank niet kan aanvragen. Het opleggen van een boete voor overtreding van artikel 2:60 Wft impliceert dat Novum Bank volgens de AFM een vergunning als bedoeld in artikel 2:60 Wft had moeten aanvragen. De AFM erkent dat zij een boete heeft opgelegd voor het niet hebben van een vergunning die Novum Bank nooit had mogen aanvragen of kunnen krijgen.

Reactie AFM

46. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
47. Naar het oordeel van de AFM gaat Novum Bank met deze uitleg voorbij aan de systematiek, achtergrond en doelstellingen van relevante Europese richtlijnen inzake consumentenbescherming. Of Novum Bank al dan niet een vergunning had kunnen krijgen, is in dit verband niet relevant. Novum Bank opereerde namelijk via een bijkantoor gelegen in Nederland. Uitgangspunt is dat iedere financiële onderneming die in Nederland krediet aanbiedt, hiervoor een vergunning nodig heeft. Dit uitgangspunt komt terug in de systematiek van (en de verhouding tussen) de artikelen 2:60 en 2:61/62 Wft. Artikel 2:60 Wft kent een algemene verbodsbepaling om zonder vergunning van de AFM krediet aan te bieden in Nederland. De artikelen 2:61/62 Wft vormen een uitzondering op dat verbod voor het geval dat een financiële onderneming een vergunning van DNB heeft (artikel 2:61 Wft) of een vergunning van haar Europese

⁶ Aanvullend bezwaarschrift, randnummer 62.

equivalent heeft (artikel 2:62 Wft), waarbij voor de laatste situatie geldt dat daarvoor nog wel een notificatieprocedure moet worden doorlopen.

48. Het in deel 4 van de Wft geregelde gedragstoezicht is van toepassing op financiële ondernemingen die beschikken over één van voornoemde vergunningen. Dat betekent evenwel niet dat het aanbieden van krediet zonder de daartoe vereiste vergunning niet wordt gedekt door het (gedrags)toezicht van de AFM. De samenhang van de artikelen 2:60 en 2:61/62 Wft, alsmede artikel 4:1 Wft, zorgt er immers voor dat uiteindelijk elke vorm van kredietverlening (illegaal of niet), onder het toezicht van de AFM komt te vallen. Oftewel, in die gevallen waarin de financiële onderneming op de Nederlandse markt krediet aanbiedt op grond van een geldige vergunning (in het geval van banken ofwel een vergunning van DNB op grond van artikel 2:61 Wft ofwel een Europese bankenvergunning op grond van artikel 2:62 Wft met een juiste notificatie) houdt de AFM gedragstoezicht op grond van deel 4 van de Wft.⁷ Voor de gevallen waarin de financiële onderneming wel krediet verleent in Nederland, maar hiervoor niet over de benodigde vergunning beschikt, kan de AFM op grond van artikel 1:80 jo. 2:60 Wft (alsnog) handhavend optreden. Zodoende is gewaarborgd dat ook financiële ondernemingen die illegaal (namelijk zonder de daartoe vereiste vergunning) krediet aanbieden op de Nederlandse markt, onderworpen zijn aan het toezicht van de AFM.
49. Wanneer een financiële onderneming aldus niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 2:61/62 Wft komt artikel 2:60 Wft in beeld. Handhaving door de AFM van artikel 2:60 Wft is pas aan de orde voor zover het Novum Bank niet op grond van artikel 2:62 Wft is toegestaan krediet aan te bieden. Daarmee dient artikel 2:60 Wft in wezen als een 'vangnetbepaling' die ervoor zorgt dat de AFM te allen tijde toezicht kan houden op alle financiële ondernemingen die krediet aanbieden in Nederland. Dat de wetgever dit ook zo voor ogen heeft gehad volgt ook uit de achtergrond en totstandkoming van artikel 2:60 Wft. Zo vindt artikel 2:60 Wft zijn (uiteindelijke) oorsprong in de Europese richtlijnen inzake consumentenbescherming.⁸ Uit de toelichting bij de (eerste) implementatie hiervan⁹ blijkt dat de wetgever doelbewust heeft gekozen voor een regeling als bedoeld in artikel 2:60 Wft, omdat met een dergelijke regeling gewaarborgd is dat de AFM alle aanbieders van krediet in beeld heeft.¹⁰

⁷ Zie artikel 4: 1, aanhef en sub a, Wft. Het gaat dan bijvoorbeeld over bescherming van consumenten tegen overkreditering (artikel 4:34 Wft) en het in rekening brengen van een beperkte vergoeding (artikel 4:35 Wft).

⁸ Zie (artikel 12 van) richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet (PbEU 1987, L 42) en (het thans geldende, artikel 20 van) Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (PbEU 2008, L 133).

⁹ Door middel van (artikel 9 van) de Wet op het Consumentenkrediet, zie *Kamerstukken* 1986-1987, 19785, nr. 5 en *Kamerstukken* 1986-1987, 19785, nr. 7, p. 4.

¹⁰ Zie memorie van antwoord bij de Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2005/45/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2005 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn S7/102/EEG van de Raad (PbEU 2005 L 133). *Kamerstukken II* 2010-2011, 32339, nr. E, p. 6.

50. Omdat Novum Bank vanuit een bijkantoor in Nederland krediet heeft aangeboden zonder daartoe een notificatieprocedure te hebben gevolgd, kan zij geen beroep doen op artikel 2:62 Wft en heeft de AFM dus (terecht) haar handhavingsbevoegdheid gebaseerd op artikel 2:60 Wft.

Het is verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.

Legale kredietaanbieders			Illegale kredietaanbieders		
Vergunning AFM 2:60 Wft	(Eigen) vergunning DNB	(Eigen) vergunning EU-lidstaat en notificatie	Geen vergunning AFM	Geen vergunning DNB	Geen vergunning EU-lidstaat of <u>wel vergunning EU-lidstaat maar geen notificatie</u>
<i>artikel 2:60 Wft</i>	<i>artikel 2:61 Wft</i>	<i>artikel 2:62 Wft</i>			
De AFM is bevoegd te handhaven op grond van deel 4 Wft.			De AFM is bevoegd te handhaven op grond van artikel 1:80 jo 2:60 Wft.		

51. Aldus heeft de AFM geen boete aan Novum Bank opgelegd voor het niet hebben van een vergunning die zij niet kan aanvragen maar voor het illegaal, via een bijkantoor in Nederland, verstrekken van kredieten. De boete impliceert geenszins dat Novum Bank een vergunning bij de AFM had moeten aanvragen. En met de boete heeft de AFM hierdoor, anders dan Novum Bank stelt¹¹, handhavend opgetreden tegen het illegaal aanbieden van krediet. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

C. Novum Bank heeft zich niet aan het gedragstoezicht van de AFM onttrokken

Novum Bank voert aan dat zij zich niet onttrok aan gedragstoezicht – de AFM kon gedragstoezicht op haar houden en heeft dat ook gedaan. De AFM lijkt te menen dat markttoegang (deel 2 van de Wft) over gedragstoezicht gaat (deel 4 en 5 van de Wft). De AFM kon wel toezicht houden op de normen uit Deel 4 van de Wft die van toepassing zijn op Novum Bank. Dit blijkt uit artikel 4:1 Wft waarin staat dat deel 4 Wft van toepassing is op financiële ondernemingen die op grond van Hoofdstuk 2.2 van de Wft in Nederland diensten mogen aanbieden. Dat mocht Novum Bank en daarmee zijn de gedragsregels op haar van toepassing. Bovendien legt de AFM artikel 4:1, eerste lid, sub a, Wft te restrictief uit, want dit zou ertoe leiden dat de AFM zich onbevoegd acht om gedragstoezicht uit te oefenen op alle banken met zetel in een andere SSM-lidstaat die in Nederland actief zijn. Dat de AFM zich wel bevoegd achtte gedragstoezicht op Novum Bank te houden, blijkt uit haar onderzoek naar Novum Bank dat was gericht op naleving van de gedragsregels van Deel 4 van de Wft, die van toepassing zijn bij het aanbieden van krediet door Novum Bank. Voor het gedragstoezicht van de AFM is niet van belang of grensoverschrijdende dienstverlening al

¹¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 69.

dan niet via een bijkantoor plaatsvindt. Derhalve kon de AFM ook op grond van grensoverschrijdende dienstverlening zonder bijkantoor op Novum Bank gedragstoezicht houden.

Reactie AFM

52. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
53. De AFM heeft zoals hierboven reeds toegelicht vastgesteld dat Novum Bank opereerde vanuit een bijkantoor zonder dat zij een notificatieprocedure heeft doorlopen. Dat het in het kader van het gedragstoezicht van de AFM niet van belang is of grensoverschrijdende dienstverlening al dan niet via een bijkantoor plaatsvindt, zoals Novum Bank naar voren brengt, getuigt naar het oordeel van de AFM op een onjuiste uitleg van de feiten.
54. Novum Bank mocht niet op grond van Hoofdstuk 2.2 van de Wft in Nederland diensten aanbieden. Zij heeft namelijk vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor krediet verstrekt terwijl haar dit niet is toegestaan. En hoewel het Novum Bank wel was toegestaan om vanuit Malta krediet in Nederland te verstrekken, heeft zij dit niet vanuit Malta gedaan maar vanuit een *bijkantoor*.
55. De AFM begrijpt het standpunt van Novum Bank daarom niet dat de AFM de mening zou zijn toegedaan dat zij geen gedragstoezicht kan houden op alle banken met zetel in een andere SSM-lidstaat die in Nederland actief zijn. Artikel 2:62, aanhef en onder a, Wft bepaalt immers dat artikel 2:60, eerste lid, Wft niet van toepassing is op financiële ondernemingen met zetel in een andere lidstaat die grensoverschrijdend diensten verlenen al dan niet via een bijkantoor, '*voor zover het aan hen ingevolge afdeling 2.2.2 is toegestaan krediet aan te bieden*'.
56. Voor zover relevant merkt de AFM ten overvloede het volgende op. Kredietinstellingen met zetel in een andere lidstaat kunnen in Nederland op twee manieren actief zijn door middel van een Europees paspoort¹²:
 - via een bijkantoor in Nederland;
 - grensoverschrijdend zonder bijkantoor, door middel van 'het verrichten van diensten', ook wel *cross border*-dienstverlening genoemd.
57. Zoals Novum Bank terecht betoogt¹³, beogen de Europese bankenrichtlijnen door harmonisatie tot een wederzijdse erkenning van de vergunning (markttoegang) en van de stelsels van bedrijfseconomisch (prudentieel) toezicht te komen. En zoals Novum Bank terecht betoogt¹⁴, is het toezicht op de markttoegang en het prudentiële toezicht inmiddels ook geharmoniseerd in de Richtlijn Kapitaalvereisten.

¹² Artikel 33 CRD IV.

¹³ Aanvullend bezwaar, randnummer 35.

¹⁴ Aanvullend bezwaar, randnummer 55.

Het Europees paspoort regime voor banken gaat hierbij uit van *home state control*. Derhalve berusten markttoegang en prudentieel toezicht bij de toezichthouder van de lidstaat van herkomst. Dit betekent echter niet, anders dan Novum Bank in haar aanvullend bezwaar concludeert¹⁵, dat het toezicht hiermee 'geheel' in handen van de lidstaat van herkomst ligt en de toezichthouder van de lidstaat van ontvangst enkel nog maar een signaalfunctie zou hebben. Want, zoals Novum Bank terecht stelt¹⁶, het *gedragstoezicht* voor bancaire dienstverlening is niet geharmoniseerd.

58. Artikel 2:60 Wft is geen omzetting van een bepaling die verband houdt met Europese regelgeving over prudentieel toezicht. Artikel 2:60 Wft vormt in de kern een bepaling van nationaal (gedrags)toezicht die ervoor moet zorgen dat alle financiële ondernemingen die in Nederland krediet aanbieden, onder het toezicht van de AFM komen te vallen. Voor banken die op grond van een Europees paspoort (dus na het volgen van de juiste notificatieprocedure) actief zijn op de Nederlandse markt (en dus een beroep kunnen doen op artikel 2:62 Wft), houdt de AFM toezicht op grond van deel 4 Wft. Voor banken die niet voldoen aan de Europese vereisten geldt dat de AFM handhavend kan optreden op grond van artikel 2:60 Wft.
59. De AFM was in de veronderstelling dat Novum Bank cross border diensten verrichtte. Dit was haar namelijk toegestaan. Derhalve achtte de AFM zich op grond van artikel 2:62 Wft bevoegd onderzoek te doen op naleving van de gedragsregels van Deel 4 van de Wft bij Novum Bank. Nadien bleek dat Novum Bank geen cross border diensten verrichtte maar via een bijkantoor actief was in Nederland, hetgeen haar – bij gebreke van de juiste notificatie procedure - niet was toegestaan. Dit leidde tot de conclusie dat Novum Bank illegaal kredieten verstreekte in Nederland en dat zij zich hierdoor heeft onttrokken aan het gedragstoezicht van de AFM.
60. Indien het Europees paspoort regime lokaal gedragstoezicht zou verhinderen, zou dit betekenen dat de MFSa toezicht zou moeten houden op alle gedragingen die Novum Bank in andere deelnemende lidstaten zou verrichten, ongeacht of deze gedragingen ook binnen haar werkingssfeer zouden vallen. Dit zou een voor de MFSa in de praktijk onwerkbaar situatie tot gevolg hebben.¹⁷ Bovendien zou hiermee ook iedere betekenis worden ontnomen aan de gedragsregels die de Nederlandse consument moeten beschermen, nu deze consument zou zijn aangewezen op (mogelijke) inspanningen van een buitenlandse toezichthouder ten aanzien van (deels) niet-geharmoniseerde regels. Aldus wordt markttoegang van en prudentieel toezicht op een bank uitgeoefend door de toezichthouder van de lidstaat van herkomst. De toezichthouder van de lidstaat van ontvangst houdt toezicht op de naleving van de gedragsregels die op haar grondgebied hebben te gelden.
61. Omdat het in deel 4 van de Wft geregelde gedragstoezicht alleen van toepassing is op financiële ondernemingen die beschikken over een vergunning op grond van artikel 2:60/61 of artikel 2:62 Wft,

¹⁵ Aanvullend bezwaar, randnummers 47 en 48.

¹⁶ Aanvullend bezwaar, randnummer 55.

¹⁷ Vgl. conclusie A-G Bot 31 maart 2011, C-347/09 (Dickinger en Omer), ov. 134-135.

waarborgt (de formulering van) artikel 2:60 Wft dat de AFM ook kan optreden tegen financiële ondernemingen die *niet* op grond van voornoemde artikelen op de Nederlandse markt actief zijn. Indien dit anders was geweest, zou elke financiële onderneming zonder een vergunning van de AFM, DNB of haar Europese equivalent actief kunnen zijn op de Nederlandse markt zonder onder het toezicht van de AFM te vallen. Voor die uitleg bestaat geen enkele grond.

62. Naar aanleiding van het bovenstaande stelt de AFM zich op het standpunt dat Novum Bank zich, door het illegaal verstrekken van kredieten via een bijkantoor in Nederland, onttrok aan het gedragstoezicht door de AFM. De AFM heeft geen materiële consequenties kunnen verbinden aan het door haar verrichte onderzoek, omdat de gedragsregels van Deel 4 Wft niet op Novum Bank van toepassing waren. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

D. De AFM had de MFSa moeten vragen op te treden

Novum Bank voert aan dat de AFM wel mogelijkheden had om op te treden. Zij richt zich daarbij op de bepalingen uit de Richtlijn Kapitaalvereisten en stelt dat de AFM die ook heeft gevolgd.¹⁸ De vangnetfunctie van artikel 2:60 Wft is niet op Novum Bank van toepassing en ook niet nodig. Novum Bank is geen illegale partij die zonder vergunning of notificatie de Nederlandse markt betrad, zij beschikte over een Europees paspoort.

Reactie AFM

63. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
64. Het is juist dat niet de AFM, maar de MFSa, bevoegd is tot handhaving wanneer Novum Bank niet aan de normen voldoet die voortvloeien uit de Richtlijn en Verordening Kapitaalvereisten. Dit heeft de AFM ook niet gedaan; dit heeft de MFSa gedaan. Novum Bank stelt in dit kader terecht dat de MFSa ook zonder artikel 2:60 Wft kan optreden tegen het overtreden van de notificatieprocedure.¹⁹ Dit volgt uit artikel 41 van de Richtlijn Kapitaalvereisten. Het overtreden van de notificatieprocedure maakt Novum Bank nog geen illegale partij in de ogen van de MFSa. Novum Bank beschikt immers over een Europees paspoort die door haar is verstrekt. Dit ligt echter anders voor de AFM.
65. Zoals toegelicht onder bezwaargrond 1(B), beschikt Novum Bank weliswaar over een Europees paspoort maar niet over de (juiste) notificatie om van haar Europees paspoort gebruik te mogen maken. Nu Novum Bank illegaal gebruik heeft gemaakt van haar Europees paspoort, kan zij met haar bijkantoor wel degelijk gekwalificeerd worden als illegale kredietaanbieder in Nederland. Net zoals de MFSa kan optreden tegen de schending van de notificatieprocedure, kan de AFM optreden tegen illegale kredietaanbieding door Novum Bank in Nederland. En net zoals de MFSa in haar optreden onafhankelijk is van de

¹⁸ Aanvullend bezwaar, randnummer 78.

¹⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 82.

verbodsbepaling van artikel 2:60 Wft, kan de AFM zonder de Richtlijn Kapitaalvereisten handhavend optreden voor overtreding van artikel 2:60 Wft. Het één sluit het ander bovendien niet uit. Derhalve kunnen beiden naast elkaar bestaan. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 2: de uitzondering op de vergunningplicht (artikel 2:62 Wft)

66. Novum Bank voert aan dat haar een beroep toekomt op artikel 2:62 Wft. Artikel 2:62 Wft ziet namelijk op het verrichten van grensoverschrijdende diensten naar Nederland, met of zonder bijkantoor. Novum Bank heeft wel voldaan aan de notificatieprocedure voor het verrichten van grensoverschrijdende diensten naar Nederland zonder bijkantoor. Hiermee voldoet zij aan artikel 2:18 Wft en daarmee aan artikel 2:62 Wft. De voorzieningenrechter heeft het onjuist in zijn oordeel dat artikel 2:62 Wft zo moet worden gelezen dat Novum Bank zich alleen bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit Malta op deze bepaling kan beroepen en dus niet bij het aanbieden van krediet in Nederland vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor.

Reactie AFM

67. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
68. Zoals in de aanhef van deze paragraaf is toegelicht, is de uitzondering van artikel 2:62 Wft niet op Novum Bank van toepassing. Het klopt dat Novum Bank op grond van artikel 2:18 Wft vanuit Malta krediet mag aanbieden in Nederland. En indien Novum Bank zich ook hiertoe had beperkt, te weten het verrichten van diensten *vanuit Malta* naar Nederland, kwam haar ook een beroep op artikel 2:62/2:18 Wft toe. Maar Novum Bank heeft niet gedaan wat haar was toegestaan. Novum Bank heeft gedaan wat haar niet was toegestaan, namelijk haar diensten via een bijkantoor in Nederland aangeboden. Voor deze activiteiten heeft Novum Bank geen grondslag die vergelijkbaar is met artikel 2:18 Wft. Daarmee vervalt een beroep op artikel 2:62 Wft. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 3: het vertrouwensbeginsel

69. Novum Bank voert aan dat zij, aan de *cross border* notificatie van de MFSA, vertrouwen mocht ontlennen dat de wijze die zij in haar business plan voorstond om krediet aan Nederlandse consumenten te verstrekken, hieronder zou vallen. De MFSA was goed en volledig geïnformeerd. De AFM ontkent bovendien niet dat Novum Bank slechts de in het business plan verrichte activiteiten heeft verricht.

Reactie AFM

70. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

71. Het is vaste rechtspraak dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel nodig is dat er *aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan* door een daartoe bevoegd persoon, waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend.²⁰ De AFM heeft geen toezeggingen gedaan. Eventuele toezeggingen door de MFSA kunnen niet aan de AFM worden toegerekend. Reeds hierop stuit het beroep op het vertrouwensbeginsel door Novum Bank af.
72. Bovendien geldt dat Novum Bank met een beroep op het vertrouwensbeginsel, impliciet een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond, te weten een schulduitsluitingsgrond ex artikel 5:41 Awb. Novum Bank betwist namelijk (in deze bezwaargrond) niet zo zeer de overtreding, maar stelt dat de overtreding haar niet verweten mag worden doordat zij op toezeggingen van de MFSA mocht afgaan. En hoewel op grond van artikel 3:2 Awb de plicht tot informatievergaring en tot bewijslevering van de overtreding in beginsel op de AFM rust, impliceert artikel 5:41 van de Awb niet dat het bestuursorgaan bij iedere bestuurlijke boete moet onderzoeken of een schulduitsluitingsgrond aanwezig is en moet motiveren waarom dat niet het geval is. Daartoe is slechts aanleiding indien de overtreder een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond *en die aannemelijk maakt*.²¹
73. Naar het oordeel van de AFM heeft Novum Bank het beroep op het vertrouwensbeginsel onvoldoende aannemelijk gemaakt. Zonder enige onderbouwing stelt Novum Bank namelijk dat²²:
- i. zij eind 2012 haar voornemen om kredieten in andere lidstaten te verstrekken aan de MFSA heeft gemeld;
 - ii. de MFSA hiertoe 'ter goedkeuring' een nieuw business plan van Novum Bank verlangde;
 - iii. zij in januari 2013 haar business plan aan de MFSA heeft gepresenteerd en ingediend;
 - iv. de MFSA het business plan toen heeft bestudeerd, er diverse meetings hebben plaatsgevonden en hierover met haar heeft gecorrespondeerd.
- Dat Novum Bank haar voorgenomen activiteiten in Nederland uitvoerig met de Maltese toezichthouder heeft afgestemd, wordt door haar gesteld, maar op geen enkele manier onderbouwd. Ook hierop stuit het beroep van Novum Bank op het vertrouwensbeginsel af. Daarbij merkt de AFM op dat ook de MFSA van oordeel is dat Novum Bank zich niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen. Zie in dit verband het boetebesluit van de MFSA van 15 november 2018.
74. Maar ook indien Novum Bank het beroep op het vertrouwensbeginsel in beginsel wel aannemelijk heeft gemaakt, stuit dit op de inhoudelijke beoordeling af. De AFM is van oordeel dat Novum Bank zich ook dan niet op het vertrouwensbeginsel kan beroepen.

²⁰ Raad van State, 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:9896, r.o 3.2.

²¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3. P. 87 (MvT). Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM mag schuld in de zin van verwijtbaarheid worden verondersteld, mits tegenbewijs mogelijk is (EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351 (Salabiaku) en EHRM 23 juli 2002, ECHR 2002, 88 (Janosevic).

²² Aanvullend bezwaar, randnummer 19.

75. Novum Bank concludeert dat het business plan door de MFSA is goedgekeurd. Zij leidt dit af uit het feit dat de MFSA haar in 2013 een nieuwe bankenvergunning heeft verleend. Novum Bank heeft niet aangetoond dat het business plan aan een dergelijke inhoudelijke beoordeling onderworpen is geweest. Dit blijkt ook niet uit de door de MFSA opgelegde boete. De AFM spreekt tegen dat Novum Bank deze conclusie hieraan mag verbinden. Dat de MFSA de kennisgeving heeft doorgezonden aan de lidstaten van ontvangst, wil niet zeggen dat daarmee het business plan door de MFSA is goedgekeurd. Voor de notificatie is namelijk geen inhoudelijke beoordeling van de concrete door Novum Bank te verrichten activiteiten vereist. De controle beperkt zich tot het standaardformulier die door de European Banking Authority is opgesteld.²³
76. Bovendien, het business plan is toegespitst op het verzoek om cross border diensten te mogen verrichten. Dit staat op p. 3 van het business plan waarin wordt vermeld dat *'The activities of the microfinance companies being acquired shall be transferred to the Bank and all micro-loans will be granted by the Bank in Malta in accordance with EU cross border passporting rules'*. En in het business plan wordt juist de vestiging van een bijkantoor uitgesloten. Op p. 20 van het business plan staat: *'The support offices do not constitute a branch of the Bank, and will not be attributed with any assets, or risks in the course of providing the cross-border banking services. In addition, the employees based in these support offices will not be involved in the decision-making activities'*.
77. Dat een deel van de activiteiten zouden worden verricht vanuit Nederland²⁴, maakt niet dat de MFSA naar aanleiding hiervan Novum Bank op de notificatieprocedure voor de vestiging van een bijkantoor had moeten wijzen. De toegelichte activiteiten in het rapport zien vooral op ondersteunende activiteiten die niet relevant zijn voor de vestiging van een bijkantoor.
78. Bovendien betwist de AFM dat Novum Bank slechts de in het business plan verrichte activiteiten heeft verricht. De beschreven werkwijze in het business plan komt namelijk niet overeen met de feitelijke situatie. Ter illustratie wijst de AFM op enkele voorbeelden uit het businessplan.
79. Op p. 19 van het business plan wordt vermeld dat alle beslissingen met betrekking tot de verstrekking van het krediet worden genomen in Malta: *"The management and employees of the Bank that will be based in Malta will be responsible for all the key business decisions relating to the microfinance business, including the decision on whether a loan should be granted to any customer, the choice of third party suppliers (e.g. marketing services providers), the negotiation and finalisation of agreements, and operational payments'*. De AFM heeft juist vastgesteld dat de inhoudelijke beoordeling om al dan niet over te gaan tot het verlenen van flitskrediet feitelijk plaatsvond vanuit de Nederlandse vestiging van Novum Bank.

²³ Artikel 10 en bijlage 5 bij EBA FINAL draft implementing technical standards on passport notifications under Articles 35, 36 and 39 of Directive 2013/36/EU, EBA/ITS/2013/05.

²⁴ Aanvullend bezwaar, randnummer 20.

Datum 29 mei 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 17 van 45

80. Ook de passage in het business plan, p. 21, waaruit volgt dat Novum Bank uitsluitend zal communiceren uit naam van de Bank, inclusief contactgegevens van de Bank in Malta en niet vanuit de 'support offices', strookt niet met de feitelijk door de AFM vastgestelde situatie. *'Furthermore, any correspondence or communication issued by the support offices will be issued in the name of the Bank and would show the address and contact details of the Bank in Malta and not the support offices. (...)'*. Uit de feitelijke bevindingen van de AFM blijkt dat de flitskredieten door Novum Bank werden aangeboden aan Nederlandse consumenten onder de naam 'Casper' door middel van de website www.casper.nl. Op de website werd herhaaldelijk verwezen naar het Nederlandse adres van Novum Bank in Berkel en Rodenrijs. Slechts in de kleine letters van de algemene voorwaarden werd verwezen naar Novum Bank. Hierdoor bestond bij Nederlandse consumenten de indruk dat zij met een Nederlandse aanbieder te maken hadden.
81. Het beroep van Novum Bank op het vertrouwensbeginsel stuit op het voorgaande af. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 4: het bijkantoor

82. Novum Bank voert aan dat het kantoor in Berkel en Rodenrijs niet kwalificeert als bijkantoor. Het was voor de cross border dienstverlening noodzakelijk om belangrijke medewerkers vanuit Nederland in te zetten. De communicatie met cliënten vond, conform het business plan, in Nederland plaats, maar Nederlandse klanten hadden niet de indruk dat het een Nederlandse bank betrof. Het enige onderdeel van het kredietverleningsproces dat daar plaatsvond, was het verzamelen van documenten die door de klanten werden ingediend voor de verificatie. Kredietbeslissingen werden in Malta genomen. Aldus was het karakter van de uitgevoerde activiteiten in Berkel en Rodenrijs beperkt tot werkzaamheden die slechts van ondersteunende of ondergeschikte aard zijn.
83. Novum Bank voert verder aan dat er voldoende aanwijzingen zijn om de door de AFM beoordeelde dienstverlening als een dienst van de informatiemaatschappij te kwalificeren. Zij doet hierbij een beroep op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 2 februari 2018²⁵ en op de uitspraak van het Cbb van 12 maart 2019.²⁶ Daarnaast heeft de AFM niet voldoende onderzocht of het kantoor in Berkel en Rodenrijs als 'representative office' kwalificeerde en om die reden niet onder het toezicht van de AFM valt.

Reactie AFM

84. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

²⁵ Rechtbank Rotterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:645.

²⁶ Cbb 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:112.

85. Een bijkantoor wordt in artikel 4, eerste lid, sub 17 van de Verordening Kapitaalvereisten gedefinieerd als *‘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 gaat er dus om of in het kantoor in Berkel en Rodenrijs activiteiten zijn verricht die inherent waren aan het aanbieden van krediet - en daarmee niet van slechts ondersteunende of ondergeschikte aard waren. Onder het aanbieden van krediet wordt ingevolge artikel 1:1 Wft ook verstaan het beheren of uitvoeren van de kredietovereenkomst. De AFM is van oordeel dat het kantoor in Berkel en Rodenrijs als bijkantoor kwalificeert om de volgende redenen.
86. De AFM heeft vastgesteld dat op de Nederlandse vestiging van Novum Bank zeker 40 fulltime werknemers actief waren.²⁷ Onder deze groep bevonden zich data-analisten, klantenservice medewerkers, IT-medewerkers, marketing medewerkers, medewerkers debiteurenbeheer, administratief medewerkers en de Chef Risk Officer. Novum Bank weerspreekt dit ook niet, maar stelt enkel dat die noodzakelijk waren voor de uitvoering van haar dienstverlening. De AFM is van oordeel dat reeds hieruit volgt dat de Nederlandse vestiging niet kan worden aangemerkt als een back office.
87. Novum Bank verwijst, over de communicatie die met klanten in Nederland plaatsvond, naar haar business plan. Daarin staat vermeld dat de Nederlandse vestiging zou zorgen voor het opstellen en verspreiden van facturen en aanmaningen namens Novum Bank en dat zij de lokale taal in telefoongesprekken en op internet met klanten zou gebruiken. Dit laatste zou ook gebruikelijk zijn bij dienstverlening aan klanten in het buitenland, zowel door middel van een bijkantoor, als op afstand.²⁸
88. De AFM merkt op dat - daargelaten of het business plan een juiste weergave van de vigerende praktijk van Novum Bank weergeeft - Novum Bank hiermee miskent dat dit niet de enige manier van communiceren is geweest. Novum Bank weerspreekt namelijk niet dat de Nederlandse vestiging van Novum Bank werd gepresenteerd als centraal aanspreekpunt aan Nederlandse klanten. De flitskredieten werden door middel van een Nederlandse website aan klanten aangeboden, waarbij herhaaldelijk werd verwezen naar het Nederlandse adres en telefoonnummer van Novum Bank in Berkel en Rodenrijs. Daarnaast werden de klanten door Nederlandse medewerkers te woord gestaan. Het feit dat Novum Bank zelf ook van oordeel is dat dit gebruikelijk is bij een bijkantoor, sluit aan bij het oordeel van de AFM hierover.
89. En anders dan Novum Bank betoogt, is de AFM van oordeel dat op de Nederlandse vestiging van Novum Bank in het kredietverleningsproces meer gebeurde dan enkel het verzamelen van documenten die door klanten werden ingediend voor verificatie. De Nederlandse vestiging verplichtte de klanten om via haar website hun identiteitsbewijzen, bankoverzichten en salarisstroken te uploaden. Nadat alle documenten

²⁷ Boetebesluit, p. 13, 21 en 22.

²⁸ Aanvullend bezwaar, randnummer 113.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	19 van 45

van de klant op de Nederlandse vestiging waren verzameld, werden die inhoudelijk door de servicemedewerkers beoordeeld. Voorts namen de servicemedewerkers telefonisch contact op met de klant en verifieerden zij het telefoonnummer en diens kredietaanvraag. De kredietaanvragen, -overeenkomsten en algemene voorwaarden waren in de Nederlandse taal opgesteld. Zonder de betrokkenheid van de Nederlandse medewerkers bij het verificatieproces zouden de kredietovereenkomsten niet (op dezelfde schaal) tot stand zijn gekomen. Hierdoor is, ondanks de intentie van Novum Bank om de Nederlandse vestiging enkel als service center voor nevenactiviteiten te gebruiken²⁹, geen sprake van enkel ondergeschikte of ondersteunende activiteiten.

90. Bovendien was, zoals Novum Bank zelf ook stelt³⁰, de Nederlandse vestiging nauw betrokken bij het uitvoeren van de kredietovereenkomsten en het afhandelen van betalingsachterstanden. De Nederlandse medewerkers stelden facturen op en verstuurden aanmaningen op naam van Novum Bank. Daar komt bij dat de Nederlandse medewerkers klanten actief benaderden over betalingsachterstanden. Zo nodig konden de Nederlandse medewerkers – naar eigen inzicht en afhankelijk van de situatie van de klant – een betalingsregeling treffen.³¹ Hierdoor heeft bij Nederlandse consumenten de indruk kunnen ontstaan dat zij met een Nederlandse bank of een buitenlandse bank met een Nederlands bijkantoor te maken hebben.
91. De stelling van Novum Bank dat Nederlandse klanten de vestiging in Nederland nimmer zouden hebben bezocht, heeft Novum Bank niet onderbouwd en kan de AFM ook niet verifiëren maar doet ook niet af aan de door haar gewekte indruk. En dat Novum Bank met benoeming van het adres van de Nederlandse vestiging op de Nederlandse website enkel heeft beoogd te verwijzen naar local support offices, maakt dit ook niet anders. Het gaat namelijk niet om de intentie die Novum Bank hiermee heeft gehad maar om de indruk die zij hiermee heeft gewekt. Bovendien, eventuele verwijzingen in alleen juridische documentatie naar de bank in Malta, zijn volgens de AFM zodanig summier, dat dit geen of onvoldoende tegenwicht biedt.
92. Ook vonden de kredietbeoordelingen op de Nederlandse vestiging plaats. Het Management Credit Committee (**MCC**) – bestaande uit de heren [A], [B] en [C] – stelden gezamenlijk de kredietvoorwaarden en risico-parameters vast. Naar het oordeel van de AFM opereerde de MCC vanuit de Nederlandse vestiging. Zowel [A] als [C] hebben immers hun kantoor in Nederland, zodat het MCC feitelijk in Nederland was gevestigd. De stelling van Novum Bank dat geen enkele keer een meeting van het MCC heeft plaatsgevonden terwijl alle leden in Nederland waren, doet hier niet aan af. Bovendien kan uit deze stelling niet worden afgeleid dat daarmee kredietbeslissingen in Malta werden genomen.

²⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 105.

³⁰ Aanvullend bezwaar, randnummers 110 en 121.

³¹ Boetebesluit AFM, p. 23.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	20 van 45

93. De door MCC vastgestelde kredietvoorwaarden en risico-parameters werden vervolgens door het Nederlandse IT-team vertaald in digitale 'business rules' en geïmplementeerd in het computersysteem, zodat dit systeem geautomatiseerd kredietaanvragen kon beoordelen. Het waren uiteindelijk de in Nederland gevestigde data-analisten die aan de hand van de uitkomsten van de digitale risicomodellen concludeerden of de flitskredieten al dan niet werden verleend.³² Anders dan Novum Bank stelt, zijn dit geen pure back office werkzaamheden. Tot slot vond ook de correspondentie met Nederlandse consumenten plaats vanuit de Nederlandse vestiging van Novum Bank.
94. Kort en goed waren het de Nederlandse IT-medewerkers en data-analisten die verantwoordelijk waren voor het feitelijk beoordelen en verlenen van de flitskredieten. Dit geldt temeer nu het door hen beheerde geautomatiseerde systeem draaide op (interne) servers die zich bevonden op Nederlands grondgebied. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het verlenen van de flitskredieten door Novum Bank niet vanuit Malta, maar vanuit Nederland plaatsvond. Uit bovengenoemde feiten en omstandigheden volgt dat de werkzaamheden die plaatsvonden bij de Nederlandse vestiging van Novum Bank verder gingen dan enkel ondersteunende werkzaamheden.
95. Omdat het kantoor in Berkel en Rodenrijs kwalificeert als bijkantoor, is de dienstverlening van Novum Bank geen dienst van, wat daar ook van zij, de informatiemaatschappij zoals Novum bank stelt. Artikel 1:16, eerste lid, Wft bepaalt dat de Wft niet van toepassing is op financiële diensten die kunnen worden aangemerkt als dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**) en die worden verleend door een financiële onderneming *vanuit een vestiging in een andere lidstaat*.
96. Zoals reeds een aantal malen opgemerkt zijn de financiële diensten van Novum Bank niet vanuit een vestiging in een andere lidstaat, maar vanuit het Nederlandse bijkantoor verleend. Reeds daarom treffen de gronden van Novum Bank geen doel. Ten overvloede merkt de AFM op dat de vrijstelling van artikel 1:16 Wft slechts op gaat voor zover vanuit het buitenland via het internet financiële diensten worden verleend aan Nederlandse consumenten. Belangrijke voorwaarde is aldus dat de economische activiteit *vanuit een andere lidstaat* plaatsvindt. Zodra online financiële diensten worden verleend vanuit een bijkantoor op Nederlands grondgebied, vervalt de vrijstelling van artikel 1: 16 Wft en is de Wft onverkort van toepassing.

³² Het door Novum Bank gehanteerde geautomatiseerde systeem is in feite niets anders dan een voortzetting van het door [X] ontwikkelde geautomatiseerd systeem. [X] was een flitskredietaanbieder die eveneens via internet flitskredieten aan Nederlandse consumenten aanbood. [X] was gevestigd op het huidige adres van Novum Bank. [C] en [D] waren de voormalig eigenaren van [X] en hebben het geautomatiseerde systeem ontwikkeld. [C] en [D] hebben het concept vervolgens aan Novum Bank verkocht, inclusief het intellectueel eigendom en inclusief het personeel en de IT-systemen. Dit verklaart ook waarom [C] en [D] werkzaam bleven als adviseurs voor Novum Bank (Bijlage 44, p. 2).

*'Artikel 1:16, eerste lid, wordt gewijzigd om te verduidelijken dat de Wft wel van toepassing is op een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat die vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor financiële diensten aanbiedt die kunnen worden aangemerkt als dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. (...) Op grond van de definitie van vestiging in artikel 1:1 van de Wft omvat vestiging zowel een bijkantoor als de zetel. Dit betekent dat de uitzondering van toepassing is op een financiële onderneming die financiële diensten verleent naar Nederland vanuit de lidstaat waar zij haar zetel heeft of vanuit een in een andere lidstaat gelegen bijkantoor van die onderneming naar Nederland.'*³³

97. Dit wordt bevestigd in de literatuur. *'Een financiële dienstverlener met zetel in België verleent vanuit zijn bijkantoor in Nederland online financiële diensten in Nederland. In dat geval is de Wft van toepassing op de online financiële diensten. De handhaving hiervan is toevertrouwd aan de AFM'*.³⁴
98. In het voorgaande en in het Boetebesluit heeft de AFM reeds uitvoerig gemotiveerd dat de economische activiteit van Novum Bank plaatsvond vanuit haar Nederlandse bijkantoor. Resumerend blijkt dit allereerst uit de omvang van de Nederlandse vestiging van Novum Bank.³⁵ Daar komt bovendien bij dat de flitskredieten werden aangeboden door middel van een Nederlandse website, waarbij werd verwezen naar de Nederlandse vestiging van Novum Bank. Klanten werden door Nederlandse medewerkers te woord gestaan.³⁶ Ook het verificatie- en identificatieproces³⁷, het inhoudelijk beoordelen van de kredietaanvragen³⁸ en het uitvoeren van de kredietovereenkomsten en het afhandelen van betalingsachterstanden vonden plaats vanuit de Nederlandse vestiging.³⁹
99. Uit voorgaande feiten en omstandigheden blijkt duidelijk dat sprake is van een Nederlands bijkantoor. Direct gevolg hiervan is dat Novum Bank geen succesvol beroep toekomt op artikel 1:16 Wft.
100. De verwijzing naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 2 februari 2018 kan Novum Bank niet baten. De situatie van Novum Bank verschilt namelijk wezenlijk van de situatie die ten grondslag lag aan de aangehaalde uitspraak. In deze uitspraak was immers sprake van een online kredietaanbieder die vanuit het buitenland opereerde en géén bijkantoor had op Nederlands grondgebied.⁴⁰ Ook in de

³³ Kamerstukken II 2011-2012, 33 236, nr. 3, p. 7-8.

³⁴ R.E. van Esch, De financiële dienstverlener online. De Wft, het BW en bewijs, Recht & Praktijk Financieel recht 14, Deventer: Kluwer 2016, p. 48.

³⁵ Boetebesluit AFM, p. 13, 21 en 22.

³⁶ Boetebesluit AFM, p. 22.

³⁷ Boetebesluit AFM, p. 22.

³⁸ Boetebesluit AFM, p. 23.

³⁹ Boetebesluit AFM, p. 23.

⁴⁰ Rechtbank Rotterdam 2 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:645, r.o 3.4 *'Dat eiseres als financiële dienstverlener financiële diensten verleent vanuit een vestiging in een andere lidstaat is niet in geschil.'*

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	22 van 45

uitspraak van het Cbb van 12 maart 2019 was dit geen discussiepunt. Dit ligt wezenlijk anders bij Novum Bank. Daarmee staat vast dat Novum Bank zich niet kan beroepen op artikel 1:16.

101. Naar het oordeel van de AFM wordt hierdoor niet toegekomen aan de overige argumenten die Novum Bank in haar aanvullend bezwaarschrift aandraagt in het kader van artikel 1:16 Wft. De door Novum Bank aangevoerde gronden richten zich namelijk tegen de overweging van de AFM ten overvloede dat zelfs als buiten beschouwing wordt gelaten dat sprake is van een bijkantoor, de financiële diensten van Novum Bank niet volledig zijn aan te merken als 'diensten van de informatiemaatschappij'.
102. Omdat het kantoor in Berkel en Rodenrijs kwalificeert als bijkantoor, is daarmee ook gegeven dat de Nederlandse vestiging van Novum Bank niet kan worden aangemerkt als 'representative office', ofwel als vertegenwoordigend kantoor. Zoals Novum Bank terecht betoogt⁴¹, betreft een vertegenwoordigend kantoor een kantoor in Nederland dat gelieerd is aan een bank die haar hoofdzetel buiten Nederland heeft, *zonder* dat dit kantoor zelf bevoegd is werkzaamheden te verrichten die zijn voorbehouden aan een bank of een bijkantoor van een bank. Het vertegenwoordigend kantoor mag op geen enkele wijze zelf in Nederland het bedrijf van kredietinstelling uitoefenen, maar dient zich te beperken tot het functioneren als 'luisterpost' voor de buitenlandse bank die hij vertegenwoordigt.⁴²
103. De Nederlandse vestiging van Novum Bank functioneerde niet als luisterpost. Uit het onderzoek van de AFM blijkt dat de Nederlandse vestiging van Novum Bank flitskrediet heeft aangeboden en de kredietovereenkomsten heeft beheerd en uitgevoerd. Aangezien slechts een bijkantoor dergelijke activiteiten mag verrichten, is daarmee per definitie uitgesloten dat de Nederlandse vestiging van Novum Bank kwalificeert als een vertegenwoordigend kantoor.
104. Zelfs in het geval de door Novum Bank verrichte activiteiten wél passend zouden zijn voor een vertegenwoordigend kantoor, hetgeen de AFM uitdrukkelijk betwist, dan nog valt de Nederlandse vestiging van Novum Bank niet aan te merken als een vertegenwoordigend kantoor. Zoals Novum Bank namelijk terecht stelt, is een belangrijke voorwaarde voor de kwalificatie van vertegenwoordigend kantoor immers dat bij het Nederlandse publiek niet ten onrechte de indruk mag ontstaan dat het vertegenwoordigend kantoor een in Nederland (toegelaten bijkantoor van een) vergunninghoudende bank is die in Nederland onder toezicht staat.⁴³ Verwarring bij het Nederlandse publiek over de status van een vertegenwoordigend kantoor moet worden voorkomen.
105. Anders dan Novum Bank betoogt, heeft Novum Bank zich niet aan deze voorwaarde gehouden. Novum Bank hanteerde een Nederlandse website, verwees op de website naar haar Nederlandse adres en stond

⁴¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 134.

⁴² DNB, Q&A 'Vertegenwoordigende kantoren van banken met zetel buiten Nederland', Vraag 3.

⁴³ Aanvullend bezwaar, randnummer 135 en DNB, Q&A 'Vertegenwoordigende kantoren van banken met zetel buiten Nederland', Vraag 3.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	23 van 45

consumenten in het Nederlands te woord. Slechts in de kleine letters van de algemene voorwaarden werd verwezen naar het Maltese adres van Novum Bank. Novum Bank heeft daardoor bij Nederlandse consumenten de indruk gewekt dat zij met een Nederlandse flitskredietaanbieder in zee gingen. Ook in dit licht komt Novum Bank geen beroep toe op de kwalificatie 'representative office'.

106. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 5: het beginsel van ne bis in idem

107. Novum Bank voert aan dat zij tweemaal wordt gestraft voor hetzelfde feit. De boete van de AFM en de boete van de MFSA zien beide op haar activiteiten in Nederland die niet onder de notificatie vallen. Dit is strijdig met het voor Nederland geldende artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (**Handvest**) en artikel 5:43 Algemene Wet bestuursrecht (**Awb**). In lijn met rechtspraak is sprake van dezelfde feitelijke omstandigheden en verwijten van dezelfde strekking. De AFM moet bovendien het Boetebesluit ex nunc heroverwegen en dus de onherroepelijkheid van de boete van de MFSA hierin meenemen.

Reactie AFM

108. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

109. De AFM merkt allereerst op dat zij het standpunt van Novum Bank over de ex-nunc toetsing volgt en dat in deze beslissing op bezwaar aldus een volledige heroverweging plaatsvindt. Anders dan Novum Bank, is de AFM van mening dat haar geen beroep op het ne bis in idem beginsel toekomt omdat geen sprake is van hetzelfde feit of dezelfde overtreding. Dit komt overeen met rechtsoverweging 11 van de Voorzieningenrechter in de Uitspraak.⁴⁴ De juridische aard van de feiten is niet gelijklopend en ook is geen sprake van dezelfde feitelijke gedraging van Novum Bank.

De juridische aard van de feiten

110. De juridische aard van de door de AFM en de MFSA geconstateerde feiten verschillen wezenlijk van elkaar. Hoewel artikel 11 (2) van de Malta Banking Act en artikel 2:60 Wft ten dele hun grondslag vinden in dezelfde feiten, bestaat een wezenlijk verschil in de aard en strekking van beide bepalingen. De vraag of sprake is van een overtreding van artikel 2:60 Wft is een andere vraag dan de vraag of Novum Bank heeft gehandeld in strijd met de notificatieverplichting die krachtens (door Malta geïmplementeerd) Unierecht op haar rust ten aanzien waarvan de MFSA de bevoegde toezichthouder is.

⁴⁴ Aanvullend bezwaar, randnummer 146.

Datum 29 mei 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 24 van 45

111. De AFM heeft Novum Bank een bestuurlijke boete opgelegd voor de overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft door krediet aan te bieden zonder een daartoe vereiste vergunning. Artikel 2:60 Wft verduidelijkt dat het in beginsel verboden is in Nederland krediet aan te bieden zonder een vergunning van de AFM. De bepaling omvat dus een verbod dat slechts geldt voor zover in Nederland krediet wordt aangeboden.

112. De MFSA heeft in haar besluit van 15 november 2018 te kennen gegeven dat zij Novum Bank een bestuurlijke boete oplegt voor de overtreding van artikel 11 (2) van de Malta Banking act en artikel 10 (l), (2) en (7) van de bijbehorende Regulations. Artikel 11 (2), van de Malta Banking Act bepaalt dat een kredietinstelling (bank) met vergunning in Malta die gebruik wil maken van zijn rechten op grond van een Europees paspoort, niet een bijkantoor mag openen in een land buiten Malta tenzij de 'competent authority' eerst is genotificeerd. Volgens artikel 11 (2) van de Malta Banking Act:

'Unless with the written consent of the competent authority, no credit institution licensed in Malta may open a new branch, agency or representative office or set up or acquire any subsidiary in any place outside Malta: Provided that a credit institution licensed in Malta which intends to exercise its rights under the European Passport Rights for Credit Institutions Regulations shall only be required to notify the competent authority in terms of the said Regulations.' (onderstreping toegevoegd)

De definitie van een 'competent authority' luidt (artikel 2 Malta Banking Act):

'the Malta Financial Services Authority established by the Malta Financial Services Authority Act'.

113. De Regulations bevatten (formele) vereisten waaraan de bank in het kader van de notificatieprocedure moet voldoen. Artikel 10 (l), (2) en (7) van de European Passport Rights for Credit Institutions Regulations bepalen:

'(1) A Maltese credit institution may exercise a European passport right to establish a branch in another Member State provided the requirements set out in this regulation are satisfied. The activities that may be carried out in the host Member State by such a Maltese credit institution in exercise of a European passport right shall be limited to the activities it is authorised to undertake in Malta.

(2) The Maltese credit institution wishing to exercise a European passport right to establish a branch in another Member State shall provide the competent authority with a branch passport notification to establish a branch in another Member State, which shall contain

(a) the Member State within the territory of which the Maltese credit institution plans to establish a branch;

(b) a programme of operations identifying, inter alia, the activities which it seeks to carry out through the branch;

(c) the address of the proposed branch from where documents may be obtained; and

(d) the proposed organisational structure of the branch and the names of the proposed managers.

(..)

Datum 29 mei 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 25 van 45

(7) a branch of a Maltese credit institution shall not be established and commence its activities in the host Member State unless

*(a) the Maltese credit institution has received a communication from the European regulatory authority acknowledging its establishment in the host Member State and, if necessary, indicating any applicable conditions in the interests of the general good; or
(b) two months have elapsed from the date of receipt of the notice referred to in sub-regulation (3), and no communication has been received from the European regulatory authority.'*

114. Hoewel (de toepassing van) artikel 11 (2) van de Malta Banking Act en artikel 2:60 Wft met elkaar verband houden - het succesvol doorlopen van de notificatieprocedure leidt er immers toe dat geen vergunningplicht als bedoeld in artikel 2:60 Wft geldt - betekent dit niet dat de bepalingen dezelfde feiten beboetbaar stellen.
115. De strekking van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act verschilt wezenlijk van artikel 2:60 Wft. Artikel 2:60 Wft bevat een materieel verbod om krediet aan te bieden zonder een daartoe vereiste vergunning. Van een overtreding van artikel 2:60 Wft kan pas sprake zijn wanneer niet alleen een vergunning voor het aanbieden van krediet ontbreekt, maar ook daadwerkelijk krediet wordt aangeboden in Nederland. Van een overtreding van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act is reeds sprake indien de vestiging van een bijkantoor als zodanig niet is gemeld. Het feit dat daadwerkelijk krediet is aangeboden in Nederland, is geen vereiste voor de overtreding van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act.
116. Artikel 11 (2) van de Malta Banking Act stelt de Maltese toezichthouder in staat toezicht uit te oefenen, voorafgaand aan de verrichting van activiteiten. Het stelt de banken in staat om van hun recht op paspoorten gebruik te maken. Het geeft de toezichthouders inzicht in wie er cross border diensten verlenen. Dit inzicht biedt de mogelijkheid aan de betrokken toezichthouders om toezicht te houden. Naleving van deze bepaling zorgt ervoor dat de toezichthouder van de home state en de host state kunnen vaststellen dat aan de procedurele voorwaarden van de notificatieprocedure wordt voldaan en wie na de notificatie de bevoegde toezichthouder is. Het artikel heeft kortom een procedurele strekking, vergelijkbaar met artikel 2:14 Wft.⁴⁵ Door het doorlopen van de notificatieprocedure wordt de MFSA bekend met het voornemen tot het openen van het bijkantoor. De MFSA beoordeelt of Novum Bank aan de voorwaarden van de notificatieprocedure voldoet. Wanneer dat het geval is, wordt de toezichthouder van de ontvangende lidstaat hiervan op de hoogte gesteld.

⁴⁵ Zie in dit verband ook de volgende passage uit de Vierde nota van wijziging bij de totstandkomingswet van de Wft (*Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 433*) bij de artikelen die (nu) artikel 2: 14 Wft e.v. vormen: *'In de paragrafen met betrekking tot [het] bijkantoor en het verrichten van diensten zijn procedurebepalingen die zich richten tot financiële ondernemingen en procedurebepalingen die zich richten tot de toezichthouder opgenomen.'*

117. Dat de juridische aard van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act en artikel 2:60 Wft verschilt, volgt ook uit het feit dat deze bepalingen andersoortige belangen beogen te beschermen.⁴⁶ Artikel 2:60 Wft beschermt direct de belangen van Nederlandse consumenten door bescherming te bieden tegen het verrichten van activiteiten door financiële onderneming zonder vergunning, zoals het aanbieden van krediet, nadat het bijkantoor is geopend. Dit wordt ook bevestigd door het feit dat artikel 2:60 Wft zijn oorsprong heeft in (Europese) wetgeving over de bescherming van de consument tegen aanbieders van (consumenten)krediet. Dit ligt anders bij de notificatieprocedure van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act. Deze bepaling strekt niet specifiek tot de bescherming van de belangen van Nederlandse consumenten, maar strekt ertoe dat (in algemene zin) effectief toezicht kan worden gehouden.

118. Schematisch geeft dit de volgende vergelijking.

De juridische aard van de feiten is niet gelijklopend.	
AFM – artikel 2:60 Wft	MFSA – artikel 11 (2) Malta Banking Act
Het betreft een <i>materiele</i> verbodsbepaling.	Het betreft een <i>processuele</i> verbodsbepaling.
Schending vergunningplicht.	Schending notificatieprocedure.
Het illegaal aanbieden van krediet in Nederland is een gedraging die afbreuk doet aan de bescherming van de Nederlandse consument en is daarom door de wetgever als punitieve overtreding gekwalificeerd.	Het illegaal openen van een bijkantoor is een gedraging die afbreuk doet aan (algemeen) effectief prudentieel toezicht en is daarom door de wetgever als punitieve overtreding gekwalificeerd.
Uitsluitend <i>host</i> state toezichthouder (AFM) bevoegd om handhavend op te treden.	Uitsluitend <i>home</i> state toezichthouder (MFSA) bevoegd om handhavend op te treden.
Strafmaximum basisbedrag EUR 2.000.000	Strafmaximum boetecategorie tot 10% van het totaal jaarlijkse netto-omzet van de onderneming in het voorgaande boekjaar. ⁴⁷

De gedraging van Novum Bank (feitelijk)

119. Naast een verschil in juridische aard, zijn ook de feitelijke gedragingen die ten grondslag liggen aan de overtredingen verschillend. Allereerst wijst de AFM op het verschil in de aard en de kennelijke strekking van de feitelijke gedragingen. De AFM heeft geen boete opgelegd voor het overtreden van de notificatieprocedure maar voor het, gedurende een periode van bijna drie jaar (3 september 2013 tot 13 juni 2016), illegaal verstrekken van ruim 140.000 kredietovereenkomsten vanuit en in Nederland. De boeteoplegging ziet dus op de activiteiten die Novum Bank in Nederland heeft verricht. Die activiteiten

⁴⁶ Dit is een belangrijk toetscriterium van de Hoge Raad en het CBB, zie: ECLI:NL:PHR:2019:259 en ECLI:NL:CBB:2017:130.

⁴⁷ Zie artikel 35 (1) (C) Malta Banking Act.

hebben - anders dan het niet doorlopen van de notificatieprocedure in Malta - een direct effect gehad op de Nederlandse markt en Nederlandse consumenten.

120. Dit ligt anders bij de overtreding van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act, want anders dan Novum Bank stelt⁴⁸, verwijt de MFSA Novum Bank niet dat zij kredieten heeft aangeboden in Nederland (zonder de vereiste vergunning). De MFSA verwijt de bank dat zij een bijkantoor heeft geopend in Nederland, zonder dat zij daarvoor eerst in Malta de vereiste notificatieprocedure heeft doorlopen.
121. In de uitspraak die Novum Bank aanhaalt⁴⁹ waarin het CBb oordeelde dat sprake was van eenzelfde feit, ging het om één en dezelfde activiteit. Dat is hier niet aan de orde. Het gaat hier ten minste om twee activiteiten; namelijk het verstrekken van krediet en het (niet) doorlopen van de notificatieprocedure. Bovendien ging het in die uitspraak om hetzelfde beoogde belang, namelijk consumentenbescherming.⁵⁰ Ook dat is hier niet aan de orde; de overtreden norm voor de boete van de AFM beoogt consumentenbescherming maar die van de MFSA beoogt algemeen effectief prudentieel toezicht (zoals in de juridische vergelijking reeds is weergegeven).
122. Novum Bank stelt terecht dat het Europees Hof van de Rechten voor de Mens (**EHRM**) in dit kader waarde hecht aan feitelijke omstandigheden die onlosmakelijkheid in tijd en plaats met elkaar verbonden zijn.⁵¹ En ook het CBb is van mening dat tijd hierin van doorslaggevend belang is.⁵² *‘Met de rechtbank stelt het College vast dat de in deze zaak geconstateerde feiten en gedragingen op verschillende data hebben plaatsgevonden en dat ook de feiten en gedragingen die in een strafrechtelijk traject aan appellante ten laste zijn gelegd zijn gepleegd op andere data dan die in deze zaak aan de orde zijn. De artikelen 5:43 en 5:44 van de Awb staan daarom niet aan het opleggen van een boete in de weg.’*
123. Anders dan Novum Bank stelt, heeft de overtreding die de MFSA heeft vastgesteld niet in de periode van september 2013 tot juni 2016 in Nederland plaatsgevonden.⁵³ Bij de overtreding van artikel 11 (2) van de Malta Banking Act gaat het om de feitelijke gedragingen (het nalaten) van Novum Bank vóór het openen van het bijkantoor. De boete van de MFSA ziet niet op de activiteiten die in Nederland zijn verricht en de MFSA kan daar ook geen bestuurlijke boete voor opleggen. Bij de overtreding van artikel 2:60 Wft gaat het daarentegen om de activiteiten die zijn verricht in Nederland, nadat Novum Bank de

⁴⁸ Aanvullend bezwaar, randnummer 138.

⁴⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 141.

⁵⁰ CBb 31 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:91, r.o 3.3 *‘Het gaat bij al deze gedragingen in essentie om het beweerdelijk onvolledig dan wel onjuist informeren van consumenten door middel van het verzwijgen van bepaalde gegevens of het verstrekken van onjuiste gegevens. De volgens NMa en CA overtreden normen strekken alle in ieder geval (ook) tot bescherming van consumenten tegen dergelijke gedragingen.’*

⁵¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 142.

⁵² CBb 6 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:10, r.o 6.2.

⁵³ Aanvullend bezwaar, randnummer 143.

notificatieprocedure had moeten doorlopen of een vergunning had moeten aanvragen. Die activiteiten beslaan een veel langere periode.

124. Schematisch geeft dit de volgende vergelijking.

Het betreft niet dezelfde feitelijke gedraging.	
AFM – artikel 2:60 Wft	MFSa – artikel 11 (2) Malta Banking Act
In Nederland.	In Malta.
De overtreding is begaan in de periode 3/9/13 tot 13/6/16.	De overtreding is begaan voor 3/9/13.
Doorlopend	Eenmalig
Novum Bank heeft illegaal krediet aangeboden.	Novum Bank heeft het openen van een bijkantoor in een andere EU-lidstaat niet gemeld.
Direct effect Nederlandse markt en Nederlandse consumenten.	Geen direct effect in Malta.

125. Nu zowel de juridische aard als de onderliggende feitelijke gedragingen van de door de AFM en MFSa geconstateerde feiten verschillen, is geen sprake van 'dezelfde overtreding' in de zin van artikel 50 Handvest en artikel 5:43 Awb. Novum Bank komt geen geslaagd beroep toe op het ne bis in idem-beginsel. Zowel de AFM als de MFSa zijn bevoegd om een bestuurlijke boete aan Novum Bank op te leggen. Net zoals de MFSa kan optreden tegen de schending van de notificatieprocedure, kan de AFM optreden tegen de illegaliteit van Novum Bank in Nederland.

126. De AFM betwist naar aanleiding van het bovenstaande dat zij in dit kader onzorgvuldig heeft gehandeld, een onjuiste belangenafweging en misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt.⁵⁴ Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 6: wilsafhankelijke informatie

127. Novum Bank voert aan, onder verwijzing naar de uitspraak van het Cbb van 10 januari 2018,⁵⁵ dat het Boetebesluit voor een belangrijk deel is gebaseerd op wilsafhankelijke informatie die onder dwang is verkregen. Dit is in strijd met het nemo tenetur beginsel. Novum Bank stelt dat, het in het Boetebesluit gebruikte wilsafhankelijke materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete, ziet op⁵⁶:

- voetnoot 16;
- voetnoot 18;
- verklaring van [E], tevens voetnoten 17, 37 t/m 40, 42, 43 en 44;

⁵⁴ Aanvullend bezwaar, randnummer 149.

⁵⁵ Cbb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3.

⁵⁶ Aanvullend bezwaar, randnummer 157.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	29 van 45

- tabel op pagina 12;
- oordelen en informatie van de MFSA en DNB.

Reactie AFM

128. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

129. In het hiernavolgende zal de AFM uiteenzetten welke bronnen zij voor de relevante vaststellingen in het Boetebesluit heeft gebruikt. Daarna zal per bron worden beargumenteerd dat geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

A. Novum Bank heeft via de website www.cashper.nl Nederlandse consumenten in de gelegenheid gesteld een kortlopend krediet (ook genaamd: flitskrediet) aan te vragen.

130. Bronnen die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt, zijn:

- Website www.cashper.nl, d.d. 30 november 2015 en 30 april 2018;
- Landingspagina website van Novum Bank;
- Algemene Voorwaarden van Novum Bank, genaamd 'Kredietvoorwaarden 20140321';
- De met ingang van 3 april 2016 gewijzigde Algemene Voorwaarden;
- De Algemene Voorwaarden voor aanvullende diensten d.d. 21 maart 2014;
- ICAAP Report 2014 van Novum Bank;

131. Websites en algemene voorwaarden zijn openbare gegevens die reeds bekend zijn. Het ICAAP Report van Novum Bank was een reeds bestaand rapport. Het opstellen van een ICAAP rapport is bovendien een wettelijke verplichting. Aldus is voor wat betreft de websites, algemene voorwaarden en het ICAAP report, geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

B. In de periode van 3 september 2013 tot 13 juni 2016 hebben Nederlandse consumenten minimaal 151.961 keer een dergelijk krediet aangevraagd en zijn minimaal 140.103 kredieten daadwerkelijk verstrekt.

132. Bronnen die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt, zijn:

- Website www.cashper.nl, d.d. 30 november 2015 en 30 april 2018;
- De door Novum Bank op 25 maart 2016 aangeleverde kredietportefeuille;
- Brief van Novum Bank aan de MFSA d.d. 14 november 2017.

133. Op de website van Cashper stond vermeld dat Novum Bank op 3 september 2013 is gestart met het in Nederland aanbieden van krediet. Zoals onder A vermeld, is de deze website openbaar.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	30 van 45

134. De ingevulde gegevens uit de kredietportefeuille (Excelbestand) betreffen de zakelijke gegevens: 'ApplicationDate', 'InvoiceDate', 'RequestedAmount', 'BundleType', 'amountPaid', 'PaidOn', 'PayBackDate', 'ToExternal', en 'IncludedOptions'. Er zijn ook gegevens uit de kredietportefeuille door Novum Bank weggelaten, dit betreffen de persoonsgegevens van de klant: 'FirstName', 'Surname', 'PhoneMobile', 'Street', 'postalcode', ' housenumber', 'houseExt', 'City' en 'CustomerIban'.
135. Het feit dat Novum Bank de kredietportefeuille in een Excel-bestand aan de AFM heeft verstrekt waarin de standaardwaarden (in te vullen kolommen) reeds zijn bepaald (zakelijke en persoonlijke gegevens), maakt duidelijk dat dit bestand al bestond. Niet valt in te zien waarom Novum Bank anders ook de lege waarden van de persoonsgegevens hierin heeft opgenomen. Los van het feit of het Excelbestand al bestond, betreffen de door Novum Bank verstrekte (zakelijke) gegevens, gegevens die noodzakelijk zijn voor een kredietverstrekker. Novum Bank dient immers op de hoogte te zijn van welke kredietovereenkomsten zij met wie en onder welke voorwaarden heeft afgesloten en wat de stand van zaken daarin is. Zonder deze gegevens kan Novum Bank de kern van haar bedrijfsvoering niet uitvoeren. Derhalve moesten de door Novum Bank aangeleverde gegevens reeds bestaan, althans mag de AFM dit redelijkerwijs aannemen omdat deze gegevens noodzakelijk zijn voor een beheerste bedrijfsvoering. Dat deze gegevens op verzoek van de AFM, wat daar ook van zij, zouden moeten worden gemaakt of geconstrueerd is daarmee hoogst onwaarschijnlijk. Nog daargelaten dat dit niet door Novum Bank is onderbouwd. Aldus oordeelt de AFM dat, voor wat betreft de door Novum Bank op 25 maart 2016 aangeleverde kredietportefeuille, geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
136. In de brief van Novum Bank aan de MFSa d.d. 14 november 2017 heeft Novum Bank aangegeven dat zij sinds 2016 geen kredieten meer aanbiedt in Nederland en dat de activiteiten op het kantoor in Nederland inmiddels zijn beperkt tot een servicekantoor voor Duitsland en Oostenrijk. Het feit dat Novum Bank deze informatie in een brief aan de MFSa heeft gezet, maakt deze informatie daarmee niet direct wilsafhankelijk. Het gaat er namelijk om of deze informatie al bestond. En deze informatie bestond al en was zelfs ook al openbaar gemaakt. Want - in ieder geval vanaf 16 juni 2016 – staat op de website www.cashper.nl vermeld dat Novum Bank per 13 juni 2016 niet langer krediet aanbiedt.⁵⁷ De brief van Novum Bank aan de MFSa dateert van daarna. Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie, geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

C. Novum Bank heeft hiermee een omzet behaald van ten minste € 57.193.439.

137. Bronnen die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt, zijn:

⁵⁷ Zie pagina 4 van het Boetebesluit.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	31 van 45

- Algemene Voorwaarden van Novum Bank, genaamd 'Kredietvoorwaarden 20140321';
- De door Novum Bank op 25 maart 2016 aangeleverde kredietportefeuille;
- Reactie van Novum Bank van 17 mei 2016 op het aanvullend informatieverzoek van de AFM.⁵⁸

138. Voor de beoordeling van de algemene voorwaarden en de kredietportefeuille verwijst de AFM naar het voorgaande onder A en B.

139. In de reactie van Novum Bank van 17 mei 2016 op het aanvullend informatieverzoek van de AFM staat onder meer dat het JKP (jaarlijks kostenpercentage) met ingang van 15 juli 2015 is gewijzigd naar 13,9 %. Het feit dat Novum Bank deze informatie in een brief aan de AFM heeft gezet, maakt deze informatie daarmee niet direct wilsafhankelijk. Het gaat er namelijk om of deze informatie al bestond. En deze informatie bestond al en was ook al openbaar gemaakt. Want het (gewijzigde) JKP was reeds opgenomen in de met ingang van 3 april 2016 gewijzigde Algemene Voorwaarden (pagina 6). Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

140. Ten overvloede, de tabel op pagina 12 van het Boetebesluit⁵⁹, die ziet op het aantal kredieten dat door Novum Bank is verstrekt, voor welke bundel en welke omzet zij ermee heeft gegenereerd, is niet door Novum Bank verstrekt. De AFM heeft die zelf opgesteld aan de hand van de algemene voorwaarden van Novum Bank en de door Novum Bank verstrekte kredietportefeuille op 25 maart 2016.

D. Het aanbieden van kortlopende kredieten aan Nederlandse consumenten gebeurde vanuit een in Nederland gevestigd bijkantoor.

141. Bronnen die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt, zijn:

- Website www.cashper.nl, datum 30 november 2015 en 30 april 2018;
- Uitspraak Cbb 17 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:354;
- VoiceCash Bank Limited, Business Plan 2013-2015, 7 mei 2013;
- Bijlage VI van de reactie van Novum Bank d.d. 10 april 2014 op een informatieverzoek van de AFM d.d. 20 maart 2014 met kenmerk [kenmerk]⁶⁰;
- Brief van de MFSA d.d. 4 april 2014;
- Brief van de MFSA d.d. 7 november 2017;
- Boetevoornemen van de MFSA d.d. 5 oktober 2018;
- Bestuurlijke boete van de MFSA d.d. 15 november 2018;
- Schriftelijke zienswijze van Novum Bank van 22 juni 2018;

⁵⁸ Voetnoot 18 in het Boetebesluit.

⁵⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 157.

⁶⁰ Voetnoot 16 in het Boetebesluit.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	32 van 45

- Verslag van het gesprek van 15 maart 2016 met [E] (met opmerkingen van de gemachtigde van Novum Bank, mevrouw mr. M. Hosemann).

142. Voor de beoordeling van de website van Cashper verwijst de AFM naar het voorgaande onder A. De uitspraak van het CBb gaat niet over Novum Bank en is openbaar. Aldus is hier geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
143. Het business plan van Novum Bank dateert reeds van 7 mei 2013. Bovendien is dit ook niet opgesteld ten behoeve van het onderzoek van de AFM. Aldus is voor wat betreft het business plan geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
144. In bijlage VI van de reactie van Novum Bank d.d. 10 april 2014 staat een lijst opgenomen met namen van Nederlandse werknemers van Novum Bank. In april 2014 bleken 28 Nederlandse personen voor Novum Bank werkzaam, van wie 26 personen op het kantoor in Nederland. Niet valt in te zien waarom deze informatie wilsafhankelijk zou zijn. Het is voor Novum Bank noodzakelijk wetenschap te hebben welke personen bij haar werkzaam zijn en op welk kantoor. Novum Bank heeft deze gegevens immers nodig voor haar bedrijfsvoering; om salarisbetaling van deze medewerkers te bewerkstelligen en hierover belasting af te dragen. Indien Novum Bank hiertoe zelf een lijstje heeft opgesteld, maakt dit niet dat de gegevens niet voor haar beschikbaar waren en derhalve als wilsafhankelijk kwalificeren. Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
145. De brief van de MFSA d.d. 4 april 2014 heeft onder meer betrekking op het feit dat in 2012 de moedermaatschappij van Novum Bank een aantal ondernemingen heeft overgenomen die flitskredieten aanboden in Nederland, Spanje, België en Polen. Deze ondernemingen waren dochtermaatschappijen van de Nederlandse groep [Y]. Deze informatie was reeds bekend bij de MFSA en is ook niet van Novum Bank afkomstig. Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
146. Op 7 november 2017 ontvangt de AFM van de MFSA een kopie van een op dezelfde datum door de MFSA aan Novum Bank verzonden brief. In deze brief geeft de MFSA aan dat zij van oordeel is dat Novum Bank in Nederland activiteiten heeft uitgevoerd die verder gaan dan de diensten die Novum Bank zou mogen uitoefenen op basis van haar Europese paspoort, en dat het kantoor van Novum Bank in Berkel en Rodenrijs kwalificeert als een bijkantoor. Dit heeft de MFSA op basis van eigen onderzoek beoordeeld. De brief is ook niet van Novum Bank afkomstig. Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
147. Ditzelfde geldt voor het boetevoornemen van de MFSA d.d. 5 oktober 2018 en de opgelegde boete van de MFSA d.d. 15 november 2018. De MFSA is op basis van eigen onderzoek tot het voornemen en besluit

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	33 van 45

gekomen en door de MFSA opgesteld. Aldus oordeelt de AFM dat voor wat betreft deze informatie geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

148. De schriftelijke zienswijze van Novum Bank ziet op het boetevoornemen van de AFM. Novum Bank wist dat het om een punitieve sanctie ging. Aldus is hier geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.
149. Het standpunt van Novum Bank dat de verklaringen van mevrouw [E] tijdens het gesprek op 15 maart 2016 niet kunnen worden gebruikt als bewijs, omdat de cautie achterwege is gebleven en deze verklaringen onder dwang zijn afgelegd, onderschrijft de AFM niet. Novum Bank stelt kortgezegd dat [E] als vertegenwoordiger van Novum Bank is gehoord en als feitelijk leidinggever beboet had kunnen worden.⁶¹
150. De AFM heeft [E] als medewerker van Novum Bank gehoord. De door de AFM aan [E] gestelde vragen kunnen aan iedere medewerker worden gesteld. De AFM zag [E] ook niet als bestuurder zoals Novum Bank stelt⁶², want de AFM was door de brief van de MFSA d.d. 4 april 2014 ervan in kennis gesteld dat [C], [F], [G] en [A] door de MFSA waren goedgekeurd als bestuurders van Novum Bank. En uit het jaarverslag van Novum Bank over het jaar 2016 blijkt dat het bestuur van Novum Bank op 13 juni 2016 bestond uit [B], [A], [C], [G] en [H].
151. Anders dan Novum Bank stelt, is het vaste jurisprudentie dat alleen aan de wettelijke vertegenwoordigers (bestuurders) van een onderneming het zwijgrecht kan toekomen en, in dit verband, de cautieplicht geldt. De Voorzieningenrechter heeft dit ook in de Uitspraak bevestigd.⁶³

‘Zoals ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in haar uitspraak van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3494) heeft overwogen, volgt uit de door de AFM in het bestreden besluit genoemde uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2115) dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als Novum Bank zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de AFM [E] als vertegenwoordiger van Novum Bank heeft gehoord, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat zij geen bestuurder van Novum was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of haar de cautie had moeten worden gegeven’.

152. Het betoog van Novum Bank dat uit de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 zou volgen dat ook aan medewerkers van een onderneming het zwijgrecht toekomt wanneer zij namens de onderneming hebben

⁶¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 182 en 187.

⁶² Aanvullend bezwaar, randnummer 186.

⁶³ Rb Rotterdam 20 december, ECLI:NL:RBROT:2018:10909; ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3495, ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115.

Datum 29 mei 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 34 van 45

verklaard, slaagt niet. Dit volgt niet alleen uit de uitspraak van 27 juni 2018 zelf, waarin de uitleg die Novum Bank daaraan geeft niet gelezen kan worden, maar ook uit de uitspraak van 24 oktober 2018. In die uitspraak wijst de Afdeling bij de overweging dat de cautieplicht niet geldt voor werknemers ook uitdrukkelijk naar de uitspraak van 27 juni 2018.

153. De stelling van Novum Bank dat het voorgaande afwijkt van de jurisprudentie van het Cbb en de Rechtbank Rotterdam onderschrijft de AFM – net als de Voorzieningenrechter - niet.⁶⁴ *‘De door Novum Bank in dit verband genoemde jurisprudentie (ECLI:NL:CBB:2012:BY7026, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6361 en ECLI:NL:RBROT:2003:AI1062) ziet op het zwijgrecht van ondernemingen zoals neergelegd in artikel 53 van de Mededingingswet, dat hier niet aan de orde is’.*
154. En anders dan Novum Bank stelt⁶⁵, is in het Wetboek van Strafvordering (**Sv**) niet geregeld wie in de onderzoeksfase namens de rechtspersoon een beroep op het zwijgrecht kan doen. Artikel 528 Sv bevat slechts een regeling met betrekking tot de vertegenwoordiging ter terechtzitting en dus niet voor de vertegenwoordiging in de fase vóór vervolging. In artikel 528 Sv is bovendien bepaald dat de verdachte onderneming in de vervolging kan worden vertegenwoordigd door (een van) de bestuurder(s) of de vertegenwoordiger die als gemachtigde kan verschijnen. Tijdens verhoren in de opsporingsfase wordt hierbij aangesloten in die zin dat de vertegenwoordigers van een verdachte onderneming alleen als zodanig worden aangemerkt als dit uit de statuten blijkt of indien dit blijkt uit een machtiging van de onderneming.⁶⁶
155. De AFM merkt op dat het citaat waar Novum Bank op doelt, een ingenomen standpunt van de advocaat is. Aldus wordt dit niet ‘geschreven’ door de betreffende advocaat en officier van justitie.⁶⁷ Zie ook de opmerking van de officier van justitie in dit kader: *‘Maar ik blijf wel zoveel officier van justitie, dat ik het volstrekt niet eens ben met mijn opponent.’* Hij verwijst hierbij naar een uitspraak van de Rechtbank Zeeland en West-Brabant waarin terecht korte metten met het ‘zwijgrecht’ van werknemers is gemaakt.⁶⁸
156. Ook de verwijzing naar het citaat *‘Als het redelijk wordt geacht om gedragingen en wetenschap van werknemers toe te rekenen aan de onderneming, is het evenzeer redelijk dat die werknemers zich op het zwijgrecht van de onderneming kunnen beroepen’*, wordt niet door de advocaat en officier van justitie

⁶⁴ Rb Rotterdam 20 december, ECLI:NL:RBROT:2018:10909 r.o. 5.4.

⁶⁵ Aanvullend bezwaar, randnummer 170 en 172.

⁶⁶ M. Bakker en J. Mooijen, Het zwijgen van de onderneming: een advocaat en officier van justitie spreken, *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk* 2014, nr. 5/6, p. 10. E.v.

⁶⁷ Aanvullend bezwaar, randnummer 172.

⁶⁸ Rechtbank Zeeland en West-Brabant 21 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1911, r.o. 3.3.3 *‘Bij een rechtspersoon dient de cautie aan zijn vertegenwoordiger te worden verleend. (...) Aan hen is de cautie gegeven en alleen aan hen komt ook het zwijgrecht toe. De rechtbank is van oordeel dat aan de werknemers van Dow, die gehoord zijn als getuigen in het onderzoek, niet het zwijgrecht toekomt.’*

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	35 van 45

‘toegelicht’ maar is enkel een ingenomen standpunt van de advocaat. Bovendien merkt de AFM op dat met ‘die werknemers’ wordt bedoeld op feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers die zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht beboet kunnen worden. Anders dan Novum Bank interpreteert⁶⁹, is uitsluiting van verklaringen omdat deze onder dwang zijn verkregen alleen aan de orde wanneer die verklaringen zijn verkregen van degene die wordt of kan worden beboet.⁷⁰

157. Aldus is hier geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

E. Novum Bank heeft hiervoor niet de vereiste notificatieprocedure doorlopen.

158. Bronnen die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt, zijn:

- Register van DNB;
- Boetevoornemen van de MFSA d.d. 5 oktober 2018;
- Bestuurlijke boete van de MFSA d.d. 15 november 2018.

159. In het register van DNB staat vermeld dat Novum Bank een Europees paspoort heeft voor het in Nederland verrichten van diensten als bank, waaronder het verstrekken van leningen, en dat zij niet onder toezicht staat van DNB. In het register is geen vermelding opgenomen van een vestiging van het kantoor in Berkel en Rodenrijs als bijkantoor van Novum Bank. Het register van DNB is onafhankelijk van de wil van Novum Bank tot stand gekomen. Er is hier geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

160. Voor de beoordeling van de het boetevoornemen en het boetebesluit van de MFSA, verwijst de AFM naar het voorgaande onder D.

F. Novum Bank beschikte niet over een vergunning van de AFM.

161. De bron die de AFM voor deze vaststelling heeft gebruikt is haar register. Uit het register van de AFM blijkt dat Novum Bank niet beschikte over een vergunning van de AFM voor het aanbieden van kortlopende kredieten aan Nederlandse consumenten. Het register van de AFM is onafhankelijk van de wil van Novum Bank tot stand gekomen. Aldus is hier geen sprake van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag mag worden gelegd aan de boete.

Overige ingenomen standpunten van Novum Bank

⁶⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 178.

⁷⁰ ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115.

162. Novum Bank stelt zich op het standpunt dat wilsafhankelijke informatie als zodanig gekwalificeerd kan worden indien de informatie voor beantwoording niet op een gegevensdrager beschikbaar was. Als de betrokkene de informatie moet fabriceren doordat het op dat moment niet in fysieke zin bestaat, staat het niet los van de wil van betrokkene en is het daarmee wilsafhankelijk. Daarbij is volgens Novum Bank niet relevant of, voor het te fabriceren stuk, objectieve gegevens nodig zijn die wel onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaan.⁷¹
163. De AFM deelt dit oordeel van Novum Bank niet. De kwalificatie van materiaal als wilsonafhankelijk dan wel wilsafhankelijk is verbonden aan de aard van het materiaal. Het gaat erom of het materiaal in fysieke zin 'bestaat', onafhankelijk van de wil van de betrokkene. Het is een feit dat Novum Bank op een dag is begonnen met het aanbieden van kortlopende kredieten in Nederland aan Nederlandse consumenten vanuit een kantoor in Berkel en Rodenrijs en dat hier Nederlandse werknemers werkzaam waren. Het is ook een feit dat hierdoor portefeuilles van klanten van Novum Bank ontstonden en het JKP op een gegeven moment werd gewijzigd. Ook is het een feit dat Novum Bank op de website van Cashper heeft vermeld dat zij sinds 13 juni 2016 geen kredieten meer aanbiedt. De omstandigheid dat Novum Bank deze gegevens onder meer in een Excelbestand samengevoegd⁷² heeft verstrekt, maakt niet dat die informatie daarmee wilsafhankelijk is geworden. Anders dan in de recente uitspraak van het CBB d.d. 7 mei 2019,⁷³ gaat het hier niet om data die, op het moment van de informatieverzoeken, nog niet bestonden. Ook heeft Novum Bank geen rekenmethode hoeven ontwikkelen en gebruikt om *ontbrekende* informatie te reconstrueren en aan de hand daarvan berekeningen gemaakt om aan het informatieverzoek van de AFM te voldoen. Novum Bank heeft enkel reeds bestaande bedrijfsvoering gegevens verstrekt.
164. Novum Bank voert daarnaast aan dat de informatie die Novum Bank naar aanleiding van de twee informatieverzoeken aan de AFM heeft verstrekt, onrechtmatig door de AFM is verkregen. De onrechtmatigheid ziet op de twee informatieverzoeken waarin geen restrictie is opgenomen.
165. De AFM stelt vast dat in de twee informatieverzoeken geen restrictie staat opgenomen terwijl dit volgens het CBB wel is vereist.⁷⁴ Hiervoor heeft de AFM al geoordeeld dat in het Boetebesluit geen sprake is van wilsafhankelijk materiaal dat niet ten grondslag had mogen worden gelegd aan de boete. Derhalve is geen onrechtmatig verkregen informatie ten grondslag gelegd aan de boete. De AFM volstaat daarom met het oordeel dat zij geen restrictie in de twee informatieverzoeken heeft opgenomen. Deze constatering hoeft niet te leiden tot een rechtsgevolg. Het belang dat dit voorschrift dient, is te waarborgen dat de verstrekker van wilsafhankelijk materiaal zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie effectief kan uitoefenen.⁷⁵ De AFM oordeelt dat de ernst van het niet opnemen van de restrictie in de twee

⁷¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 152.

⁷² De door Novum Bank op 25 maart 2016 aangeleverde kredietportefeuille.

⁷³ CBB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 5.3.7.

⁷⁴ CBB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 5.3.2 – 5.3.4.

⁷⁵ CBB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 5.3.2.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	37 van 45

informatieverzoeken gering is. Indien de restrictie wel in de twee informatieverzoeken was opgenomen, ontsloeg dit Novum Bank niet van haar plicht om mee te werken. En ook zonder de restrictie in de twee informatieverzoeken geldt voor de AFM dat zij wilsafhankelijk materiaal niet voor een punitieve sanctie mag gebruiken. En dit laatste is ook niet gebeurd. Aldus heeft het niet opnemen van de restrictie in de twee informatieverzoeken geen nadeel bij Novum Bank veroorzaakt. Novum Bank stelt ook niet dat zij hierdoor daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden. Derhalve is Novum Bank, door het achterwege blijven van de restrictie in de twee informatieverzoeken, niet in haar verdediging geschaad.⁷⁶ Ten overvloede, in de recente uitspraak van het CBb zijn ook geen rechtsgevolgen verbonden aan het feit dat in de informatieverzoeken geen restrictie was opgenomen.⁷⁷

166. Voorts ziet de AFM niet welke informatie van DNB en de MFSA wilsafhankelijk zou kunnen zijn. De stelling van Novum Bank dat ook DNB en de MFSA informatie hebben gebruikt die ze niet hadden mogen gebruiken, wordt niet gemotiveerd.⁷⁸ En Novum Bank maakt ook niet concreet welke informatie van de MFSA en DNB in het Boetebesluit is gebruikt dat niet gebruikt had mogen worden.

167. Novum Bank stelt ten slotte nog dat ervan mag worden uitgegaan dat alle in het Boetebesluit gebruikte informatie nodig is ter motivering van het Boetebesluit.⁷⁹ De AFM merkt op dat zij haar boetebesluiten motiveert aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden. Het staat haar vrij om ook achterliggende contextinformatie op te nemen. De AFM is derhalve niet gehouden zich te beperken tot enkel de kernoverwegingen die leiden tot vaststelling van de overtreding en de boete.

168. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 7: de beslistermijn van artikel 5:51 Awb

169. Novum Bank voert aan dat niet binnen de beslistermijn van artikel 5:51 Awb is beslist. In de rapportage van 4 oktober 2016 heeft de AFM de overtreding vastgesteld. Na de rapportage van 4 oktober 2018 heeft de AFM geen onderzoekshandelingen meer verricht. Vanaf die datum is de termijn van 13 weken aangevangen en derhalve geëindigd op 3 januari 2017. De AFM moet wegens schending van de termijn de hoogte van de boete matigen.

Reactie AFM

170. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

⁷⁶ Zie in lijn hiermee de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 10 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9652 m.b.t. afgeluisterde geheimhouder gesprekken, zonder dat de informatie voor onderzoek verder is gebruikt.

⁷⁷ CBb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177.

⁷⁸ Aanvullend bezwaar, randnummer 158.

⁷⁹ Aanvullend bezwaar, randnummer 162.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	38 van 45

171. Op 5 oktober 2016 heeft de AFM een brief aan de MFSA gestuurd met daarbij een rapportage waarin de activiteiten van Novum Bank in Nederland worden beschreven. Anders dan Novum Bank stelt⁸⁰, heeft de AFM in deze rapportage geen overtreding vastgesteld. In tegenstelling tot het Onderzoeksrapport van 14 mei 2018⁸¹, is in de rapportage van 5 oktober 2016 geen bevindingen- en oordeelparagraaf opgenomen.
172. Ook is de stelling van Novum Bank onjuist dat de AFM na 5 oktober 2016 geen onderzoekshandelingen meer heeft verricht.⁸² Nadien heeft de AFM immers nog gereageerd op de inhoudelijke reactie van Novum Bank op de rapportage van 5 oktober 2016. Bovendien heeft de AFM het oordeel van de MFSA in haar brief van 7 november 2017 nog moeten bestuderen en in het Onderzoeksrapport van 14 mei 2018 moeten verwerken.⁸³
173. Derhalve is de door Novum Bank gestelde overschrijding van de termijn van dertien weken aanzienlijk beperkter, nu deze termijn is aangevangen met het uitbrengen van het Onderzoeksrapport. Anders dan Novum Bank ziet de AFM – in lijn met vaste rechtspraak van het Cbb⁸⁴ - de termijn van artikel 5:51 Awb als een termijn van orde. *'Aan de overschrijding daarvan zijn geen consequenties verbonden met betrekking tot de bevoegdheid om een boete op te leggen'*.⁸⁵ Van onzorgvuldige besluitvorming is geen sprake. En zoals Novum Bank terecht met de door haar aangehaalde uitspraak van het Cbb stelt⁸⁶, hoeft een dergelijke beperkte overschrijding van de termijn niet tot matiging van de boete te leiden. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 8: vertaling als verdedigingsbelang

174. Novum Bank voert aan dat zij in haar verdedigingsbelang is geschaad, omdat de AFM heeft nagelaten het boetevoornemen, het boeterapport en het Boetebesluit te laten vertalen in – naar de AFM begrijpt - Engelse taal. Door geen vertaling van deze stukken aan Novum Bank te verstrekken heeft de AFM in strijd gehandeld met artikel 6, derde lid, onderdeel a, EVRM, aldus Novum Bank. Vertaling van de documenten is noodzakelijk gebleken en heeft tot hoge kosten en vertraging geleid. Onder verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2014 stelt Novum Bank zich op het standpunt dat het feit dat er bij Novum Bank enkele personen werkzaam zijn die de Nederlandse taal beheersen onvoldoende is om te concluderen dat de AFM geen vertaling hoefde te verstrekken.

⁸⁰ Aanvullend bezwaar, randnummer 190.

⁸¹ Zie paragraaf 4 en 5 van het Onderzoeksrapport d.d. 14 mei 2018, meer specifiek paragraaf 4.4 *'Overtreding 2:60, eerste lid, Wft'*.

⁸² Aanvullend bezwaar, randnummer 190 en 198.

⁸³ Zie pagina's 8, 9, 15 en 23 van het onderzoeksrapport van 14 mei 2018.

⁸⁴ Cbb, 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 4.3.

⁸⁵ Cbb, 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 4.3.

⁸⁶ Aanvullend bezwaar, randnummer 195 (ECLI:NL:CBB:2014:124, r.o 4.4.2).

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	39 van 45

Reactie AFM

175. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
176. Op grond van artikel 5:49, tweede lid, Awb draagt, indien de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt, het bestuursorgaan er zoveel mogelijk zorg voor dat de gegevens op grond waarop het opleggen van een bestuurlijke boete berust, aan de overtreder worden medegedeeld in een voor hem begrijpelijke taal. Deze bepaling is een uitvloeisel van artikel 6, derde lid, onderdeel a en e EVRM. Het EHRM heeft deze bepaling zo uitgelegd, dat de overtreder recht heeft op mondelinge vertolking en schriftelijke vertaling, telkens wanneer, maar ook alleen wanneer en voor zover, dit nodig is om een adequate verdediging te kunnen voeren (EHRM 28 november 1978, Ser. A, Vol 20 (Luedicke, Belkacem en Koç); EHRM 19 december 1989, Ser. A, Vol. 168 (Kamasinki)).⁸⁷
177. De AFM heeft Novum Bank door middel van een aanbiedingsbrief van 14 mei 2018 in de Engelse taal op de hoogte gesteld van het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete, de overtreden norm en de mogelijkheid om een zienswijze in te dienen. Daarmee was Novum Bank voldoende op de hoogte van de aard en de reden van de tegen haar ingebrachte beschuldiging. Anders dan Novum Bank betoogt bestaat er geen aanleiding om te veronderstellen dat Novum Bank door het niet vertalen van het boetevoornemen, het boeterapport en het Boetebesluit niet in staat is (geweest) om een adequate verdediging te voeren. Bij de afweging van de AFM om naast de aanbiedingsbrief- en e-mail in de Engelse taal niet ook het voornemen, het boeterapport en het Boetebesluit in de Engelse taal aan Novum Bank toe te sturen, heeft de AFM meegewogen dat Novum Bank op de Nederlandse markt leningen heeft aangeboden, waarbij steeds de Nederlandse taal is gebruikt. Twee van de zeven leden van het bestuur van Novum Bank bezitten bovendien de Nederlandse nationaliteit en de middellijk aandeelhouder van Novum Bank [Z] is een in Nederland gevestigde onderneming. Daarnaast wordt Novum Bank vanaf het voornemen tot boeteoplegging bijgestaan door advocaten die de Nederlandse taal machtig zijn. Onder die omstandigheden valt niet in te zien dat Novum Bank geen adequate verdediging kan voeren nu het voornemen, het boeterapport en het Boetebesluit in de Nederlandse taal zijn opgesteld. De verwijzing van Novum Bank naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 11 december 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:8382) kan haar niet baten omdat de feiten die aan die uitspraak ten grondslag liggen niet vergelijkbaar zijn met onderhavige procedure. In dat geval ging het om een in het buitenland gevestigde onderneming waarvan niet ter discussie stond dat niemand binnen de rechtspersoon de Nederlandse taal machtig was. Daarvan is in het geval van Novum Bank geen sprake.
178. Uit de uitspraak van de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State van 5 juli 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1818) volgt dat degene aan wie een punitieve sanctie is opgelegd geen onbeperkte aanspraak kan maken op een schriftelijke vertaling van al het schriftelijke bewijsmateriaal of andere op de zaak betrekking hebbende stukken. Noodzakelijk is dat degene aan wie de sanctie is opgelegd moet

⁸⁷ Rechtbank Rotterdam 5 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1807 r.o 4.2.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	40 van 45

kunnen begrijpen wat er in de procedure gebeurt en in staat moet zijn een effectieve verdediging te voeren, zodat het proces eerlijk verloopt. Aan dat vereiste werd in de desbetreffende procedure - waarin het boeterapport en de boetebesluit uitsluitend in de Nederlandse taal waren opgesteld - volgens de Afdeling voldaan. Bij die overweging neemt de Afdeling in aanmerking dat één van de middellijk aandeelhouders van de overtreder de Nederlandse taal machtig is en de overtreder wordt bijgestaan door een professionele gemachtigde die eveneens de Nederlandse taal machtig is. Die situatie is vergelijkbaar met Novum Bank, nu bij Novum Bank twee van de zeven bestuursleden de Nederlandse nationaliteit bezitten, de middellijk aandeelhouder van Novum Bank een in Nederland gevestigde onderneming is én Novum Bank wordt bijgestaan door drie gemachtigden die de Nederlandse taal beheersen. Het enkele feit dat de AFM de aanbiedingsbrief- en e-mail in de Engelse taal heeft opgesteld maakt het voorgaande niet anders. Hierop stuit het betoog van Novum Bank af. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 9: feitelijke medewerking

179. Novum Bank voert aan dat zij zeer vergaand haar medewerking heeft verleend. De medewerking is gelegen in meewerken aan informatieverzoeken van toezichthouders en haar aangepaste bedrijfsvoering. Nu de AFM dit niet in het Boetebesluit heeft meegenomen, is die onzorgvuldig tot stand gekomen en de hoogte van de boete onevenredig. Ook is dit in strijd met het Besluit bestuurlijke boete financiële sector.

Reactie AFM

180. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

181. De AFM heeft in het Boetebesluit gemotiveerd waarom de meewerkende opstelling van Novum Bank en het feit dat zij maatregelen heeft genomen om de overtreding te beëindigen, geen aanleiding vormen om het boetebedrag te verlagen.⁸⁸ Dat er meerdere informatieverzoeken zijn geweest van verschillende toezichthouders maakt dit niet anders. De medewerking en het beëindigen van de overtreding vloeien namelijk voort uit wettelijke verplichtingen. Novum Bank heeft daarnaast geen nieuwe omstandigheden aangevoerd die tot een verlaging van de boete zouden moeten leiden. Omdat de AFM de aangevoerde omstandigheden in het Boetebesluit heeft meegenomen en gewogen, is geen sprake van strijdigheid met het zorgvuldigheidsbeginsel of het boetetoemingsbeleid van de AFM. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargrond 10: de hoogte van de boete

182. Novum Bank voert aan dat de AFM de boete ten onrechte met 25% heeft verhoogd. Daarnaast heeft zij de overtreding niet bewust begaan. De AFM lijkt de boetheogte bij overtreding van artikel 2:60 Wft

⁸⁸ Zie bij 'overige omstandigheden' op pagina 32 en 33 van het Boetebesluit.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	41 van 45

standaard met 25% te verhogen en Novum Bank acht de aan haar opgelegde boete onevenredig hoog. Ook heeft de AFM relevante factoren onvoldoende meegenomen.

Reactie AFM

183. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

184. Novum Bank heeft niet weersproken dat op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector het basisbedrag voor deze overtreding € 2.000.000 betreft en dat de AFM dit basisbedrag kan verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de ernst en/of duur van de overtreding dit rechtvaardigt. Hetzelfde geldt voor de verwijtbaarheid van de overtreder.

Ernst en duur overtreding

185. Het feit dat naar het oordeel van de AFM vrijwel altijd hogere kosten in rekening werden gebracht dan wettelijke toegestaan, is een feitelijke constatering die de AFM heeft opgenomen in haar onderzoeksrapport en ten grondslag heeft gelegd aan het Boetebesluit, maar betreft aldus niet de enige omstandigheid waarop de verhoging is gebaseerd. De AFM merkt in dit kader op dat Novum Bank dit ook niet weerspreekt. Bovendien, ook zonder het oordeel van de AFM dat vrijwel altijd hogere kosten in rekening werden gebracht dan wettelijk toegestaan, ziet de AFM nog steeds voldoende aanleiding om de hoogte van de boete te verhogen met 25%, op basis van de ernst en duur van de overtreding. Bijna drie jaar heeft Novum Bank illegaal op grote schaal aan Nederlandse consumenten flitskredieten aangeboden. Novum Bank heeft ruim 140.000 kredietovereenkomsten afgesloten waarmee zij een omzet heeft behaald van circa € 57 miljoen. Volgens het Cbb is een nadere motivering ook niet nodig, nu voor zich spreekt dat het gedurende bijna drie jaar achtereen illegaal aanbieden van krediet meer klanten en vermogen aantrekt dan wanneer dit slechts een beperkte periode van bijvoorbeeld een aantal weken wordt gedaan.⁸⁹ Het bedrag komt hiermee op € 2.500.000.

Verwijtbaarheid

186. Anders dan Novum Bank suggereert⁹⁰ heeft de AFM bij het bepalen van de hoogte van de boete niet overwogen dat Novum Bank de overtreding 'bewust' heeft begaan. Die suggestie berust op een onjuiste lezing van het Boetebesluit. De AFM heeft in de beoordeling van de verwijtbaarheid van de overtreding meegewogen dat het verdienmodel van Novum Bank een doorstart was van de activiteiten van flitskredietaanbieder [W], welke onderneming eerder door de AFM is beboet wegens overtreding van artikel 2:60 Wft en Novum Bank er als gevolg daarvan bekend mee moet zijn geweest dat met de door

⁸⁹ Cbb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, r.o 7.3.1.

⁹⁰ Aanvullend bezwaar, randnummer 218 e.v.

Datum	29 mei 2019
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	42 van 45

haar gekozen constructie mogelijk de wet werd overtreden. Met de voorzieningenrechter is de AFM van oordeel dat de verhoging van 25% derhalve gerechtvaardigd is.

187. De hoogte van de boete is aldus bepaald conform het boetetoemingsbeleid van de AFM. In het bestreden besluit heeft de AFM onderbouwd aangegeven waarom de overtreding naar haar oordeel bovengemiddeld ernstig en bovengemiddeld verwijtbaar is. Die motivering laat aan duidelijkheid niets te wensen over. De AFM betwist dan ook dat zij de boetehoogte bij overtreding van artikel 2:60 Wft standaard met 25% verhoogt. Zoals uit het boetetoemingsbeleid en het Boetebesluit blijkt, is de hoogte van de boete niet alleen afhankelijk van het wetsartikel dat is overtreden. In ieder individueel geval komt de AFM, afhankelijk van de feiten en omstandigheden in dat geval, tot een oordeel. Novum Bank heeft niet onderbouwd of ook maar gesteld dat eventueel eerder door de AFM opgelegde boetes voor overtreding van artikel 2:60 Wft in vergelijkbare omstandigheden zijn opgelegd.⁹¹ Het bedrag komt hiermee op € 3.000.000.

Omvang Novum Bank en passendheidstoets

188. Ten behoeve van de bepaling van haar omvang en draagkracht heeft Novum Bank jaarcijfers overgelegd waaruit naar voren komt dat haar eigen vermogen over 2017 afgerond € 15,7 miljoen bedroeg. Gelet op dit vermogen wordt Novum Bank ingedeeld in de zogeheten 60%-categorie van het AFM-boetetoemingsbeleid, zodat het bedrag van € 2.500.000 wordt verlaagd tot € 1.800.000. De AFM handhaaft, in het kader van evenredigheid, de matiging van € 50.000. Het bedrag komt hiermee op € 1.750.000. Dit is conform het Boetebesluit.

Bezwaargrond 11: het publicatiebesluit

189. Novum Bank voert aan dat het publicatiebesluit onrechtmatig is. Dit is gelegen in de onjuistheid van de tekst van het persbericht.

A. Flitskrediet

De kop van het persbericht 'AFM beboet Novum Bank voor het aanbieden van flitskrediet zonder vergunning' is misleidend. De kop had volgens Novum Bank moeten zijn 'AFM beboet Novum Bank voor aanbieden leningen zonder Nederlandse vergunning', dan wel 'zonder Europees paspoort'⁹², want Novum Bank had een vergunning van de MFSA.⁹³

Reactie AFM

190. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

⁹¹ Aanvullend bezwaar, randnummer 222.

⁹² Verslag hoorzitting, p. 3.

⁹³ Aanvullend bezwaar Aanvullend bezwaar, randnummers 2, 3 en 227.

191. De AFM volgt dit niet. Naar het oordeel van de AFM is de gekozen titel 'AFM beboet Novum Bank voor aanbieden flitskrediet zonder vergunning' passend en feitelijk juist. Het is van belang dat marktpartijen inzicht hebben in de aard van de kredieten die zonder vergunning zijn verleend. Gelet op de met flitskrediet gepaard gaande risico's, heeft de AFM de vaste handelswijze om in haar publicaties te spreken van 'flitskrediet'.⁹⁴ De markt blijft daardoor geïnformeerd over de flitskredietaanbieders die actief (zijn geweest) op de Nederlandse markt. De AFM ziet in het geval van Novum Bank geen reden om van haar vaste beleid af te wijken. Bovendien gebruikte Novum Bank op haar Nederlandse website zelf ook het woord 'flitsleningen'. De AFM ziet niet hoe zij hiermee de indruk zou wekken dat de overtreding van Novum Bank ziet op gedragsrecht of op iets anders dan artikel 2:60 Wft.

192. Het betoog dat de kop van de publicatie moet specificeren dat Novum Bank 'zonder Nederlandse vergunning' of 'zonder Europees paspoort' flitskredieten aanbod, komt evenmin voor toewijzing in aanmerking. Zoals de MFSA heeft vastgesteld, beschikte Novum Bank slechts over een vergunning om cross border kredieten aan te bieden aan Nederlandse consumenten. Novum Bank heeft echter buiten de reikwijdte van haar vergunning gehandeld door vanuit haar bijkantoor flitskredieten aan te bieden. Dit maakt dat Novum Bank heeft gehandeld zonder Nederlandse en/of Maltese vergunning. Bovendien heeft de voorzieningenrechter terecht overwogen dat Novum Bank nu juist geen Nederlandse vergunning kon krijgen. De titel is dan ook feitelijk juist. De AFM ziet geen reden om de titel te wijzigen.

B. Bewust

Novum Bank heeft bezwaar tegen de volgende passage: *'terwijl mag worden aangenomen dat Novum Bank bewust het risico nam om hiermee in Nederland de wet te overtreden'*. Deze passage is naar mening van Novum Bank onjuist omdat Novum Bank ervoor heeft gezorgd dat zij van de MFSA een paspoort verkreeg om kredieten aan te bieden.

Reactie AFM

193. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.

194. Novum Bank heeft de MFSA onjuist en onvolledig geïnformeerd over de wijze waarop zij haar diensten zou vormgeven. Novum Bank heeft nimmer de MFSA geïnformeerd dat zij in Nederland een bijkantoor zou openen vanaf waar zij flitskredieten zou gaan aanbieden. Door desondanks tóch een bijkantoor te openen, zonder de notificatieprocedure te doorlopen en daarmee af te wijken van de verleende vergunning, heeft Novum Bank bewust het risico genomen dat zij mogelijk de Nederlandse wet zou overtreden. De AFM ziet dan ook geen reden om de betreffende passage te verwijderen.

⁹⁴ Zie onder meer het persbericht van de AFM van 11 maart 2014 over de aan [W] opgelegde bestuurlijke boete. Ook in dit persbericht spreekt de AFM van het aanbieden van flitskrediet. De Rechtbank Rotterdam acht deze wijze van publicatie rechtmatig (ECLI: NL:RBROT:2014:1636 en de Uitspraak die op deze zaak betrekking heeft ECLI:NL:RBROT:2018:10909.

C. Betalingen

Tot slot meent Novum Bank dat de AFM in het persbericht de volgende passage niet mag opnemen: *‘Vrijwel alle klanten betaalden fors meer voor de kredieten dan wettelijk is toegestaan’*. Reden daarvoor is volgens Novum Bank dat dit aspect geen onderdeel vormt van de procedure en het boetebesluit.

Reactie AFM

195. De AFM deelt het oordeel van Novum Bank niet. De AFM onderbouwt dit als volgt.
196. De AFM ziet geen reden om voorgenoemde passage te schrappen. Dit betreft immers een feitelijke constatering die de AFM bovendien heeft opgenomen in haar onderzoeksrapport en ten grondslag heeft gelegd aan het Boetebesluit. De AFM heeft tijdens haar onderzoek feitelijk vastgesteld dat klanten van Novum Bank fors meer betaalden dan andere consumenten voor een krediet. De AFM acht deze informatie noodzakelijk, omdat dit inzage geeft in de ernst van de overtreding en de schade die consumenten ten gevolge van de handelswijze van Novum Bank hebben opgelopen. Met de voorzieningenrechter is de AFM van oordeel dat deze passage niet hoeft te worden verwijderd.
197. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.
198. De publicatie is getoetst aan de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn, waaronder de feiten en omstandigheden die door Novum Bank in bezwaar zijn kenbaar gemaakt. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat Novum Bank of eventuele andere betrokken partijen door directe en niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade is berokkend. Publicatie dient het maatschappelijk belang om de markt te informeren of te waarschuwen. Het informeren of waarschuwen is in dit geval van belang om de markt te informeren over de overtreder en de overtreding, mede in verband met de mogelijkheid van een civiele claim. Er kan ook overigens niet worden vastgesteld dat in dit geval sprake is van een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door Novum Bank of eventuele andere betrokken partijen als gevolg van de publicatie mogelijk geleden schade zodanig uitzonderlijk is, dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken.⁹⁵ Daarbij komt dat eventuele schade door de openbaarmaking veeleer valt toe te schrijven aan de overtreding van de norm door Novum Bank, dan aan de genoemde openbaarmaking.
199. Evenmin heeft de AFM kunnen vaststellen dat bij directe en niet-anonieme openbaarmaking een lopend strafrechtelijk onderzoek of een lopend onderzoek door de toezichthouder naar mogelijke overtredingen zou worden ondermijnd, of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173; Rb Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759 en Rb Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420.

Datum 29 mei 2019
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 45 van 45

V. Besluit

De AFM heeft besloten het boetebesluit en publicatiebesluit in stand te laten.⁹⁶ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen. Het voorgaande leidt ertoe dat geen aanleiding bestaat om over te gaan tot een vergoeding van de kosten in bezwaar als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, van de Awb.

VI. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Manager
Juridische Zaken

⁹⁶ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.