

## HOOFDSTUK 9

# DE ZELFSTANDIGE LAST EN DE BINDENDE AANWIJZING

*O.J.D.M.L. Jansen*<sup>1</sup>

### 9.1 Inleiding

Ook in het financieel bestuursrecht beschikken de toezichtautoriteiten (AFM, DNB en NMa) over de bevoegdheid om een zelfstandige last, de aanwijzing te geven.<sup>2</sup> De belangrijkste voorbeelden daarvan zijn te vinden in art. 1:75 lid 1 Wft en art. 171 Pw.<sup>3</sup> Dit zijn algemene aanwijzingsbevoegdheden. Het financiële bestuursrecht kent ook specifieke aanwijzingsbevoegdheden (zie bijvoorbeeld art. 1:59, 3:104, 3:159z, 4:4b, 5:25, 5:25s, 5:32h, 5:32i lid 2, 5:51, 5:61, 5:69, 5:80, 5:89, 6:3 Wft en 197 Pw).<sup>4</sup> In § 9.2 zal een overzicht worden gegeven van deze algemene en specifieke aanwijzingsbevoegdheden in het financieel bestuursrecht.

Ook buiten het financieel bestuursrecht komt deze bevoegdheid voor,<sup>5</sup> en dat in toenemende mate. Er is een nauw verband tussen de

---

1 Mr.dr. O.J.D.M.L. Jansen is juridisch bestuursadviseur en advocaat van de gemeente Den Haag en universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht.

2 Zie art. 1:14 (DNB), 1:25 (AFM) en 1:25a (NMa) Wft.

3 De bevoegdheid ten aanzien van geldtransactiekantoren is met de intrekking van (art. 10) Wgt met de Wijzigingswet Financiële Markten 2012 op 1 juli 2012 opgegaan in de algemene Wft-aanwijzingsbevoegdheid in art. 1:75 Wft die kan worden uitgeoefend jegens wisselinstellingen die als financiële onderneming zijn gedefinieerd. De vergunningsplichten van de wisselinstellingen zijn overigens opgenomen in art. 2:54i en 2:54l Wft.

4 Grundmann-van de Krol (2012), p. 724-736, en meer in het bijzonder p. 726-734.

5 Bijv. art. 56 lid 1 aanhef sub c Mededingingswet; art. 60 lid 2 Gaswet; art. 77h lid 2 Elektriciteitswet 1998; art. 8 Kwaliteitswet zorginstellingen; art. 10 Wet inzake bloedvoorziening; art. 2.23 Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen; en art. 3 Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Klassiek voorbeeld zijn de ambtelijke bevelen uit de Arbeidsomstandighedenwet, thans de eis tot naleving (art. 27 Arbeidsomstandighedenwet) en het ambtelijk bevel tot stillegging van het werk (art. 28 Arbeidsomstandighedenwet).

rechtsfiguur van de aanwijzing of de zelfstandige last met de meer klassieke rechtsfiguur van het ambtelijke bevel, al dan niet gegeven ter handhaving van de openbare orde. Bij het ambtelijke bevel speelt de strafrechtelijke handhaving van de niet-naleving daarvan op basis van art. 184 Sr, met de daarbij behorende 'preventieve bevoegdheden'. Dit alles komt meer uitgebreid aan de orde in de algemene beschouwing over de zelfstandige last in § 9.3.

In art. 5:2 lid 2 Awb is bepaald dat de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen geen bestuurlijke sanctie is in de zin van de Awb. In de toelichtende stukken gaf de regering aan dat tegen het niet uitvoeren van de last vaak met een bestuurlijke sanctie kan worden opgetreden, en dat zij het daarom niet wenselijk achtte om ook deze last binnen de definitie van bestuurlijke sanctie te laten vallen voor zover deze ook naar aanleiding van een overtreding wordt opgelegd. De regering benadrukte hier in de toelichting dat met de last door de wetgever veelal wordt bedoeld dat het bestuur eerst nader concretiseert welke verplichtingen voor de burger uit de overtreden norm voortvloeien, alvorens naleving van die verplichtingen daadwerkelijk door het bestuur kan worden afgedwongen.<sup>6</sup> De regering verwijst hier impliciet naar een wetgevingsbeleid dat hierna nader zal worden besproken in de al genoemde algemene bespreking van de zelfstandige last in § 9.3.

Welnu, de algemene bepalingen over bestuurlijke sancties in de art. 5:4 t/m 5:10 Awb zijn dus niet van toepassing op de aanwijzing. De juridische gevolgen daarvan zijn echter waarschijnlijk niet al te groot. Bij een beroep op het legaliteitsbeginsel, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel (*lex certa*), en bepaalde aspecten van het motiveringsbeginsel moet dan worden teruggevallen op de ongeschreven variant daarvan. In de rechtspraak zal dan aansluiting worden gezocht bij de (jurisprudentie over) de geschreven variant van het betrokken rechtsbeginsel. Ik heb er al op gewezen dat de Awb-wetgever ervoor heeft gekozen om ervan uit te gaan dat een zelfstandige last in veel gevallen volgens de gekozen definitie een bestuurlijke sanctie kan zijn, en expliciet te bepalen dat de Awb-regeling over bestuurlijke sancties niet van toepassing is.

---

6 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 85.*

## 9.2 De zelfstandige last<sup>7</sup> of bindende aanwijzing: een overzicht

In art. 184 Sr is het niet voldoen aan een krachtens wettelijk voorschrift gedaan bevel of vordering van een toezichthouder strafbaar gesteld. De zelfstandige last is een dergelijk bevel of zo een vordering. Voor strafbaarheid van de niet-naleving van een dergelijke vordering is vereist dat een wettelijk voorschrift de bevoegdheid geeft om haar te doen. In plaats van deze strafbaarstelling is regelmatig bepaald dat niet-naleving een economisch delict is, en voorts dat niet-naleving een beboetbaar feit is al dan niet naast een strafbaar feit. De jurisprudentie over art. 184 Sr heeft grote invloed gehad op de vormgeving van de lastgevingen in bijzondere wetgeving. De regeling van de aanwijzing in de huidige wetgeving, waaronder die in het financieel bestuursrecht, bouwt daarop voort.

Omdat één van de elementen van de definitie van 'bestuurlijke sanctie' is dat het een overheidsmaatregel is *in reactie op een overtreding*, is de zelfstandige last gelet op de wijze waarop deze kan worden gebruikt een 'lastige sanctie'. Worden met de last nieuwe normen gecreëerd, al dan niet ter verduidelijking of nadere invulling van open normen of meer algemene zorgplichten, dan is deze last strikt genomen geen bestuurlijke sanctie. Gebeurt datzelfde als reactie op een overtreding van een dergelijke open norm of zorgplicht – en dat zal in veel gevallen zo zijn – dan zou de zelfstandige last strikt genomen wel moeten worden beschouwd als een bestuurlijke sanctie. De zelfstandige last kan zowel een normconcretiserend karakter hebben als een handhavingsinstrument zijn.

Een zelfstandige last of bindende aanwijzing is een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit.<sup>8</sup> In zijn uitspraak van 28 maart 2003<sup>9</sup> overwoog het CBb over de aanwijzingsbevoegdheid in de toenmalige Elektriciteitswet:

“Een dergelijke aanwijzing strekt ertoe om degene tot wie zij zich richt een verplichting op grond van de wet op te leggen dan wel de aard en omvang van een reeds op de betrokkene rustende verplichting op bindende wijze af te bakenen. Het gaat hier dus om een door de wetgever gecreëerd instrument om publiekrechtelijke verplichtingen in het leven te roepen of het bestaan daarvan in

7 Deze term kan worden teruggevoerd op Sluijs (1994). Zie ook De Jong (1997), p. 292 en Blomberg (2000), p.473-478, met name p. 474. Grundmann-van de Krol (2012) spreekt van een last zonder dwangsom, p. 724, Van Leeuwen (2008), p. 110-118, met name p. 117 meent juist dat de bindende aanwijzing meer is dan een last onder dwangsom. Zie ook De Jong (1997), p. 301. Zie voorts De Rijke (2001), p. 231-234.

8 Zie overigens Grundmann-van de Krol (2012), p. 735 (noot 235).

9 CBb 28 maart 2003, *LJN AF7150*. Zie ook CBb 4 februari 2004, *AB 2004*, 298.

rechte vast te stellen. Een bindende aanwijzing kan dan ook zeker beschouwd worden als een besluit in de zin van art. 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daartegen kan dus bezwaar en beroep worden ingesteld.”

Van Leeuwen onderscheidt vier karaktertrekken van de bindende aanwijzing (zelfstandige last).<sup>10</sup> Het gaat volgens hem om een instrument om de naleving van een wettelijk voorschrift te bewerkstelligen. Met het instrument kunnen ruim geformuleerde wettelijke normen nader worden concreetiseerd. Voorts kunnen met een bindende aanwijzing gedetailleerde en concrete gedragsvoorschriften worden gegeven die aansluiten bij de concretisering van de wettelijke norm. Ten slotte kan een bindende aanwijzing een declaratoir besluit zijn doordat ze het bestaan van een op een wettelijk voorschrift gebaseerde verplichting bevestigt en op bindende wijze afbakt. Volgens Van Leeuwen “beweegt de bindende aanwijzing zich op een vlak dat wordt begrensd door handhaving aan de ene zijde en regulering in de zin van (preventieve) norminvulling aan de andere zijde”.<sup>11</sup>

Het is kabinetsbeleid om het gebruik van zorgplichtbepalingen te promoten.<sup>12</sup> Bij de handhaafbaarheid van dergelijke zorgplichten spelen de zelfstandige last en de bindende aanwijzing een belangrijke rol. De formulering van een zorgplicht kan betekenen dat er geen concrete gedragsnormen in zijn vervat. Ofschoon het mogelijk is om met wets-interpreterende beleidsregels de zorgplicht nader te concretiseren, is het gevaar dat handhaving op basis van de zorgplicht door de rechter wordt gezien als het handhaven van een norm die in een beleidsregel is opgenomen, en dat is rechtens niet mogelijk.<sup>13</sup> Indien deze nadere concretisering in een bindende aanwijzing is vervat, is handhaving van de verduidelijkte norm minder problematisch.

Indien de zelfstandige last of bindende aanwijzing niet wordt nageleefd is meestal voorzien in de mogelijkheid om voor die overtreding een sanctie op te leggen. Zo kan op grond van art. 56 lid 2 Mw de NMa een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom opleggen. De bestuurlijke boete bedraagt € 450.000 of 10% van de omzet.

---

10 Van Leeuwen (2006), p. 110-118, met name p. 117 en Van Leeuwen & De Rijke (2012), p. 12-13.

11 Van Leeuwen (2006), p. 110-118, met name p. 117.

12 Zie hierover onder meer Van Ommeren (2012), p. 181-185; Timmer (2011); Jansen (2011); Stijnen & Kruisdijk (2011).

13 Een recent voorbeeld waar de handhaving van een zorgplicht met een last onder dwangsom niet mogelijk bleek is ABRvS 21 december 2011, AB 2012, 210; JB 2012, 33.

De regering heeft op 31 mei 2012 een voorontwerp ter consultatie bekend gemaakt van een wet tot stroomlijning van het markttoezicht dat door de op 1 april 2013 ingestelde ACM – een fusie tussen de NMa, de OPTA en de Ca – wordt uitgeoefend.<sup>14</sup> Eén van de voorgestelde wijzigingen is het aanpassen van de bepalingen in de wetgeving waarmee de ACM is belast. Volgens deze aanpassingen wordt de bindende aanwijzing gedefinieerd als een bijzondere zelfstandige last. De zelfstandige last is de enkele last tot het verrichten van bepaalde handelingen, bedoeld in art. 5:2 lid 4 Awb, ter bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften. De bindende aanwijzing is de wegens een overtreding opgelegde zelfstandige last.<sup>15</sup> Op grond van art. 121 van het genoemde wetsvoorstel kan een bestuurlijke boete voor overtreding van de zelfstandige last worden opgelegd van €450 000 of 1% van de omzet en een last onder dwangsom. Het voorontwerp heeft ook gevolgen voor de Wft. Voorgesteld wordt om in art. 1:25a Wft de art. 1:59 en 1:75 Wft geconditioneerd en niet langer onverkort van overeenkomstige toepassing te verklaren. De verwijzing in art. 1:25a lid 1 Wft naar deze bepalingen wordt vervangen door een nieuw art. 1:25a lid 4 en 5 Wft:

“4. Artikel 1:59 is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat onder de aanwijzing, bedoeld in het eerste lid van dat artikel een bindende aanwijzing als bedoeld in artikel 1 van de Instellingswet Autoriteit en Markt wordt verstaan.  
5. Artikel 1:75 is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat onder de aanwijzing, bedoeld in het eerste lid van dat artikel een bindende aanwijzing als bedoeld in artikel 1 van de Instellingswet Autoriteit en Markt wordt verstaan en dat onder de aanwijzing, bedoeld in het tweede lid van artikel 1:75 een zelfstandige last als bedoeld in artikel 1 van de Instellingswet Autoriteit en Markt wordt verstaan, niet zijnde een bindende aanwijzing als bedoeld in laatstgenoemd artikel.”

Om redenen van rechtseenheid is het te hopen dat de regering deze wijziging in terminologie in alle relevante regelgeving zal aanbrengen, om te beginnen met een aanpassing van alle Wft-aanwijzingsbevoegdheden die daarvoor in aanmerking komen. In de voorgestelde toelichting wordt aangegeven dat het de bedoeling is om terminologie te harmoniseren en

---

14 Voorstel van wet tot Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (31 mei 2012).

15 Zie de definities in de voorgestelde art. 1 Instellingswet Autoriteit Consument en Markt; art. 1 aanhef sub ax en ay Elektriciteitswet 1998; art. 1 aanhef sub as en at Gaswet; art. 1 aanhef sub o en p Mededingingswet; art. 1 aanhef sub h en i Postwet 2009; art. 1 aanhef sub l en m Warmtewet; en art. 1 aanhef sub o Whc.

dat deze harmonisatie is beperkt tot de in art. 5:2 lid 2 Awb bedoelde lasten of aanwijzingen:

“Het gaat dan om normconcretiserende lasten die al dan niet vanwege een overtreding worden opgelegd. Doel van dergelijke lasten is de bevordering van de naleving van wettelijke voorschriften.”<sup>16</sup>

Even verder wordt opgemerkt dat “een zelfstandige last (...) zowel wegens een overtreding [kan] worden opgelegd (bindende aanwijzing) als voorafgaand aan de vaststelling van een overtreding”.<sup>17</sup> De kwalificatie van de zelfstandige last als bindende aanwijzing heeft gevolgen voor het in de voorgestelde regeling opgenomen openbaarmakingsregime omdat deze aanwijzingen op dezelfde wijze worden openbaar gemaakt als bestuurlijke sancties.<sup>18</sup>

### 9.3 De aanwijzing in het financieel bestuursrecht

De aanwijzingsbevoegdheid kan worden onderscheiden in algemene aanwijzingsbevoegdheden en specifieke aanwijzingsbevoegdheden van respectievelijk de AFM, DNB en de ACM.

#### *Algemene aanwijzingsbevoegdheid*

De algemene bevoegdheid om een aanwijzing te geven is geregeld in art. 1:75 Wft<sup>19</sup> en 171 Pw. De bevoegde toezichthouders kunnen deze

---

16 Wetsvoorstel Stroomlijning markttoezicht ACM van 31 mei 2012, p. 4, te raadplegen via <[www.internetconsultatie.nl/materielewetacm](http://www.internetconsultatie.nl/materielewetacm)>.

17 Wetsvoorstel Stroomlijning markttoezicht ACM van 31 mei 2012, p. 8.

18 Wetsvoorstel Stroomlijning markttoezicht ACM van 31 mei 2012, p. 25.

19 Hier en daar zijn er bepalingen die gevolgen hebben voor het werkingssfeer van art. 1:75 Wft. Zo kan DNB de bevoegdheid om een aanwijzing te geven op grond van art. 1:75 Wft buiten toepassing verklaren op een groep banken die bij ministeriële regeling blijvend is aangesloten bij een centrale kredietinstelling (ondertoezichtstelling). In art. 3:299 lid 4 Wft is bepaald dat art. 1:75 van overeenkomstige toepassing is op een onderneming die aan het hoofd staat van een financieel conglomeraat. Vergelijkbare van-overeenkomstige-toepassingverklaringen zijn te vinden in art. 4:6a lid 2, 5:25, en 5:25s Wft. In art. 5:69 Wft is bepaald dat de aanwijzingsbevoegdheid van art. 1:75 Wft van overeenkomstige toepassing is op pensioenfondsen ten aanzien van de regeling van de integere bedrijfsvoering ten aanzien van het optreden op markten in financiële instrumenten in afdeling 5.4.3 Wft, en in art. 5:80 lid 1 Wft is iets vergelijkbaars bepaald ten aanzien van eenieder of doelvennootschap die niet voldoet aan de regels bij of krachtens →

aanwijzing geven indien er sprake is van een overtreding. DNB kan deze bevoegdheid ook aanwenden indien er (nog) geen sprake is van een overtreding, maar van tekenen van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van een financiële onderneming in gevaar kunnen brengen (art. 1:75 lid 2 Wft en 171 lid 2 Pw).

De Wft-bevoegdheid kan uitsluitend worden uitgeoefend jegens in de wet benoemde personen:

- een financiële onderneming, dat wil zeggen:
  - een bank;
  - een beheerder;
  - een beleggingsinstelling;
  - een beleggingsonderneming;
  - een betaaldienstverlener;
  - een bewaarder;
  - een clearinginstelling;
  - een entiteit voor risico-acceptatie;
  - een financiële dienstverlener;
  - een financiële instelling;
  - een pensioenbewaarder;
  - een verzekeraar; en/of
  - een wisselinstelling;
- een vertegenwoordiger van een verzekeraar;
- een houder van een verklaring van geen bezwaar op grond van de art. 3:95, 3:96 of 5:32d Wft;
- een ieder die in of vanuit Nederland bedrijfsmatig buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen aantrekt, ter beschikking verkrijgt of ter beschikking heeft;
- een ieder die in of vanuit Nederland in een andere lidstaat als dienst van de informatiemaatschappij in de uitoefening van een beroep of bedrijf als tussenpersoon werkzaamheden verricht ten behoeve van het buiten besloten kring aantrekken of ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen; en/of
- een marktexploitant.

---

art. 5:74 lid 1, 5:76 lid 2, 5:78 of 5:79 Wft (openbaar bod). Art. 5:89 Wft verklaart art. 1:75 van overeenkomstige toepassing bij het toezicht op ratingbureaus. Op grond van art. 7 Besluit reikwijdte bepalingen geldt art. 1:75 Wft ook voor onderlinge waarborgmaatschappijen.

De bevoegdheid in de Pw<sup>20</sup> kan uitsluitend worden uitgeoefend jegens een pensioenuitvoerder, te weten:

- een ondernemingspensioenfonds;
- een bedrijfstakpensioenfonds;
- een premiepensioeninstelling; en/of
- een verzekeraar die zetel heeft in Nederland.

#### *Specifieke aanwijzingsbevoegdheden van de AFM*

Naast de bevoegdheid om op grond van art. 1:75 Wft een (bindende) aanwijzing te geven, beschikt de AFM over de specifieke aanwijzingsbevoegdheden van art. 5:25 lid 1 en 5:25s Wft. De AFM kan op grond van deze bepalingen ten aanzien van een uitgevende instelling, aanbieder of aanvrager van de toelating van effecten tot de handel op een gereguleerde markt een aanwijzing geven indien die persoon niet voldoet aan de regels voor het aanbieden van effecten of de Prospectusverordening. De AFM kan aan een GM, een MTF of een SI de aanwijzing geven om de handel in een bepaald financieel instrument op te schorten. Op grond van art. 5:32h Wft kan de aanwijzing ook worden gegeven aan een markt-exploitant. Vervolgens kan de AFM de rechtbank verzoeken het desbetreffende financieel instrument van de handel uit te sluiten (art. 5:32h lid 2 Wft). In art. 4:4b Wft zijn vergelijkbare bevoegdheden opgenomen ten aanzien van een beleggingsonderneming die een MTF exploiteert.<sup>21</sup>

Indien een bestuurder of commissaris een onjuiste melding heeft gedaan over zeggenschap en kapitaalbelang of ten onrechte geen melding heeft gedaan zoals vereist in art. 5:48 Wft, kan de AFM de aanwijzing geven om alsnog de vereiste melding te doen (art. 5:51 Wft). In art. 5:61 lid 1 Wft is een vergelijkbare aanwijzingsbevoegdheid opgenomen bij een onjuiste of nagelaten melding die op grond van art. 5:60 Wft is vereist.

#### *Specifieke aanwijzingsbevoegdheden van DNB*

Op grond van art. 1:75 lid 2 Wft kan DNB een zelfstandige last (aanwijzing) geven indien “[h]ij tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van die financiële

---

20 Zie voor enkele recente voorbeelden uit de jurisprudentie: Rb Rotterdam 15 maart 2012, L/JN BV9210; P/J 2012, 92; Rb Rotterdam 24 november 2011, L/JN BU6966; JOR 2012/153; Rb Rotterdam 4 augustus 2011, L/JN BR4189; P/J 2011, 125; JOR 2012/12; Rb Rotterdam 14 maart 2011, L/JN BP7721; JOR 2011/183; P/J 2011, 74; RF 2011, 56.

21 Zie Grundmann-van de Krol (2012), p. 727.



onderneming in gevaar kunnen brengen". Hier valt nog te wijzen op de regeling van het overdrachtsplan bij probleeminstellingen (afdeling 3.5.4a Wft) die met de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen aan de Wft is toegevoegd. Op grond van art. 3:104 lid 3 Wft kan DNB met een aanwijzing ingrijpen in een verboden gekwalificeerde deelneming (art. 3:95 Wft).<sup>22</sup> In art. 3:295 Wft is voor de bevoegdheid om een aanwijzing te geven ten aanzien van financiële conglomeraten een bijzondere regeling gegeven om de handhaving te coördineren tussen meer toezichthouders.

#### *Specifieke aanwijzingsbevoegdheden van de ACM*

De ACM, vóór 1 april 2013 de NMa, is sinds 1 november 2009 belast met het toezicht op de naleving van de regels voor de toegang tot betalingssystemen. In art. 5:88 lid 1 Wft is voorgeschreven dat de toegang van betaaldienstverleners tot een betalingssysteem niet afhankelijk mag worden gesteld van andere regels dan regels die objectief, niet-discriminerend, evenredig en noodzakelijk zijn voor de bescherming van het betalingssysteem tegen specifieke risico's en voor de bescherming van de financiële en operationele stabiliteit van het betalingssysteem. Deze norm geldt naast het materiële mededingingsrecht (zoals het kartelverbod en het verbod misbruik economische machtspositie).

Bij de handhaving van overtredingen van art. 5:88 Wft beschikt de NMa over de Wft-handhavingsbevoegdheden, waaronder de bevoegdheid om een aanwijzing te geven op grond van art. 1:59 en 1:75 Wft. Voor de NMa (ACM) geldt de verplichting om in voorkomend geval de AFM en DNB een redelijke termijn te geven om hun zienswijze te geven (art. 1:25a lid 3 jo. 1:47 lid 1 Wft) indien de voorgenomen aanwijzing ertoe strekt om bijvoorbeeld een beleidsbepalende persoon in de onderneming heen te zenden.

## **9.4 De inhoud en de juridische grenzen van de aanwijzing**

Uit de jurisprudentie en de vergelijking met vergelijkbare bevoegdheden in andere wetgeving kan een aantal eisen worden gedestilleerd die gelden voor de aanwijzing in het financieel bestuursrecht.

---

<sup>22</sup> Zie Grundmann-van de Krol (2012), p. 728 en Doets & Tillema (2010), p. 872.

Voorop staat dat net als bij de meeste zelfstandige lasten of bindende aanwijzingen het geval is, het geven van een aanwijzing in het financieel recht berust op een discretionaire bevoegdheid. Het bevoegde bestuursorgaan is niet verplicht de last of aanwijzing te geven.<sup>23</sup>

*Een redelijke termijn*

Art. 1:75 Wft eist dat de toezichtautoriteit een redelijke termijn stelt binnen welke gevolg moet zijn gegeven aan de aanwijzing. De tekst komt op dit punt overeen met art. 5:20 lid 1 Awb.<sup>24</sup> Wat een redelijke termijn is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De termijn kan in bepaalde gevallen zeer kort zijn.<sup>25</sup>

*Een tijdsbepaling*

Het ligt voor de hand dat in de aanwijzing ook kan worden opgenomen dat deze betrekking heeft op een bepaalde periode. De te stellen tijdsbepaling heeft uiteraard niet alleen gevolgen voor de degene tot wie de aanwijzing is gericht, maar bijvoorbeeld ook voor concurrenten. De bestuursrechter kan dan onder omstandigheden het bestreden besluit vernietigen en met zijn bevoegdheid zelf te voorzien deze tijdsbepaling verwijderen.<sup>26</sup>

*De omschrijving van de te volgen gedragslijn (rechtszekerheid)*

In art. 1:75 lid 1 Wft en 171 lid 1 Pw is bepaald dat de aanwijzing moet aangeven op welke punten een bepaalde gedragslijn moet worden gevolgd door degene tot wie de aanwijzing is gericht. Op dit punt is de aanwijzing vergelijkbaar met de eisen die aan een toezichtvordering worden gesteld, alsmede met het voor de last onder bestuursdwang en last onder dwangsom geldende voorschrift dat de last de te nemen herstelmaatregelen moet omschrijven (art. 5:24 lid 1 en 5:32a lid 1 Awb). Voor de laatste lasten geldt op grond van het rechtszekerheidsbeginsel de eis dat de omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen zo nauwkeurig moet zijn dat de belanghebbenden niet in het duister behoeven te tasten omtrent hetgeen zij hebben te doen of na te laten om toepassing van

---

23     CBb 10 maart 2004, AB 2004, 326; CBb 23 april 2004, AB 2004, 219; CBb 28 mei 2004, AB 2004, 399 en CBb 10 september 2004, 410.

24     Zie daarover Jansen (1999), p. 37.

25     Zie de annotatie van B.A. Jong bij Vزر. Rb Rotterdam 20 augustus 2007, JOR 2007/246.

26     Zie bijv. CBb 23 juli 2012, LJN BX4120.

bestuursdwang of verbeurte van de dwangsom te voorkomen.<sup>27</sup> Het spreekt vanzelf dat de gedragslijn uitvoerbaar moet zijn.

*De buitengrenzen van de aanwijzing*

Ook voor de aanwijzing geldt dat deze niet meer kan opdragen aan de geadresseerde dan noodzakelijk is gelet op het doel waarvoor de aanwijzing wordt gegeven. Dit zijn de 'oevers' van de concretisering die in de aanwijzing mag worden neergelegd.<sup>28</sup> De aanwijzing mag slechts die gedragingen voorschrijven die de overtreding doen beëindigen, of die het gevaar in de bedrijfseconomische ontwikkeling van de financiële onderneming afwenden dat de aanleiding vormde voor de aanwijzing. De grens is vergelijkbaar met de eis die in de jurisprudentie aan de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom wordt gesteld.<sup>29</sup> In zijn uitspraak van 4 februari 2004<sup>30</sup> oordeelde het CBb over een bindende aanwijzing die op grond van de Elektriciteitswetgeving kan worden gegeven 'in verband met de naleving van de wet'. Omdat in die situatie geen sprake was van onvoldoende naleving nam het CBb aan dat de bindende aanwijzing geen feitelijke grondslag had.

*Aantasting van overeenkomsten*

In art. 1:75 lid 3 Wft is bepaald dat de aanwijzing niet mag strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen de persoon tot wie de aanwijzing is gericht en derden. Deze bepaling moet worden gezien in verband met art. 1:23 Wft waarin is bepaald dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling niet door strijd met het bepaalde bij of krachtens de Wft wordt aangetast, tenzij de wet anders bepaalt. Deze opmerkelijke beperking komt voor zover ik weet alleen voor in het financiële bestuursrecht. Zij ontbreekt in het economische bestuursrecht.<sup>31</sup>

---

27 Van Buuren e.a. (2011), p. 48-50, 59-61. Zie ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 77; ABRvS 9 augustus 2006, L/JN AY5893; ABRvS 19 december 2007, L/JN BC0553; ABRvS 5 juni 2009, AB 2009, 299; ABRvS 10 augustus 2011, L/JN BR4631. Zie over lasten die in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel te onbepaald zijn ook CBb 30 september 2010, L/JN BO4072 en CBb 22 maart 2011, L/JN BP9342.

28 Zie Van Leeuwen & De Rijke (2012), p. 13.

29 Van Buuren e.a. (2011), p. 60. Zie ABRvS 11 juni 2007, L/JN BA7563; ABRvS 14 oktober 2009, ABkort 2009, 437.

30 CBb 4 februari 2004, AB 2004, 298.

31 Voor de ACM betekent dit dat zij bij de handhaving van art. 5:88 Wft dit gebod in acht moet nemen en bij al haar andere bevoegdheden om een zelfstandige last of bindende aanwijzing te geven niet.

In de toelichtende stukken<sup>32</sup> merkt de regering op dat een aanwijzing door de toezichthouder niet kan worden aangewend om contractuele relaties tussen de persoon aan wie de aanwijzing wordt gegeven en anderen aan te tasten. Volgens haar strekt de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing er uitsluitend toe om een persoon die een bij of krachtens de Wft gegeven bepaling heeft overtreden te corrigeren. De aanwijzing is volgens haar een reparatoire sanctie die is gericht op het beëindigen of ongedaan maken van een overtreding van een publiekrechtelijk voorschrift dan wel het voorkomen van herhaling ervan. De aanwijzing kan derhalve geen gebod bevatten voor een financiële onderneming om overeenkomsten te (laten) wijzigen die met individuele cliënten zijn gesloten. Ook indien een uitgevende instelling bijvoorbeeld effecten heeft uitgegeven terwijl daarvoor in strijd met de wet geen goedgekeurd prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld, kan de uitgevende instelling in een aanwijzing geen gebod worden opgelegd om kopers van die effecten de mogelijkheid te bieden hun koopovereenkomsten te heroverwegen. Deze opvatting zou in overeenstemming zijn met de op dat moment bestaande jurisprudentie.<sup>33</sup>

In de belangrijke uitspraak van 7 april 2011 inzake Investerra<sup>34</sup> interpreteerde het CBb de zinsnede 'strekt niet tot aantasting van' in art. 1:75 lid 3 Wft direct in verband met de terminologie 'aantastbaar' in art. 1:23 Wft. Die bepaling werd door de wetgever opgenomen om de onzekerheid over de werking van art. 3:40 lid 2 BW weg te nemen, waarin is bepaald dat een rechtshandeling in strijd met de wet nietig of vernietigbaar is.<sup>35</sup> Volgens het CBb bevat art. 1:75 lid 3 Wft een verbod om door middel van de aanwijzing met terugwerkende kracht in te grijpen in een tussen de financiële instelling en derden gesloten overeenkomst. De aanwijzing om het beheer van de reeds afgesloten overeenkomsten te staken waarover het CBb oordeelde, had betrekking op een voortdurende overtreding en beoogde om de overtreding op basis van de reeds bestaande overeenkomsten in de toekomst te beëindigen. Een dergelijke aanwijzing is volgens het college niet in strijd met art. 1:75 lid 3 Wft.

---

32 *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 41, p. 62-63.

33 De regering verwijst naar Rb Rotterdam 5 april 2005, *JOR* 2005/126 en 28 januari 2005, *JOR* 2005/68.

34 CBb 7 april 2011, *LJN* BQ0538; *JOR* 2011/187; RF 2011/51.

35 *Kamerstukken II 2005/06*, 29 708, nr. 19, p. 304, 390-395.

Deze beperking in inhoud van de aanwijzing is van overeenkomstige toepassing verklaard in een aantal bepalingen,<sup>36</sup> maar niet in alle.<sup>37</sup> Waarschijnlijk kan art. 1:23 Wft in de gevallen waarin deze beperking niet van overeenkomstige toepassing is verklaard 'achtervang' zijn.

Het is inderdaad opmerkelijk dat deze beperking wel bij een aanwijzing geldt en niet bij een last onder dwangsom. Echter, en anders dan Grundmann-van de Krol<sup>38</sup> evenals de voorzieningenrechter van Rotterdam in een uitspraak van 15 september 2010,<sup>39</sup> dat betekent mijns inziens niet dat het voor de hand lijkt te liggen om deze beperking ook te laten gelden voor de last onder dwangsom. In het algemeen bestuursrecht en in het gehele economisch bestuursrecht komt deze beperking niet voor, en er is daar mijns inziens ook geen behoefte aan. Het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel hebben op die terreinen kennelijk bevredigende werking, en ik zie niet in waarom dat in het financieel bestuursrecht anders zou zijn.

#### *Inspanningsverplichting*

In een reeks van uitspraken heeft ABRvS duidelijk gemaakt dat de medewerkingsplicht van art. 5:20 lid 1 Awb slechts een inspanningsverplichting behelst.<sup>40</sup> Naar ik meen geldt dat ook voor de zelfstandige last en bindende aanwijzing.

### **9.5 De procedure bij het opleggen van een aanwijzing**

De aanwijzing is een besluit en meer precies een beschikking.<sup>41</sup> Dit besluit dient te worden genomen in overeenstemming met de regels van zowel de Wft als de Awb. Dat betekent dat het besluitvormingsrecht van toepassing is van met name de hoofdstukken 3 en 4 Awb. Zo moet het geven van een

36 Zie bijv. art. 5:25, tweede lid, en 5:25s, tweede lid, Wft

37 Bijv. art. 3:104, derde lid, 5:69, 5:80, eerste lid, Wft. Zie hierover Grundmann-van de Krol (2012), p. 733-734.

38 Grundmann-van de Krol (2012), p. 734.

39 Vzr. Rb Rotterdam 15 september 2010, *LJN* BN9381; *JOR* 2010/311; *RF* 2011,6.

40 ABRvS 8 december 2010, *AB* 2011, 289; *JB* 2011, 26; *JV* 2011, 55. Een recent voorbeeld: ABRvS 18 juli 2012, *LJN* BX1878.

41 In Vzr. Rb Rotterdam 20 augustus 2007, *LJN* BB3123; *JOR* 2007, 246; *RF* 2007, 74. Boober nam de voorzieningenrechter nog aan dat een aanwijzing waarin de reeds bestaande wettelijke verplichting was verwoord (een declaratoir besluit met andere woorden) geen besluit is en gebruikte hij het daarin vervatte bestuurlijk rechtsoordeel als het aanknopings punt om de aanwijzing toch een besluit te →

aanwijzing het resultaat zijn van een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en omstandigheden (art. 3:2 Awb) en gebaseerd zijn op een deugdelijke belangenafweging (art. 3:4 lid 2 Awb).

Omdat in het financieel bestuursrecht de samenwerking tussen de bevoegde toezichtautoriteiten van groot belang is, is in art. 1:47 Wft bepaald dat een besluit tot het geven van een aanwijzing die strekt tot het heenzenden van een beleidsbepaler niet kan worden genomen zonder dat de ene autoriteit de andere een redelijke termijn heeft geboden om daarover zijn zienswijze uit te brengen. Op grond van art. 1:25a lid 3 Wft geldt dit ook ten aanzien van de ACM.

Meestal zal de adressaat van de aanwijzing tevoren moeten worden gehoord op grond van art. 4:8 Awb en wordt er eerst een voornemen tot het geven van een aanwijzing toegezonden. Op haar website heeft de AFM kenbaar gemaakt dat de adressaat geacht wordt dan binnen de opgegeven termijn zijn zienswijze te geven en wijst de AFM erop dat een goede onderbouwing van de zienswijze noodzakelijk is. Indien de AFM de adressaat eerder al heeft gehoord en zich intussen geen nieuwe feiten en omstandigheden hebben voorgedaan, ziet de AFM af van deze 'voor-fase' voorafgaand aan het besluit tot het geven van de aanwijzing.

In zijn uitspraak van 21 februari 2012<sup>42</sup> oordeelde het CBB over de stelling van de betrokkene dat ten onrechte een aanwijzing was opgelegd terwijl niet eerst de gelegenheid was geboden om zijn zienswijze op het voornemen of ontwerp te geven. Het College oordeelt dat hij niet in zijn belangen is geschaad omdat hij die gelegenheid in de bezwaarprocedure heeft gehad (art. 6:22 Awb).

Zoals we hebben gezien is de aanwijzing een zelfstandige last in de zin van art. 5:2 lid 2 Awb. Dat betekent dat de Awb-regeling over bestuurlijke sancties niet van toepassing is op de aanwijzing. Het ligt echter zeer voor de hand dat in de praktijk daarbij zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht. Zo zal de bestuursrechter bij een beroep op het legaliteitsbeginsel of het *lex certa*-beginsel aansluiting zoeken bij art. 5:4 Awb en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Ook kan ik me niet voorstellen dat er ten aanzien van de motivering van de aanwijzing ander recht zal gelden dan in art. 5:9 Awb.

---

achter. Deze lijn was toen al gelet op vaste jurisprudentie van het CBB (over de bindende aanwijzing in het economisch bestuursrecht) onjuist. Zie CBB 28 maart 2003, LJV AF7150 en CBB 4 februari 2004, AB 2004, 298 en Van Leeuwen (2006), p. 113-114.

42 CBB 21 februari 2012, LJV BV7304; AB 2012, 84.

Voor een aantal bijzondere situaties geeft de Wft speciale proceduurevoorschriften. Zo is in art. 3:159x lid 1 aanhef sub c Wft bepaald dat een probleeminstelling zich bij de rechtbank kan verweren tegen een aanwijzing. Een vergelijkbare mogelijkheid is opgenomen in art. 3:162b lid 1 aanhef sub c Wft.

## **9.6 De overtreding van de zelfstandige last of bindende aanwijzing**

Anders dan in het economisch bestuursrecht het geval is, hebben DNB en de AFM niet de bevoegdheid om voor de overtreding van de aanwijzing op grond van art. 1:75 Wft een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen.<sup>43</sup> Niet-naleving van deze aanwijzing is bovendien geen economisch delict. De vergelijkbare bevoegdheid was bij de rechtsvoorgangers van de Wft wel aangewezen als een economisch delict. Kennelijk is bij de totstandkoming van de Wft besloten om het niet-opvolgen van een (bindende) aanwijzing niet zelfstandig te sanctioneren. De aanwijzing wordt veelal gegeven bij een overtreding, en voor die overtreding kan meestal wel een bestuurlijke sanctie worden opgelegd. Zo schrijven Blomberg en Rogier:

“Door het niet opvolgen van een aanwijzing toch zelfstandig te sanctioneren zou de limitatieve opsomming in de Wft van de grondslagen waarvoor een punitieve (boete) of reparatoire sanctie (dwangsom) kan worden opgelegd worden ondergraven. Verder zou het niet nodig zijn om een dwangsom of boete op te leggen naar aanleiding van het niet opvolgen van de aanwijzing. Indien de overtreding waarvoor een aanwijzing is afgegeven voortduurt en er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan van handhaving moet worden afgezien, zal bestuurlijke sanctionering van deze overtredingen mogelijk zijn in de vorm van een verdergaande aanwijzing, een andere bestuurlijke sanctie of de benoeming van een stille curator. Ook een aangifte bij het Openbaar Ministerie – van de onderliggende overtreding wel te verstaan – is in een dergelijk geval geenszins denkbeeldig.”<sup>44</sup>

---

43 Er is hierop overigens een klein aantal uitzonderingen. Zowel een last onder dwangsom als een bestuurlijke boete kan worden opgelegd voor de aanwijzing zich te onthouden van medewerking aan een openbaar bod (zie art. 5:51 lid 1, 5:61 lid 1 en 5:80 lid 2 Wft). Zie Grundmann-van de Krol (2012), p. 735-736.

44 Blomberg & Rogier (2011). Zij verwijzen nog naar: Rogier (2006a), p. 48 en Schoenmaker & Ten Westeneind (2006), p. 49-50 en *Kamerstukken II 2004/05*, 29 708, nr. 3.

Ik zie niet in waarom er bij de handhaving van zelfstandige lasten en bindende aanwijzingen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen het financieel bestuursrecht en het overige economische bestuursrecht. Het karakter van de aanwijzing in het financieel bestuursrecht wijkt niet af van het karakter daarvan in het economische bestuursrecht. Juist omdat een van de bedoelingen van de aanwijzing is om de persoon tot wie deze is gericht te binden aan een voorgeschreven gedragslijn die is gebaseerd op de concretisering van een wettelijk voorschrift, verdient het niet-naleven ervan afzonderlijke sanctionering. Het niet-naleven van een opdracht van het openbaar gezag is bovendien een ander feit dan de overtreding die de aanleiding is om deze opdracht te geven. Opgemerkt zij, dat nu de wetgever zich daarover niet expliciet heeft uitgelaten, de vervolging van de overtreding van de aanwijzing op grond van art. 184 Sr mogelijk lijkt.

Indien de aanwijzing niet wordt nageleefd, dan verbindt de Wft daaraan in specifieke gevallen een aantal gevolgen. Zo regelt art. 1:67 Wft dat indien een clearinginstelling of natura-uitvaartverzekeraar met zijn zetel in een andere EU-lidstaat de aanwijzing niet naleeft de toezichthouder het besluit kan nemen dat de betrokken clearinginstelling of natura-uitvaartverzekeraar geen nieuwe overeenkomsten in Nederland mag afsluiten door middel van het verrichten van diensten.<sup>45</sup>

Het niet-naleven van een aanwijzing kan voorts aanleiding zijn voor het benoemen van een curator (art. 1:76 lid 2 aanhef sub a en lid 3 aanhef sub a Wft). In art. 3:105 lid 3 aanhef sub b Wft is geregeld dat DNB de op grond van art. 3:95 lid 1 Wft afgegeven verklaring van geen bezwaar tegen een gekwalificeerde deelneming in een financiële onderneming geheel of gedeeltelijk kan intrekken indien de aanwijzing niet wordt nageleefd. In art. 4:54 Wft is bepaald dat de AFM de rechtbank kan verzoeken een beleggingsmaatschappij òf het vermogen van een beleggingsfonds te ontbinden òf te vereffenen indien de aanwijzing niet of niet genoegzaam wordt nageleefd. En ten slotte: een aanwijzing is een toezichtantecedent in het kader van de betrouwbaarheidstoetsing van (mede)beleidsbepalers.<sup>46</sup>

---

45 Zie voor vergelijkbare bevoegdheden: art. 1:58 lid 3, 1:58b lid 2, 1:58d, 1:66, 1:67 en 1:77 Wft.

46 Het is een toezichtantecedent genoemd in (het conflict met een toezichthouder dat heeft geleid tot een maatregel), Zie art. 4.1, 5 en 6 aanhef sub c Bijlage A bij het Bpr Wft; art. 4.1, 12 en 13 aanhef sub c Bijlage C bij het Bgfo Wft; en art. 4.1 Bijlage bij het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft.



## 9.7 Slot

De aanwijzing is in het bestuursrecht een handhavings- en reguleringsinstrument dat steeds belangrijker lijkt te worden. Deze bevoegdheid is een kandidaat voor een algemene regeling in de Awb. In het economisch bestuursrecht wordt de regeling van de aanwijzing geharmoniseerd en dat raakt ook lichtjes de Wft (m.n. art. 1:25a Wft). Er wordt daarbij een strikt onderscheid gemaakt tussen een zelfstandige last naar aanleiding van een overtreding (als bestuurlijke sanctie) en een zelfstandige last om de naleving van de wet te bewerkstelligen (een reguleringsinstrument). Dit onderscheid heeft rechtstreeks te maken met de afstemming op art. 5:2 lid 2 Awb.

Alleen al binnen het financiële bestuursrecht is de bevoegdheid niet optimaal geharmoniseerd, zoals blijkt uit de omstandigheid dat de beperking ten aanzien van overeenkomsten (art. 1:75 lid 3 Wft) niet steeds van overeenkomstige toepassing is verklaard. Voorts is de omstandigheid dat het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete meestal niet, maar soms wel mogelijk is voor het overtreden van de aanwijzing, daarvan een voorbeeld. Een derde voorbeeld is dat er tal van van-overeenkomstige-toepassing-verklaringen noodzakelijk zijn ten aanzien van personen die niet in art. 1:75 Wft worden genoemd. Die lijst van personen dient eenvoudigweg te vervallen.<sup>47</sup>

In zijn algemeenheid verdient het de aanbeveling bij de regeling van de aanwijzing het financieel bestuursrecht beter af te stemmen op het overige (economisch) bestuursrecht. Er moeten effectieve bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd voor de overtreding van de aanwijzing en de beperking van de aanwijzing ten aanzien van overeenkomsten zou moeten kunnen vervallen. Het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 lid 2 Awb) brengt mijns inziens al mee dat het in beginsel niet mogelijk is om de aanwijzing op meer betrekking te laten hebben dan de uitvoering van een overeenkomst in de toekomst.

---

<sup>47</sup> Om de een of andere reden heeft men in het financieel bestuursrecht de onbedwingbare neiging om te trachten de werkelijkheid van normadressaten in een wettelijke lijst te vangen. Ik verwijs naar de eerdere regeling van de personen jegens wie toezichtbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend (art. 29 Wte 1995), die terecht niet meer wordt gehanteerd.

