

# Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod

*C.F.J. van Tuyll*

## 1 Inleiding

In 2011 is veel te doen geweest om het stelsel van open normen uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de invulling die de Autoriteit Financiële Markten (AFM) ten aanzien van deze normen zou voorschrijven.<sup>1</sup> Minder frequent besproken is of de AFM, als deze eenmaal tot beboeting overgaat, de door haar voorgestane invulling vooraf voldoende helder kenbaar heeft gemaakt aan de markt. In deze bijdrage zal ik dit aspect onderzoeken aan de hand van diverse boetebesluiten die de AFM in 2010-2011 wegens overkreditering aan kredietverstrekkers als Rabobank, ING, DSB en ELQ Hypotheken N.V. (ELQ) heeft opgelegd.<sup>2</sup>

Na het wettelijk kader te hebben geschetst, bespreek ik eerst kort de gedachte achter de open norm. Uitgangspunt bij de open norm is dat de adresstaat van een norm zelf mag bepalen op welke wijze daaraan invulling wordt gegeven, mits het resultaat in overeenstemming is met de norm. Naarmate de norm vager is, neemt logischerwijs ook de kans toe dat de justitiabele niet goed weet wat van hem verwacht wordt. Het is dan ook goed voorstelbaar dat ondertoezichtstaande en toezichthouder in alle eerlijkheid tot een verschillende interpretatie van het voorschrift komen. Hierin schuilt een risico voor de ondertoezichtstaande: als de toezichthouder meent dat diens uitleg niet voldoet aan het voorschrift, kan handhavend worden opgetreden, daaronder begrepen het opleggen van boetes.

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is dit uiteraard ongewenst. Uit artikel 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) volgt dan ook dat voordat een toezichthouder overgaat tot beboeting, hij zich ervan dient te vergewissen of de norm voor de justitiabele voldoende bepaalbaar is. In deze bijdrage onderzoek ik of de AFM blijkens haar boetebesluiten dit bepaalbaarheidsgebod voldoende heeft onderkend.

- 1 Zie bijvoorbeeld 'Pas op met open normen AFM', *Het Financieele Dagblad* van 15 maart 2011 en 'AFM is te veel een regelgever', *Het Financieele Dagblad* van 18 maart 2011.
- 2 Boetebesluiten DSB 5 mei 2009 wegens overtreding van art. 4:34 lid 1 en 2 Wft en art. 115 BGfo, beslissing op bezwaar DSB 5 oktober 2009 (art. 4:34 lid 1 en 2 Wft), Boetebesluit ELQ 20 april 2010 wegens overtreding van art. 4:34 Wft, Boetebesluiten Rabobank 24 september 2010 wegens overtreding van art. 4:34 lid 1 en 2 Wft en art. 115 BGfo, en boetebesluiten ING 18 februari 2011 wegens overtreding van art. 4:34 lid 1 en 2 Wft en art. 115 BGfo; alle besluiten zijn te vinden op <[www.afm.nl](http://www.afm.nl)>.

Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod

## 2 Wettelijk kader

De normen voor verantwoorde kredietverstrekking zijn neergelegd in art. 4:34 Wft en de daarop gebaseerde voorschriften uit het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo). De normen strekken ertoe te voorkomen dat de consument een (hypothecaire) lening aangaat die voor hem financieel onverantwoord is.

Bij de beoordeling van de boetebesluiten richt ik mij uitsluitend op de centrale bepaling ter zake van overkreditering, inhoudende dat een kredietverstrekker geen overeenkomst inzake krediet aangaat met een consument indien dit, met het oog op overkreditering van de consument, onverantwoord is.

Het overkrediteringsvoorschrift is een typische open norm; een ruim geformuleerd voorschrift dat nadere uitleg behoeft. Wat kwalificeert als overkreditering is niet bij of krachtens wettelijk voorschrift vastgesteld en volgt ook niet uit de wetsgeschiedenis.<sup>3</sup> De wetgever heeft juist geen nadere invulling aan deze norm willen geven, maar de bedoeling gehad de uitwerking daarvan aan markt en toezichthouder over te laten.<sup>4</sup> De Gedragscode Hypothecaire Financieringen (de GHF-code), een product van zelfregulering dat het merendeel van de hypotheekverstrekkers via het Contactorgaan Hypothecair Financiers (CHF) heeft onderschreven, is richtinggevend voor wat onder marktpartijen als verantwoorde hypothecaire kredietverstrekking te gelden heeft.<sup>5</sup> Omdat de kredietverstrekker blijkens de open overkrediteringsnorm de ruimte is gelaten op eigen wijze tot verantwoorde kredietverstrekking te komen, kan niet-naleving van de GHF-code echter niet direct tot het oordeel leiden dat sprake is van schending van deze norm.

## 3 Bepaalbaarheidsgebod in de financiële sector

Het doel van open normen is het bewerkstelligen van flexibiliteit in de toepassing van regelgeving en het leggen van een bepaalde mate van verantwoordelijkheid bij

- 3 Noch uit de wetsgeschiedenis bij art. 4:34 Wft (Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 524), noch uit die van zijn voorganger, art. 51 van de Wet financiële dienstverlening (Kamerstukken II 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 96-97).
- 4 Zie bijvoorbeeld de brief van de minister van Financiën in antwoord op Kamervragen van 18 mei 2009, met kenmerk: FM09-960.
- 5 Zelfregulering betekent overigens niet dat de overheid in het geheel geen inmenging heeft gehad bij het opstellen van de GHF-code; de GHF-code is in overleg met verschillende publieke partijen, waaronder het ministerie van Financiën en de AFM, tot stand gebracht. Inmiddels is op 1 augustus 2011 een nieuwe versie van de GHF-code van kracht geworden. Elke verwijzing in deze bijdrage naar de GHF-code is een verwijzing naar de oude GHF-code zoals die ten tijde van de boetepleggingen gold: de derde versie van de GHF-code uit 2007.

C.F.J. van Tuyll

de justitiabelen om een eigen invulling aan een norm te geven.<sup>6</sup> Een ander argument voor het gebruik van open normen in wet- en regelgeving is dat het ondoenlijk is voor een wetgever om alle voorschriften tot in detail uit te schrijven.<sup>7</sup> Vanuit een oogpunt van doelmatigheid dient soms met een zekere algemeenheid een zorgplicht te worden geformuleerd om te voorkomen dat gedragingen die onder een dergelijke norm dienen te worden geschaard onbedoeld buiten het toepassingsbereik ervan vallen.<sup>8</sup> Ten slotte kan het gebruik van open normen leiden tot een vermindering in administratieve lasten.<sup>9</sup>

Hoezeer het gebruik van open normen voordelen kent, toch ligt het soms op de weg van de toezichthouder om nadere invulling aan een voorschrift te geven ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.<sup>10</sup> Dit speelt temeer als overtreding van het voorschrift kan worden bestraft met een bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete heeft namelijk te gelden als een *criminal charge* in de zin van het EVRM, uit welke kwalificatie een aantal waarborgen voortvloeit die de overheid bij de beboeting van een norm in acht moet nemen.<sup>11</sup>

Zo houdt de kwalificatie als *criminal charge* in dat op de justitiabele een verhoogde rechtsbescherming van toepassing is. Zo zal de bestuursrechter het boetebesluit in volle omvang aan het in art. 5:46 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) neergelegde evenredigheidsbeginsel toetsen, hetgeen betekent dat de rechter de hoogte van de opgelegde boete eigenhandig mag verlagen indien hij van mening is dat bij de beoordeling van de toezichthouder geen evenwichtige belangenafweging heeft plaatsgevonden. Daarnaast betreffen de EVRM-waarborgen eisen op het gebied van motivering en bewijslastverdeling, maar bijvoorbeeld ook waarborgen met het oog op de rechtszekerheid. Het rechtszekerheids- of legaliteitsbeginsel van art. 7 EVRM omvat, zo volgt uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), meerdere rechtsbeginselen, daaronder begre-

6 A.H. Scheltema & M. Scheltema, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, in: Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 101), Deventer: Kluwer 2009, p. 52-53. Dit uitgangspunt is vrij recent nog bevestigd in het verslag van de minister van Financiën over de doelmatigheid en doeltreffendheid van de toezichthouders DNB en de AFM, dat in augustus 2010 aan de Tweede Kamer is gestuurd (bijlage bij 32 466, nr. 1).

7 Zie ABRvS 15 november 2006, AB 2007, 266.

8 HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14.

9 Zie ook de minister van Financiën over de wenselijkheid van open normen, in: Besluit van 30 oktober 2007, houdende regels ter uitvoering van de Wet op het financieel toezicht met betrekking tot de toegang tot de Nederlandse financiële markten voor marktexploitanten en voor het exploiteren of beheren van een gereguleerde markt en wijziging van enkele andere besluiten ter implementatie van de richtlijn markten voor financiële instrumenten (Besluit gereguleerde markten Wft, Stb. 2007, 407).

10 G.P. Roth, Over de kenbaarheid van de norm, in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), Compliance in het financieel toezichtsrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 92 en C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 26.

11 Zie voor een bevestiging van dit uitgangspunt de MvT bij de invoering van de Vierde Tranche Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3). Zie verder H.E. Bröring, De bestuurlijke boete, Deventer: Kluwer 2005, p. 37 e.v.

Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod

pen het *nullem crimen sine praevia lege poenali*-beginsel (geen veroordeling wegens een handelen of nalaten dat niet onrechtmatig was ten tijde van het handelen of nalaten), het *nulla poena sine praevia lege criminali*-beginsel (geen oplegging van een andere straf dan die ten tijde van het begaan van de onrechtmatige gedraging van kracht was) en het in deze bijdrage besproken bepaalbaarheidsgebod (ook wel het *lex certa*-beginsel genoemd).

Uit vaste rechtspraak van het EHRM volgt dat het bepaalbaarheidsgebod inhoudt dat de norm voor een justitiabele voldoende kenbaar en voorzienbaar moet zijn.<sup>12</sup> Of in een concreet geval uit het bepaalbaarheidsgebod voortvloeit dat een toezichthouder invulling aan een open norm dient te geven, hangt onder meer samen met factoren als de toegankelijkheid van het rechtsgebied, de vaagheid van de norm, de deskundigheid van de normadressaten en het boetebeleid van de toezichthouder.<sup>13</sup> Ook nationaal honoreert de bestuursrechter bij tijd en wijle een beroep op het bepaalbaarheidsgebod.<sup>14</sup> Niettemin is een dergelijk beroep niet vaak succesvol. Een steevast terugkerende overweging is dat het systeem van open normen niet vereist dat alle normen tot in detail vooraf in wet of beleid hoeven te worden vastgelegd.<sup>15</sup> Hiermee bestaat een spanningsveld tussen de open en de kenbare norm. Gelet op de complexiteit van het financiële toezichtsrecht, het feit dat het handhavingsbeleid erin voorziet dat toezichthouders direct bij constatering van een overtreding tot een boeteoplegging mogen overgaan,<sup>16</sup> en de zeer hoge boetes die zonder (voorafgaande) tussenkomst van een rechter worden opgelegd,<sup>17</sup> ben ik van mening dat het bepaalbaarheidsgebod (vaker) zou moeten prevaleren.

- 12 EHRM 27 september 1995 (G. v. France) en 22 november 1995 (C.R. v. United Kingdom). Zie ook de MvT bij de invoering van de Vierde Tranche Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3).
- 13 EHRM 15 november 1996 (Cantoni v. France) en EHRM 26 september 1995 (Vogt).
- 14 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 maart 2011, LJN BP6642, CBB 9 juli 2009, AB 2009, 295, ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176 en Rb. Rotterdam 15 juli 2002, JB 2002, 289.
- 15 Zie CBB 24 augustus 2006, AB 2007, 321 en CBB 1 april 2008, LJN PC8268.
- 16 Zie het Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank van 10 juli 2008. Van dit uitgangspunt zijn AFM en DNB niet afgestapt blijkens de in mei 2011 gepubliceerde Toelichting handhavingsbeleid AFM en DNB. Zie hierover kritisch J.T.C. Leliveld, Nadere toelichting op handhavingsbeleid AFM en DNB. Een duidelijke boodschap en een gemiste kans, Tijdschrift voor het Financieel Recht 2011-7/8, p. 237-239. Zie Roth over het feit dat de graad van vaagheid niet in evenredige mate meeweegt bij de vraag of handhavend moet worden opgetreden, in G.P. Roth, Over de kenbaarheid van de norm, in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), Compliance in het financieel toezichtsrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 93.
- 17 De bestuursrechter wordt immers alleen in een boeteprocedure betrokken als de bestrafte zelf actie onderneemt. In verhouding tot de hoeveelheid toezichtsmaatregelen die door de AFM wordt uitgevaardigd, is een rechtsgang relatief uitzonderlijk. Marktpartijen die onder doorlopend toezicht staan, lijkt er veel aan gelegen te zijn om de verstandhouding met de toezichthouders goed te houden, hetgeen Roth heeft doen verzuchten dat 'marktpartijen bereid zijn tot vele opofferingen teneinde de verstandhouding met de toezichthouder goed te houden (...)' (G.P. Roth, De toezichtsbevoegdheden van de AFM en DNB. Op zoek naar de grenzen van het schier tegelloze, Ondernemingsrecht 2009, p. 115 e.v.).

C.F.J. van Tuyll

Ook in de literatuur komt het idee terug dat bij de naleving van financiële toezichtswetten het bepaalbaarheidsgebod bijzondere aandacht verdient. Een toezichthouder zou pas mogen optreden tegen een schadelijk geachte gedraging indien (1) hij voldoende ruchtbaarheid heeft gegeven aan zijn interpretatie, (2) een nauwkeurige, heldere en vastomlijnde schriftelijke uitwerking van deze interpretatie voorhanden is, geen twijfel mag bestaan over de voorgestane normering, en (3) aan ondertoezichtstaanden een redelijke termijn is gegeven is om hun gedrag daarop aan te passen.<sup>18</sup> Een dergelijke vergaande normering heeft wel als nadeel dat het onderscheid tussen *principle-based* en *rule-based* regelgeving komt te vervagen, hetgeen de vraag oproept of het stelsel van open normen wel geschikt is voor complexe financiële wetgeving.<sup>19</sup>

Overigens zijn de financiële toezichthouders bij het geven van sturing aan de markt gebonden aan de aard en reikwijdte van hun rechten en plichten die hun op basis van (materiële) wetgeving is toegekend.<sup>20</sup> In het geval van de overkrediteringsnorm strekt de bevoegdheid van de AFM niet verder dan de interpretatie van de vage begrippen uit het voorschrift.<sup>21</sup> Als de AFM van mening is dat de overkrediteringsnorm is overtreden, staat zij uiteraard in haar recht om tot beboeting over te gaan, maar in het oog dient te worden gehouden dat het de rechter vrijstaat om vol te toetsen of de AFM het voorschrift juist heeft uitgelegd.<sup>22</sup>

#### 4 Beoordeling boetebesluiten AFM

Bij de beoordeling of de AFM zich wel voldoende rekenschap heeft gegeven van het bepaalbaarheidsgebod staat centraal of de boeteoplegging voor ondertoezichtstaanden in voldoende mate te voorzien was, in het licht van eerder door de

18 R.H. Maatman & S. Azahaf, Financieel toezicht en schadelijk gedrag, Ondernemingsrecht 2010, p. 60 e.v. en Roth 2008, p. 85 e.v. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Rotterdam 15 juli 2002, JB 2002, 289 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

19 Zie voor een bevestiging van dit uitgangspunt Grundmann-van de Krol 2012, p. 27.

20 In de context van de overkrediteringsnorm is dit onlangs nog door (toenmalig) staatssecretaris J.C. de Jager bevestigd in debat met de Tweede Kamer (*Handelingen II* van 23 april 2009, 81-6327). Zie ook 'De Jager: AFM kan tophypotheke niet verbieden', NRC.nl van 23 april 2009 en 'Financiën haalt AFM-aanval op tophypotheke volledig onderuit', Het Financieele Dagblad van 23 april 2009.

21 Dit heet ook wel beoordelingsruimte (in tegenstelling tot beleids- en beoordelingsvrijheid). Dat de overkrediteringsnorm slechts ruimte biedt voor een interpretatiebevoegdheid van de AFM wordt bevestigd in een recente uitspraak van Rb. Rotterdam 4 mei 2011, JOR 2011/228 m.nt. V.H. Affourtit. In deze uitspraak geeft de rechtbank immers aan dat zij de door de AFM gegeven invulling van de norm onderschrijft, hetgeen duidt op een volle toetsing, wat het kenmerk is van een voorschrift waarin geen beleids- en/of beoordelingsvrijheid is toegekend aan het bestuursorgaan. In lijn met uitspraken van Rb. Rotterdam 6 juli 2009, LJN BJ2013 en CRvB 6 december 2005, RSV 2006, 57 m.nt. R. Stijnen kan worden afgevraagd of een toezichthouder überhaupt wel beoordelings- en/of beleidsvrijheid kan toekomen ten aanzien van voorschriften die met boetes te bestraffen zijn. De kwalificatie van de bestuurlijke boete als *criminal charge* brengt immers met zich mee dat de rechter het boetebesluit in volle omvang aan het evenredigheidsbeginsel moet kunnen toetsen.

22 HR 23 mei 2003, AB 2004, 157 en CRvB 29 mei 2001, USZ 2001, 207.

Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod

AFM gegeven interpretaties ten aanzien van het voorschrift. In verband met de beboeting van de overkrediteringsnorm is relevant het op 1 november 2007 door de AFM gepubliceerde onderzoeksrapport 'Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek', waarin zij *best practices* geeft ten aanzien van de hypotheekpraktijk (hierna: het Rapport).

Na bestudering van het Rapport kom ik tot de conclusie dat de AFM de GHF-code als leidraad gebruikt en zich in grote lijnen achter de GHF-code schaaft, maar tevens dat zij het onderzoek naar de GHF-code nog niet als afgerond beschouwt en nog nader zal oordelen of de in de GHF-code gehanteerde toetsnormen voor de berekening van de leencapaciteit van een consument adequaat zijn.<sup>23</sup> Daarnaast komt uit het Rapport naar voren dat de AFM weliswaar stimuleert om de voorbeelden die zij ziet als goede adviespraktijk te volgen, maar ook dat het voor kredietverstrekkers mogelijk moet zijn om een andere norm voor het vaststellen van een verantwoorde woonlast te hanteren, mits hiermee adequaat invulling wordt gegeven aan de overkrediteringsnorm.<sup>24</sup> In dit verband nuanceert de AFM het gewicht van de GHF-code door in het Rapport aan te geven dat de norm gebaseerd is op gemiddelde huishoudens en dat er goede redenen kunnen zijn om van de norm af te wijken.<sup>25</sup>

De AFM heeft in het kader van een branchebreed onderzoek in 2008-2009 tien à twintig dossiers van geselecteerde kredietverstrekkers onderzocht op de totstandkoming van de door hen verstrekte hypothecaire kredieten. Uit het onderzoek kwam naar voren dat bij een aantal van de betrokkenen één of meer voorschriften ter zake van overkreditering niet correct zouden zijn nageleefd, hetgeen bestraft is met (een) bestuurlijke boete(s). Opvallend is dat de AFM in deze boetebesluiten de GHF-code wel stevast tot toetsingskader neemt. De werkwijze van de AFM is aldus dat zij het door een kredietverstrekker gehanteerde beleid op het gebied van hypotheekverstrekkingen een-op-een langs de lat van de GHF-code legt en beboeting afhankelijk maakt van de (strikte) naleving daarvan,<sup>26</sup> zelfs al is de afwijking marginaal.<sup>27</sup> Uit de boetebesluiten blijkt niet van andere mogelijkheden om te voldoen aan de overkrediteringsnorm; een afwijking van de GHF-code moet binnen de in de GHF-code voorgeschreven kaders passen.<sup>28</sup> De AFM geeft in het merendeel van de besluiten zelfs aan dat reeds uit het Rapport zou blijken dat de AFM het verstrekken van een verantwoord hypothecair krediet exclusief toetst aan de hand van de GHF-norm.<sup>29</sup> Het standpunt van de AFM is allereerst opmer-

23 Rapport, p. 41.

24 Rapport, p. 15 en 41.

25 Rapport, p. 43.

26 Ook Affourtit wijst er in zijn lezenswaardige noot bij Rb. Rotterdam 4 mei 2011, JOR 2011/228 op dat het beleid van de kredietverstrekker een-op-een met de GHF-code wordt vergeleken.

27 Dat de AFM zelfs bij een marginale afwijking van de GHF-code tot beboeting overgaat, wordt ook door haar erkend, zie bijvoorbeeld in het boetebesluit Rabobank (art. 4:34 lid 1 en 2 Wft), p. 17.

28 Meer concreet de afwijkingsmogelijkheid van art. 6 (6) GHF-code.

29 Boetebesluit ELQ, p. 3, boetebesluiten Rabobank, p. 5 en boetebesluiten ING, p. 3-4.

C.F.J. van Tuyll

kelijk omdat niet alleen de GHF-code, maar bijvoorbeeld ook de Nationale Hypotheek Garantie een goede invulling vormt van de overkrediteringsnorm.<sup>30</sup>

Daarnaast is blijkens het Rapport de houding van de AFM ten opzichte van de status van de GHF-code op zijn minst onduidelijk te noemen. Voor de kredietverstrekkers was naar mijn mening op voorhand niet, althans onvoldoende, duidelijk dat de AFM bij de beoordeling van dossiers de GHF-code als minimale invulling van de overkrediteringsnorm zou zien. Wellicht heeft de AFM na publicatie van het Rapport de markt bij andere gelegenheid ingelicht dat dusdanig sterk op naleving van de GHF-code zou worden ingezet, maar dat is dan in ieder geval niet algemeen bekendgemaakt en dit blijkt ook niet uit de boetebesluiten.<sup>31</sup> Gelet op de plicht van de AFM om duidelijkheid te verschaffen over financiële regelgeving, is mijn conclusie dat de boetebesluiten op gespannen voet staan met het bepaalbaarheidsgebod.<sup>32</sup>

Overigens heeft de AFM in andere instanties wel onderkend dat het bepaalbaarheidsgebod vereist dat de markt vooraf ondubbelzinnig moet worden geïnformeerd over haar interpretatie van een open norm. Zo heeft de AFM op 10 juni 2008, voorafgaand aan een branchebreed onderzoek onder aanbieders van consumptieve kredieten, aan de betrokkenen schriftelijk meegedeeld de door de branche opgestelde normen voor consumptief krediet (de VFN/NVB-code) te zien als minimale invulling van de open normen voor overkreditering. Dit werpt de vraag op waarom de AFM dit bij aanbieders van consumptief krediet wel heeft gedaan en bij mijn weten hypothecaire kredietverstrekkers niet van haar standpunt ter zake van de GHF-code op de hoogte heeft gebracht. Het lijkt erop dat de AFM dit niet nodig heeft geacht omdat het merendeel van de kredietverstrekkers de GHF-code via het CHF heeft onderschreven. Het gaat er echter niet zoezeer om of een kredietverstrekker zich houdt aan hetgeen in de markt wordt gepercipieerd als een goede adviespraktijk, als wel of hem voldoende duidelijk is dat de AFM niet-naleving van de GHF-code gelijkstelt met onverantwoordelijke kredietverstrekking en als zodanig beboet.

30 Dit is onlangs nog bevestigd door de minister van Financiën in een brief van 25 augustus 2011 aan de Tweede Kamer, met kenmerk: 2011Z15795.

31 Naar mijn weten heeft alleen de minister van Financiën in antwoord op Kamervragen van 18 mei 2009, met kenmerk: FM09-960, aangegeven dat de overkrediteringsnorm in principe in de GHF-code is vastgelegd en dat de AFM heeft aangegeven strenger toezicht te houden op naleving van de norm. Afgezien van het feit dat de onderzoeken ten aanzien van ELQ en Rabobank voor deze datum hebben plaatsgevonden, volgt hier mijns inziens nog steeds niet overtuigend uit dat vanaf toen kenbaar had moeten zijn dat de AFM zich bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van overkreditering uitsluitend door de GHF-code zou laten leiden.

32 Overigens heeft de Rechtbank Rotterdam onlangs in andere zin geoordeeld, namelijk dat de invulling die de AFM aan de overkrediteringsnorm had gegeven, de GHF-code, voldoende bepaalbaar zou zijn, met als argument dat de betrokken kredietverstrekker geacht mocht worden steeds op de hoogte te zijn geweest van de achtergrond, inhoud en strekking van de GHF-code (Rb. Rotterdam 20 mei 2010, JOR 2010/196). De maatstaf is echter of de kredietverstrekker wist of had moeten weten dat de AFM de GHF-code als minimale invulling van de overkrediteringsnorm zou zien.

Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod

De vraag doet zich voor op welke manier de AFM zich ervan kan vergewissen voldoende ruchtbaarheid te hebben gegeven aan haar interpretatie. De AFM stelt zich in een van de boetebesluiten op het standpunt dat als een normoverschrijding door middel van een boeteoplegging wordt bestraft, de daarmee gegeven invulling van de norm kenbaar zou zijn voor de markt.<sup>33</sup> Een boeteoplegging lijkt mij op zichzelf onvoldoende voor ondertoezichtstaanden om daaruit in een individueel geval een heldere en algemene leidraad te construeren. Bovendien zal, als de redenering van de AFM wordt gevolgd, de eerste boete die wordt opgelegd alsnog strijdig zijn met het bepaalbaarheidsgebod. In hetzelfde besluit geeft de AFM aan van mening te zijn dat de kenbaarheid van de overkrediteringsnorm ook zou kunnen voortvloeien uit de civiele zorgplicht, ongeacht of wet- en regelgeving op dat moment expliciete invulling aan die norm geven.<sup>34</sup> Ook dat lijkt me onjuist. De in het algemeen meer open civiele normen lenen zich immers per definitie niet om de grondslag te vormen voor een beboeting die op overtreding van een dergelijke open norm is gebaseerd. Een kredietverstrekker zou dus geen rekening hoeven te houden met beboeting op basis van schending van een dergelijke algemene zorgplicht.<sup>35</sup>

Het bepaalbaarheidsgebod is er mijns inziens het beste mee gediend als toezicht-houderssturing door middel van een interpretatieve beleidsregel kenbaar wordt gemaakt. Dit vanwege de motiverings- en openbaarmakingsverplichtingen die op een beleidsregel van toepassing zijn.<sup>36</sup> Daarnaast biedt een beleidsregel rechtszekerheid, in die zin dat de AFM in beginsel gebonden zal zijn aan de beleidsregel en zij overeenkomstig de beleidsregel dient te handelen. De huidige praktijk van de AFM, waarbij dikwijls gebruik wordt gemaakt van allerhande (omvangrijke) beleidsinstrumenten zonder duidelijke status of structuur, en waaruit de ondertoezichtstaande maar een interpretatie moet zien te ontwaren, opent de deur voor discussie of in het concrete geval aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan.<sup>37</sup>

## 5 Conclusie

De concrete doorwerking van het bepaalbaarheidsgebod verschilt van geval tot geval. Zo zal bij elke open norm afzonderlijk moeten worden beoordeeld of toezichthouderssturing een vereiste is. In de context van het financiëletoezichtsrecht

33 Besluit op bezwaar DSB 5 oktober 2009.

34 Besluit op bezwaar DSB 5 oktober 2009.

35 Zie ook ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 176. Zie ook H.W. Koster, *Strengere eisen bestuurlijke boete*, *JutD* 2003-12, p. 12-14.

36 In gelijke zin: C.L.G.F.H. Albers in haar noot bij Rb. Rotterdam 15 juli 2002, *JB* 2002, 289 en W. Duk, *De zachte kern van het bestuursrecht*, *RM Themis* 1978, p. 575 e.v. Een dergelijke algemene plicht om beleidsregels vast te stellen is er echter (vooralsnog) niet.

37 Deze trend tot informalisering heeft reeds tot kritische geluiden in de literatuur geleid en ook de markt heeft er zo zijn bedenkingen bij. Zie bijvoorbeeld Roth 2008, p. 85 e.v., V.P.G. de Serière, *Luiheid, opportunisme of wijsheid? Principle based regelgeving in het financiële recht*, *Ondernemingsrecht* 2008-3, p. 99, Grundmann-van de Krol 2012, p. 25-28 en het jaarverslag 2010 van DUFAS, onder de kop 'De toezichthouders'.



C.F.J. van Tuyll

zou het uitgangspunt moeten zijn dat de markt niet in twijfel wordt gelaten over de reikwijdte en impact van de dikwijls complexe wet- en regelgeving, dit mede gelet op de hoge boetes die door financiële toezichthouders kunnen worden opgelegd. Dat een justitiabele de mogelijkheid heeft om een toezichthoudersboete in volle omvang door de bestuursrechter te laten toetsen, doet aan deze verplichting niet af; van financiële toezichthouders mag een proactieve houding worden verwacht, daar waar het de kenbaarheid van de norm betreft.

Als toezichthouderssturing ontbreekt, geldt dat naarmate de norm in vaagheid toeneemt, de kans groter is dat toezichthouder en marktpartijen er afwijkende interpretaties op na houden. De overkrediteringsnorm is hier een goed voorbeeld van. Gelet op de vaagheid van de overkrediteringsnorm had de AFM eerst duidelijkheid dienen te verschaffen over de door haar voorgestane normering voordat zij tot beboeting overging. Als alternatief had de AFM eerst minder zware handhavingsmiddelen kunnen inzetten, zoals een normoverdragend gesprek of een aanwijzing.

Het geven van veel *guidance* aan de markt heeft wel als consequentie dat het verschil tussen *principle-based* en *rule-based* normen vervaagt. Het nadeel daarvan is dat toezichthouderssturing democratische legitimatie ontbeert. Dit roept de meer principiële vraag op of de expliciete keuze voor open normen ten tijde van de invoering van de Wft niet aan herijking toe is. Dat hiermee kredietverstrekkers de ruimte zou worden ontnomen om naar eigen inzicht aan een voorschrift te voldoen, is, mede gelet op de grote praktijkrisico's die daaraan kleven, wat mij betreft niet van doorslaggevende betekenis.