

**PER AANGETEKENDE POST**

[VERTROUWELIJK]1007 JC AMSTERDAM

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

**Onderwerp**

Beslissing op bezwaar

Geachte [VERTROUWELIJK], geachte [VERTROUWELIJK],

Hierbij stuurt De Nederlandsche Bank N.V. (hierna te noemen: DNB) u de beslissing op het door u namens Aegon Bank N.V. (hierna te noemen: AEB) ingediende bezwaarschrift tegen het besluit van DNB van 18 december 2019 met kenmerk [VERTROUWELIJK] (hierna: het primaire besluit), waarbij DNB aan AEB een aanwijzing ex artikel 1:75, eerste lid, Wet op het financieel toezicht (Wft) heeft gegeven.

De beslissing op bezwaar luidt als volgt. DNB verklaart het bezwaar ongegrond en handhaaft het primaire besluit. Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen.

**1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

Bij brief van 12 november 2019 heeft DNB het voornemen geuit om aan AEB een aanwijzing te geven. DNB heeft AEB daarbij in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze naar voren te brengen. DNB heeft op 3 december 2019 de schriftelijke zienswijze van AEB op de voorgenomen aanwijzing ontvangen.

Bij brief van 18 december 2019 heeft DNB het primaire besluit aan AEB verstuurd.

AEB heeft op 27 januari 2020 een pro forma bezwaarschrift ingediend, gericht tegen het primaire besluit. Bij brief van 29 januari 2020 heeft DNB de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en een termijn van zes weken na de dagtekening van deze brief gegeven voor aanvulling van de motivering van het bezwaarschrift (kenmerk: [VERTROUWELIJK]).

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

Op 20 februari 2020 heeft DNB een aanvullend bezwaarschrift (hierna tezamen met het pro forma bezwaarschrift van 27 januari 2020 te noemen: het bezwaarschrift) ontvangen.

Op 25 februari 2020 heeft telefonisch overleg plaatsgevonden tussen de advocaten van AEB en DNB, waarin is ingegaan op de constatering van AEB dat artikel 1:75 Wft per abuis is opgenomen in hoofdstuk 1, artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling in Bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht (Awb) als gevolg waarvan een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft is uitgezonderd van bezwaar en beroep. DNB heeft de advocaten van AEB in dit gesprek geïnformeerd dat zij met het Ministerie van Financiën heeft gesproken over reparatiewetgeving op dit punt.

Bij brief van 17 maart 2020 heeft DNB de ontvangst van het aanvullende bezwaarschrift bevestigd en de beslistermijn verdaagd met zes weken (kenmerk: [VERTROUWELIJK]).

Op 7 april 2020 heeft een hoorzitting plaatsgevonden via een teleconferentie. Een zakelijk verslag van de hoorzitting is bijgevoegd als **bijlage 1**.

## **2. ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEZWAAR**

De belangen van AEB zijn rechtstreeks betrokken bij het primaire besluit. AEB is derhalve als belanghebbende aan te merken in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb ten aanzien van het primaire besluit. Gelet daarop is het door AEB ingediende bezwaar ontvankelijk.

### 3. WETTELIJK KADER

**Datum**

10 november 2021

#### Wet op het financieel toezicht

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

- Artikel 1:75
- Artikel 1:97
- Artikel 1:98
- Artikel 3:17
- Artikel 3:18

#### Algemene wet bestuursrecht

- Artikel 1:3
- Artikel 5:1
- Artikel 5:2
- Artikel 7:1
- Artikel 8:1
- Artikel 8:5
- Bijlage 2

### 4. HEROVERWEGING VAN HET PRIMAIRE BESLUIT

#### Inleiding

Met toepassing van artikel 7:11 Awb heeft DNB het primaire besluit in heroverweging genomen, op basis van de bezwaargronden die tegen dit besluit zijn aangevoerd.

Voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van het bezwaar stelt DNB vast dat het bezwaarschrift slechts formele bezwaargronden bevat en geen betrekking heeft op het besluit d.d. 18 december 2019 inzake toepassing van artikel 128 CRR (met kenmerk: [VERTROUWELIJK]) (hierna: de Maatregel). Dit is tijdens de hoorzitting bevestigd door AEB. De heroverweging in bezwaar zal met inachtneming hiervan plaatsvinden.

#### *4.1 Het primaire besluit*

Met het primaire besluit heeft DNB op grond van artikel 1:75, eerste lid, Wft een aanwijzing gegeven aan AEB vanwege overtreding van artikel 3:17, tweede lid, Wft juncto de artikelen 17, 23 en 23a van het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr), alsmede vanwege overtreding van artikel 3:18, eerste lid, Wft juncto artikel 30 Bpr. In het primaire besluit is tevens een overweging opgenomen ten aanzien van de openbaarmaking van het primaire besluit. DNB merkt in deze overweging, onder meer, op dat in artikel 1:97 Wft is bepaald dat zij een besluit tot het geven van een aanwijzing in beginsel openbaar maakt, nadat het onherroepelijk is geworden. Als tegen het besluit tot het geven van een aanwijzing bezwaar, beroep of hoger beroep is ingesteld, maakt DNB de uitkomst daarvan tezamen met het besluit tot het geven van de aanwijzing openbaar.

#### *4.2 De bezwaargronden*

AEB heeft haar bezwaargronden uiteengezet in het bezwaarschrift en nader toegelicht tijdens de hoorzitting. In het hiernavolgende wordt op de bezwaargronden ingegaan.

AEB voert in essentie de volgende bezwaargronden aan:

- (i) Het primaire besluit moet worden herroepen, omdat daarin ten onrechte staat dat een aanwijzing in beginsel openbaar wordt gemaakt nadat deze onherroepelijk is geworden. Deze passage is onjuist omdat de Wft geen grondslag biedt voor openbaarmaking van een aanwijzingsbesluit.
- (ii) Het opleggen van een aanwijzing is in dit geval onevenredig, omdat er door een wetgevingsfout geen bezwaar en beroep tegen een aanwijzing kan worden ingesteld, waardoor de rechtszekerheid door het geven van een aanwijzing te zeer wordt aangetast. DNB moet daarom, primair, het primaire besluit intrekken en, subsidiair, besluiten van publicatie van het primaire besluit af te zien.
- (iii) Gelet op de samenhang tussen het primaire besluit en de Maatregel kan ook de Maatregel niet worden gepubliceerd.

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

Ten aanzien van deze bezwaargronden overweegt DNB als volgt.

**Datum**

10 november 2021

*Ad (i) De Wft biedt geen grondslag voor publicatie van een aanwijzing*

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

AEB stelt dat de aanwijzing ex artikel 1:75 Wft moet worden aangemerkt als een “enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen” zodat deze niet onder de definitie van “bestuurlijke sanctie” als bedoeld in artikel 5:2 Awb valt. De aanwijzing valt volgens AEB evenmin onder de aanvulling op de definitie van bestuurlijke sanctie in artikel 1:97, tweede lid, Wft. Een opmerking in de toelichting van de wetgever is daarvoor onvoldoende.

#### Reactie DNB

Allereerst merkt DNB op dat uit de tekst van artikel 1:97, eerste lid, Wft voortvloeit dat pas een besluit kan worden genomen om tot openbaarmaking op grond van dat artikel over te gaan, nadat het primaire besluit onherroepelijk is geworden. De onder 4.1 genoemde overweging in het primaire besluit waarin DNB AEB er op wijst dat het aanwijzingsbesluit openbaar wordt gemaakt als het onherroepelijk is, is dan ook informerend van aard. Nadat het primaire besluit onherroepelijk is geworden zal DNB AEB eerst een voorgenomen publicatiebesluit sturen, waarop AEB haar zienswijze kan geven. Pas daarna zal DNB een besluit over publicatie nemen.

Ten aanzien van de stelling van AEB dat een aanwijzingsbesluit niet op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft kan worden gepubliceerd overweegt DNB als volgt. Uit artikel 1:97, eerste lid, Wft volgt dat DNB een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie openbaar maakt. Onder een bestuurlijke sanctie wordt verstaan: “een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak” (artikel 5:2, eerste lid, sub a, Awb). Een overtreding is “een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift” (artikel 5:1 Awb). Geen bestuurlijke sanctie is de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen (artikel 5:2, tweede lid, Awb).

Voor de toepassing van de publicatieverplichting ex artikel 1:97, eerste lid, Wft wordt in artikel 1:97, tweede lid, Wft, in aanvulling op artikel 5:2, eerste lid, sub a,

Awb, als bestuurlijke sanctie aangemerkt “het door de toezichthouders wegens een overtreding beëindigen of beperken van een recht of bevoegdheid alsmede het opleggen van een verbod”.

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

Het is juist dat een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft niet kwalificeert als bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 5:2, eerste lid, onderdeel a, Awb, omdat dit een “enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen” als bedoeld in artikel 5:2, tweede lid, Awb is. AEB miskent echter dat een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft wel kan kwalificeren als bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 1:97, tweede lid, Wft.

Uit de toelichting op artikel 1:97, tweede lid, Wft kan worden opgemaakt dat met de uitbreiding van de definitie van bestuurlijke sanctie in dit artikel het volgende is beoogd:

*“De verplichting tot openbaarmaking ziet op besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties. Om aan te sluiten bij de bestuurlijke sancties die in de verschillende richtlijnen en verordeningen worden genoemd wordt het begrip bestuurlijke sanctie voor de toepassing van de artikelen 1:97, 1:98 en 1:99 uitgebreid ten opzicht van de betekenis die het heeft op grond van artikel 5:2, eerste lid, onderdeel a, van de Awb. Daarmee worden alle maatregelen van de toezichthouders naar aanleiding van overtredingen onder het publicatieregime gebracht. Van belang is wel dat bepaalde maatregelen – zoals bijvoorbeeld een aanwijzing – ook genomen kunnen worden indien de toezichthouder tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit onderscheidenlijk de technische voorzieningen van die onderneming in gevaar kunnen brengen. Voor die gevallen geldt het openbaarmakingsregime uit het onderhavige wetsvoorstel niet, aangezien hier (nog) geen sprake hoeft te zijn van een overtreding.*

*De meeste bestuurlijke sancties zijn terug te vinden in Afdeling 1.4.2 van de Wft over handhaving. Het gaat daarbij naast het opleggen van een boete of*

*een last onder dwangsom bijvoorbeeld om het geven van een aanwijzing (artikel 1:75), het schorsen van stemrechten (artikel 1:86) en het opleggen van een verbod om bepaalde functies uit te oefenen (artikel 1:87). Bestuurlijke sancties staan echter ook elders in de Wft, bijvoorbeeld in artikel 1:104 waar het beperken of intrekken van een vergunning is geregeld of in artikel 1:58 waar is geregeld dat de toezichthouder een beheerder van een beleggingsinstelling met een zetel in een andere lidstaat naar aanleiding van overtredingen een verbod kan opleggen om in Nederland nieuwe overeenkomsten af te sluiten. Een ander voorbeeld is de aanwijzing van artikel 3:111a, voor zover die wordt genomen naar aanleiding van een overtreding.”<sup>1</sup>*

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

Uit de wetsgeschiedenis volgt kortom expliciet dat het de bedoeling is geweest van de wetgever dat een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft kan kwalificeren als bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 1:97, tweede lid, Wft.

Volledigheidshalve, een aanwijzing ex artikel 1:75 Wft kwalificeert alleen als een bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 1:97, tweede lid, Wft, indien de aanwijzing wordt gegeven wegens een overtreding. De aanwijzing die aan AEB is gegeven in het primaire besluit betreft een aanwijzing ex artikel 1:75, eerste lid, Wft. De aanwijzing is gegeven in verband met de situatie dat AEB niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens de Wft is bepaald. Deze aanwijzing kwalificeert derhalve als een bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 1:97, tweede lid, Wft.

Gelet op het voorgaande, biedt artikel 1:97, eerste lid, Wft een juridische grondslag om het primaire besluit openbaar te maken. De stelling van AEB slaagt niet.

*Ad (ii) De gegeven aanwijzing is onevenredig, omdat er geen bezwaar en beroep tegen openstaat*

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2015–2016, 34 455, nr. 3, p. 32.

AEB stelt dat de aanwijzing ex artikel 1:75 Wft van bezwaar en beroep wordt uitgezonderd in hoofdstuk 1, artikel 1 van de Bevoegdheidsverdeling die als Bijlage 2 bij de Awb is opgenomen. Deze uitzondering bestaat sinds 1 januari 2019 als onderdeel van de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars. Uit de toelichting bij deze wijziging blijkt duidelijk dat het niet de bedoeling is geweest de aanwijzing van bezwaar en beroep uit te zonderen. Door deze fout van de wetgever bestaat volgens AEB onvoldoende rechtsbescherming tegen een aanwijzing. Bij het ontbreken van een bestuursrechtelijke procesgang, biedt een civielrechtelijke procesgang onvoldoende rechtsbescherming, onder meer door de afstandelijke toetsing en het feit dat zittingen in beginsel openbaar zijn. DNB moet daarom, primair, het primaire besluit intrekken en, subsidiair, besluiten van publicatie van het primaire besluit afzien.

#### Reactie DNB

DNB deelt de constatering door AEB dat artikel 1:75 Wft per abuis is opgenomen in hoofdstuk 1, artikel 1 van de Bevoegdheidsverdeling die als Bijlage 2 bij de Awb is opgenomen, als gevolg waarvan een besluit tot aanwijzing ex artikel 1:75 Wft van bezwaar en beroep is uitgezonderd. DNB heeft hierover contact opgenomen met het Ministerie van Financiën en het verzoek gedaan om Bijlage 2 bij de Awb op dit punt zo spoedig mogelijk te repareren. Ten tijde van deze beslissing op bezwaar is Bijlage 2 bij de Awb nog niet aangepast.

DNB neemt, in afwachting van de reparatiewetgeving, bezwaren tegen aanwijzingen ex artikel 1:75 Wft in behandeling. Hierbij acht DNB relevant dat uit de toelichting bij de wijziging van Bijlage 2 bij de Awb duidelijk blijkt dat het niet de bedoeling is geweest de aanwijzing ex artikel 1:75 Wft van bezwaar en beroep uit te zonderen.<sup>2</sup> Er is hier sprake van een kennelijke omissie van de wetgever. DNB verwacht dat Bijlage 2 bij de Awb op korte termijn zal worden gerepareerd.

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2017–2018, 34 842, nr. 3, p. 135. Zie ook Rb. Amsterdam, 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7989, r.o. 5.2; Rb. Midden-Nederland, 15 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2295, r.o. 1.



Gelet op het voorgaande, meent DNB dat AEB toegang heeft tot effectieve rechtsbescherming tegen het primaire besluit. Voor zover er overigens nog een lacune zou zijn in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, kan AEB een rechtsvordering instellen bij de civiele rechter als restrechter.<sup>3</sup>

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

Voor wat betreft de rechtsbescherming tegen een besluit tot openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97, eerste lid, Wft wijst DNB er op dat, zoals ook volgt uit het primaire besluit, zij een op zichzelf staand besluit zal nemen ten aanzien van de publicatie van het primaire besluit. Tegen dat besluit staan te zijner tijd bezwaar en beroep open. DNB heeft hier ook tijdens de hoorzitting op gewezen. Voordat een publicatiebesluit wordt genomen, zal DNB aan AEB eerst een voorgenomen publicatiebesluit sturen en AEB in de gelegenheid brengen haar standpunten ter zake in een zienswijze toe te lichten. Een publicatiebesluit zal worden genomen zodra het primaire besluit onherroepelijk is.

Voor zover AEB meent dat tegen een besluit tot openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97, eerste lid, van de Wft geen bezwaar en beroep openstaan, merkt DNB op dat deze wettelijke bepaling niet is opgenomen in Bijlage 2 van de Awb. De hiervoor aan de orde gekomen omissie van de wetgever strekt zich dus niet uit tot genoemd publicatiebesluit. Gelet daarop kan AEB tegen een besluit tot openbaarmaking ex artikel 1:97, eerste lid, Wft op grond van artikel 8:1 en 7:1 Awb bezwaar en beroep instellen.

Gelet op het voorgaande slagen de stellingen van AEB niet.

*Ad (iii) Gelet op de samenhang tussen het primaire besluit en de Maatregel kan ook de Maatregel niet worden gepubliceerd.*

AEB meent dat de beslissing op bezwaar ook gevolgen dient te hebben voor publicatie van de Maatregel, nu deze onmiskenbaar met het primaire besluit

<sup>3</sup> Zie ook Rb. Amsterdam, 3 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7989, r.o. 5.6 e.v.

samenhangt. AEB meent derhalve dat ook van publicatie van de Maatregel afgezien zou moeten worden.

**Datum**

10 november 2021

**Kenmerk**

[VERTROUWELIJK]

#### Reactie DNB

Nu DNB tot de conclusie is gekomen dat artikel 1:97, eerste lid, Wft een juridische grondslag biedt om het primaire besluit openbaar te maken, behoeft dit punt geen verdere behandeling.

#### *4.3 Conclusie*

Gelet op het voorgaande komt DNB tot de conclusie dat de in het bezwaarschrift aangevoerde gronden geen doel treffen. Derhalve handhaaft DNB het primaire besluit.

### **5. BESLISSING OP BEZWAAR**

DNB verklaart het bezwaar *ongegrond* en handhaaft het primaire besluit van 18 december 2019 met kenmerk [VERTROUWELIJK].

### **6. PROCESKOSTENVERGOEDING**

AEB heeft op grond van artikel 7:15 Awb verzocht om vergoeding van de gemaakte rechtsbijstandskosten. Aangezien het besluit niet wordt herroepen wegens een aan DNB te wijten onrechtmatigheid, wordt het verzoek afgewezen.

### **7. BEROEP**

Tegen deze beslissing op bezwaar kan een belanghebbende, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit, beroep instellen bij:

Rechtbank Rotterdam

Afdeling Publiek  
Team 2 Bestuursrecht  
Postbus 50951  
3007 BM ROTTERDAM

**Datum**  
10 november 2021

**Kenmerk**  
[VERTROUWELIJK]

U kunt 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.

Hoogachtend,

Bijlage(n): 1.

1. Verslag hoorzitting