

ECLI:NL:RBROT:2021:2276

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Rotterdam, 03-03-2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2276, ROT 20/6552

Wft - openbare waarschuwing - de voorzieningenrechter betwijfelt of de Regeling aanpak flitskrediet in overeenstemming is met artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel. - toewijzing verzoek

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	03-03-2021
Datum publicatie	22-03-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2021:2276
Zaaknummer	ROT 20/6552
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Rechtsgebied	Staats- en bestuursrecht
Overige publicaties	JOR 2021/126 met annotatie van Pronk, W.M.A.

UITSpraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 20/6562

uitspraak van de voorzieningenrechter van 3 maart 2021 op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak tussen

[Verzoekster], gevestigd te [plaatsnaam] ([land]), verzoekster ([verzoekster]),
gemachtigden: mr. C.A. Doets en mr. M.C. van Heezik,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster (AFM),
gemachtigden: mr. C. de Rond, mr. M.R. Botman en mr. M. Feenstra.

Procesverloop

Bij besluit van 4 december 2020 (het bestreden besluit) heeft de AFM besloten om met een openbare waarschuwing de overtreding van [verzoekster] van artikel 115a van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) openbaar te maken.

[Verzoekster] heeft bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Voorts heeft zij de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van dit besluit.

Het onderzoek ter zitting heeft met gesloten deuren plaatsgevonden te Dordrecht op 17 februari 2021. De gemachtigden van [verzoekster] zijn verschenen. [Naam 1] van [verzoekster] heeft de zitting via een beeld- en geluidverbinding bijgewoond. De AFM is ter zitting vertegenwoordigd door haar gemachtigden, vergezeld door [naam 2], [naam 3] en [naam 4], allen werkzaam bij de AFM.

Overwegingen

- 1.1. [Verzoekster] [informatie over verzoekster] en is gevestigd in [land], van waaruit zij via haar website(s) krediet aanbiedt in Nederland. [Verzoekster] heeft geen vergunning van de AFM of De Nederlandsche Bank.
- 1.2. Niet is in geschil dat het aanbieden van krediet door [verzoekster] voldoet aan de definitie van dienst van de informatiemaatschappij, dat deze dienst wordt verleend vanuit een andere lidstaat en dat [verzoekster] dus een beroep kan doen op artikel 1:16, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft).
- 1.3. Op grond van artikel 1:16, eerste lid, van de Wft is deze wet, met uitzondering van de artikelen 2:36, tweede tot en met vierde lid, 2:38, 2:39 en 2:46, niet van toepassing 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 en die worden verleend door een financiële onderneming vanuit een vestiging in een andere lidstaat. Op grond van het tweede lid van dit artikel kan Onze Minister, indien ter bescherming van een van de belangen, bedoeld in het zesde lid, onderdeel a, van artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, maatregelen noodzakelijk zijn, zonodig met toepassing van het zesde lid van dat artikel besluiten dat het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen en de daarop gebaseerde bepalingen geheel of gedeeltelijk, in afwijking van het eerste

lid, van toepassing is op een bepaalde financiële dienst als bedoeld in dat lid.

- 1.4. Op grond van artikel V, eerste lid, van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel voldoen diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, aan de daarvoor in de lidstaat van de Europese Unie van vestiging van de dienstverlener geldende bepalingen die vallen binnen het gecoördineerd gebied als bedoeld in Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Gemeenschappen van 8 juni 2000, betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

Op grond van het zesde lid van dit artikel kunnen in afwijking van het eerste lid maatregelen worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij, indien:

a. de maatregelen noodzakelijk zijn in verband met:

- de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder begrepen de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen,
- de bescherming van de volksgezondheid,
- de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie,
- de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers;

b. de maatregelen niet verder gaan dan nodig is om aantasting van de onder a genoemde belangen op te heffen of een ernstig gevaar daarvoor af te wenden;

c. de lidstaat waar de verlener van de desbetreffende dienst is gevestigd tevoren is verzocht maatregelen te nemen, maar deze niet of in onvoldoende mate zijn genomen, alsmede de Europese Commissie en deze lidstaat tevoren in kennis zijn gesteld van het voornemen de maatregelen te nemen.

Op grond van het zevende lid van dit artikel kan in gevallen waarin in verband met de in het zesde lid, onder a, genoemde belangen onverwijld moet worden opgetreden, worden afgeweken van het zesde lid, onder c. In dat geval worden de Europese Commissie en de desbetreffende lidstaat onverwijld in kennis gesteld van de genomen maatregelen en van de redenen waarom van het zesde lid, onder c, is afgeweken.

Met artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel is artikel 3 van Richtlijn 2000/31/EG geïmplementeerd in het Nederlandse recht.

- 1.5. Bij de Regeling aanpak flitskrediet (Staatscourant 2019 nr. 54568) heeft de Minister van Financiën, gelet op artikel 1:16, tweede lid, van de Wft, besloten dat aan de Uitvoeringsregeling Wft na hoofdstuk 1 een hoofdstuk wordt ingevoegd, luidende:
“Hoofdstuk 1a. Consumptief krediet

Bepaling ter uitvoering van artikel 1:16, tweede lid, van de wet

Artikel 1a

Artikel 115a van het Besluit Gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft is tevens van toepassing op het in Nederland aanbieden van krediet, niet zijnde hypothecair krediet, aan consumenten door een financiële onderneming vanuit een vestiging in een andere lidstaat dat kan worden aangemerkt als de verlening van diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 2 van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG 2000, L 178).”

- 1.6. Op grond van artikel 115a van het BGfo rekent een aanbieder van krediet geen hogere kredietvergoeding dan op grond van het Besluit kredietvergoeding ten hoogste toegelaten kredietvergoeding

Dit artikel is een uitwerking van artikel 4:35 van de Wft, op grond waarvan bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot de ten hoogste toegelaten kredietvergoeding bij krediet, niet zijnde hypothecair krediet.

Standpunt AFM

- 1.7. De AFM heeft na onderzoek geconcludeerd dat [verzoekster] vele malen meer kredietvergoeding in rekening brengt aan consumenten dan op grond van het Besluit kredietvergoeding is toegestaan en dat dus artikel 115a van het BGfo wordt overtreden door [verzoekster].

- 1.8. Op grond van artikel 1:94, tweede lid, van de Wft kan de toezichthouder met een openbare waarschuwing elke overtreding van een ingevolge deze wet gesteld voorschrift of verbod en de naam van de overtreder openbaar maken, indien dat naar het oordeel van de toezichthouder nodig is om het publiek snel en effectief te informeren teneinde schade te voorkomen of te beperken.

2. Bij het bestreden besluit heeft de AFM besloten om op grond van artikel 1:94, tweede lid, van de Wft met een openbare waarschuwing de overtreding van [verzoekster] van artikel 115a van het BGfo openbaar te maken.

Standpunt [verzoekster]

3. [Verzoekster] betoogt primair dat geen uitvoering mag worden gegeven aan het bestreden besluit, omdat dit is gebaseerd op de Regeling aanpak flitskredieten die onmiskenbaar onverbindend is wegens strijd met het Unierecht en daarom niet aan [verzoekster] kan worden tegengeworpen.

Volgens [verzoekster] is de onverenigbaarheid van de Regeling aanpak flitskrediet met het Unierecht in de eerste plaats gelegen in het feit dat artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG slechts beperkingen van het vrij verkeer toestaat voor “een specifieke financiële dienst die door een bepaalde marktdeelnemer wordt verstrekt”. De restrictieve en uitputtende afwijkingmogelijkheid van artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG verzet zich volgens [verzoekster] tegen algemene beperkende maatregelen voor een gehele categorie van financiële diensten, zoals de Regeling aanpak flitskrediet die gericht is op alle online aanbieders van kortlopende kredieten ongeacht hun lidstaat van oorsprong

In de tweede plaats is volgens [verzoekster] sprake van een schending van een wezenlijk procedureel vereiste, omdat de lidstaat van oorsprong van [verzoekster], te weten [land], niet conform de voorwaarde voor een beperking van het vrij verkeer is verzocht de door de AFM en het Ministerie van Financiën gewenste beschermende

maatregelen te nemen. Op grond van vaste Europese rechtspraak (Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof), 19 december 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112, Airbnb Ireland, punt 94) kan de Regeling aanpak flitskrediet als gevolg van deze schending van dit wezenlijke formele vereiste volgens [verzoekster] niet aan haar worden tegengeworpen.

In de derde plaats voldoet de Regeling aanpak flitskrediet volgens [verzoekster] niet aan de materiële voorwaarden van de in artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG opgenomen restrictieve en uitputtende mogelijkheid tot het nemen van beperkende maatregelen.

Beoordeling in het kader van de voorlopige voorziening

- 3.1. De vraag die hier centraal staat is of, naar voorlopig oordeel, kan worden geoordeeld dat de Regeling aanpak flitskrediet een toegestane beperking is van het beginsel van vrij verkeer in de zin van Richtlijn 2000/31/EG.

Volgens artikel 3, eerste lid, van Richtlijn 2000/31/EG zorgt iedere lidstaat ervoor dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.

Volgens het tweede lid van dit artikel mogen de lidstaten het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.

Volgens het vierde lid van dit artikel kunnen de lidstaten maatregelen nemen om voor een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij van lid 2 af te wijken, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

a. a) De maatregelen moeten:

i. i) noodzakelijk zijn voor een van de volgende doelstellingen:

- de openbare orde, in het bijzonder de preventie van, het onderzoek naar, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten, waaronder de bescherming van minderjarigen en de bestrijding van het aanzetten tot haat wegens ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit en van schendingen van de menselijke waardigheid ten aanzien van individuen,

- de bescherming van de volksgezondheid,

- de openbare veiligheid, met inbegrip van het waarborgen van de nationale veiligheid en defensie,

- de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers;

ii) worden genomen ten aanzien van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij waardoor afbreuk wordt gedaan aan de onder i) genoemde doelstellingen of een ernstig gevaar daarvoor ontstaat;

iii) evenredig zijn aan die doelstellingen.

b) De lidstaat moet, alvorens de betrokken maatregelen te nemen en onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen:

- de in lid 1 bedoelde lidstaat verzoeken maatregelen te nemen, maar deze is daar niet of onvoldoende op ingegaan;

- de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat in kennis stellen van zijn voornemen om de betrokken maatregelen te nemen.

Volgens het vijfde lid van dit artikel kunnen de lidstaten in urgente gevallen afwijken van de in lid 4, onder b), genoemde voorwaarden. In dat geval moeten de Commissie en de in lid 1 bedoelde lidstaat onverwijld in kennis gesteld worden van de maatregelen en van de redenen van de urgentie.

Samengevat is het uitgangspunt van Richtlijn 2000/31/EG dat aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij uitsluitend onderworpen zijn aan regelgeving met betrekking tot het afnemen en aanbieden van de diensten in de lidstaat waarin zij zijn gevestigd ('home state control'). Aanvullende eisen en beperkende maatregelen door andere lidstaten dan de lidstaat van oorsprong zijn in beginsel niet toegestaan om redenen die vallen binnen het door de richtlijn gecoördineerde gebied. Overeenkomstig het beginsel van wederzijdse erkenning dienen de lidstaten de diensten op hun grondgebied te accepteren die voldoen aan de voorschriften van de lidstaat van oorsprong. Afwijking van dit beginsel vormt een inbreuk op het uitgangspunt van vrij verkeer en dient te voldoen aan de door artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG gestelde voorwaarden.

- 3.2. Niet is in geschil dat artikel 3 van Richtlijn 2000/31/EG juist is geïmplementeerd in artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel. Dit betekent dat [verzoekster] geen rechtstreeks beroep op artikel 3 van Richtlijn 2000/31/EG kan doen (vergelijk het arrest van het Hof in zaak C-8/81, Becker, ECLI:EU:C:1982, p. 55 e.v. op p. 70-71). Dit laat onverlet dat artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel moet worden uitgelegd en toegepast in het licht van artikel 3 van Richtlijn 2000/31/EG (vergelijk het arrest van het Hof in zaak C-106/89, Marleasing, ECLI:EU:C:1990:395 p. I-4159).

- 3.3. Met haar mededeling aan de Raad, het Europees Parlement en de Europese Centrale Bank van 14 mei 2003 (COM(2003) 259 definitief) heeft de Europese Commissie beoogd inzicht te verschaffen in 'de toepassing op financiële diensten van artikel 3, leden 4 tot en met 6, van de richtlijn inzake elektronische handel'. Hoewel door de Europese Commissie opgestelde richtsnoeren zoals deze mededeling op zichzelf niet bindend zijn, bieden zij wel een handvat bij de interpretatie van bepalingen in de richtlijn (vergelijk de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3020). De mededeling van 14 mei 2003 vermeldt het volgende:

"2.1.2. Begrip "bepaalde dienst van de informatiemaatschappij"

Met de formulering "bepaalde" dienst wordt hier beoogd aan te geven dat de lidstaat van bestemming in het kader van artikel 3, lid 4, geen algemene maatregelen mag nemen voor een categorie van financiële diensten, zoals bijvoorbeeld beleggingsfondsen, kredieten enz.

Om onder artikel 3, lid 4, te vallen, moet de maatregel derhalve individueel worden vastgesteld voor een specifieke financiële dienst die door een bepaalde marktdeelnemer wordt verstrekt.

Het kan bijvoorbeeld gaan om een maatregel, zoals een verwittiging of een dwangsom, die een land van bestemming ten aanzien van een bank die vanuit haar vestiging in een ander land van de Europese Unie aan inwoners van het betrokken land niet-geharmoniseerde beleggingsdiensten aanbiedt. Deze maatregelen

kunnen bijvoorbeeld worden genomen omdat de bank bepaalde in het land van bestemming geldende gedragsregels ter bescherming van de consument niet in acht neemt.

Een lidstaat kan daarentegen niet op grond van artikel 3, lid 4, beslissen dat zijn volledige wetgeving inzake bijvoorbeeld niet-geharmoniseerde beleggingsfondsen algemeen en horizontaal van toepassing is op elk dienst die voor zijn inwoners toegankelijk is.”

- 3.4. Op 21 november 2003 (COM(2003) 702 definitief) heeft de Europese Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en sociaal comité verslag gedaan van de eerste evaluatie van de omzetting en toepassing van Richtlijn 2000/31/EG. Dit verslag vermeldt het volgende:

“4.1. Interne markt

Omdat e-handel geen grenzen kent, moest voor de werking ervan een rechtskader worden gecreëerd dat zowel de ondernemingen als de burgers rechtszekerheid biedt. Deze rechtszekerheid wordt, samen met andere begeleidende maatregelen, tot stand gebracht door het kernstuk van de richtlijn, de internemarktclausule.

Die bepaling bestaat uit twee complementaire elementen: elke lidstaat moet ervoor zorgen dat een op zijn grondgebied gevestigde verlener van diensten van de informatiemaatschappij voldoet aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het “gecoördineerde gebied” vallen, zelfs als deze diensten levert in een andere lidstaat; omgekeerd mogen de lidstaten het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet beperken om redenen die vallen binnen het gecooördineerde gebied.

Er gelden enkele beperkte afwijkingen van de internemarktclausule die in de bijlage bij de richtlijn worden vermeld. Er kan door de lidstaten ook geval per geval van de internemarktclausule worden afgeweken om maatregelen te nemen zoals sancties of verbodsmaatregelen teneinde de verlening van een bepaalde on-linedienst vanuit een andere lidstaat te beperken wanneer bepaalde geïdentificeerde belangen, bv. consumenten, moeten worden beschermd. Voor alle maatregelen die door een lidstaat op grond van die bepaling worden genomen, gelden strikte voorwaarden overeenkomstig artikel 3, leden 4, 5 en 6.

(...) In mei 2003 heeft de Commissie een mededeling uitgebracht betreffende de toepassing op financiële diensten van artikel 3, leden 4 tot en met 6, van de richtlijn inzake elektronische handel, waarin aanwijzingen werden gegeven voor de toepassing van deze geval-per-geval-afwijking op het gebied van financiële diensten. In deze aanwijzingen werd rekening gehouden met de door een aantal lidstaten geuite bezorgdheid betreffende de volledige toepassing van de internemarktclausule op financiële diensten in afwachting dat op bepaalde gebieden van financiële diensten een nauwere convergentie tot stand werd gebracht. In de mededeling wordt uitgelegd in welke beperkte omstandigheden een lidstaat die van oordeel is dat de consumenten op zijn grondgebied moeten worden beschermd tegen een bepaalde on line verstrekte financiële dienst, na kennisgeving aan de Commissie maatregelen mag nemen tegen die bepaalde inkomende financiële dienst.”

- 3.5. Op de hiervoor geciteerde passages uit de mededeling en het verslag van de Europese Commissie heeft ook Advocaat-generaal (AG) M. Szpunar gewezen in een noot bij zijn conclusie van 30 april 2019 in zaak C-190 (Airbnb Ireland, ECLI:EU:C:2019:336), waarin hij onder het kopje “Inhoudelijke voorwaarden” het volgende heeft overwogen:

“131. In de eerste plaats wordt de lidstaten van oorsprong bij artikel 3, lid 1, van richtlijn 2000/31 de verplichting opgelegd om ervoor te zorgen dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op hun grondgebied gevestigde dienstverlener, voldoen aan de in die lidstaten geldende nationale bepalingen die binnen het gecooördineerde gebied vallen. Teneinde te voorkomen dat dit in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2000/31 neergelegde beginsel „verwater”, zou artikel 3, lid 4, van die richtlijn – in tegenstelling tot die algemene verplichting – aldus kunnen worden opgevat dat het de andere lidstaten dan de lidstaat van oorsprong is toegestaan om uitsluitend in individuele gevallen af te wijken van het vrije verkeer van diensten.

132. In de tweede plaats moet artikel 3 van richtlijn 2000/31 aldus worden uitgelegd dat het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten wordt gewaarborgd. Aan het beginsel van het vrije verkeer van deze diensten zou aanzienlijk afbreuk worden gedaan als ook aan andere lidstaten dan de lidstaat van oorsprong de bevoegdheid werd toegekend om ambtshalve maatregelen met een algemeen en abstract karakter toe te passen op al degenen die een bepaalde categorie diensten van de informatiemaatschappij verrichten. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 waarborgt verleners van diensten van de informatiemaatschappij namelijk een bepaalde mate van rechtszekerheid: onder voorbehoud van de afwijkingen die toegestaan zijn onder de in artikel 3, lid 4, van die richtlijn vastgestelde voorwaarden, kunnen zij niet worden onderworpen aan vereisten die strenger zijn dan die welke zijn neergelegd in het materiële recht van de lidstaat waarin zij gevestigd zijn.

133. In de derde plaats hebben de maatregelen die worden vastgesteld op de grondslag van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31, geen betrekking op de diensten van de informatiemaatschappij of op degenen die deze diensten verrichten, maar op een bepaalde dienst.

134. In de vierde plaats moeten mijns inziens in alle gevallen de omstandigheden van de zaak worden onderzocht om vast te stellen of een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij afbreuk doet aan een bepaalde doelstelling of een ernstig gevaar daarvoor vormt.

135. Ten slotte en in de vijfde plaats worden de voorgaande overwegingen ondersteund door de procedurele voorwaarden waaraan een lidstaat moet voldoen wanneer hij het vrije verkeer van diensten wil beperken, en waarop ik hierna terugkom. Opgemerkt dient te worden dat een lidstaat die voornemens is afwijkende maatregelen vast te stellen, krachtens artikel 3, lid 4, onder b), van richtlijn 2000/31 voorafgaandelijk zowel de Commissie van dat voornemen in kennis moet stellen als de lidstaat van oorsprong moet verzoeken maatregelen te nemen ten aanzien van de diensten van de informatiemaatschappij. Hij mag de beoogde maatregelen vaststellen indien een passende reactie van de lidstaat van oorsprong uitblijft. Deze procedurele voorwaarden bevestigen duidelijk dat de in artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 bedoelde maatregelen enkel op ad hoc basis mogen worden genomen.

136. Daarom ben ik van mening dat een andere lidstaat dan de lidstaat van oorsprong enkel van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij mag afwijken door middel van maatregelen die “individueel” worden vastgesteld.”

- 3.6. Het standpunt van de AFM dat de Regeling aanpak flitskrediet geen algemene maatregel is waarop de Europese Commissie in paragraaf 2.1.2. van haar mededeling doelt, berust naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter op een onjuiste lezing van deze paragraaf. De opmerking van de Europese Commissie dat een maatregel, om onder artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG te vallen, individueel moet worden vastgesteld voor een specifieke financiële dienst die door een bepaalde marktdeelnemer wordt verstrekt, laat er geen twijfel over bestaan dat een regeling zoals de Regeling aanpak flitskrediet een algemene maatregel is waarop zij in paragraaf 2.1.2. doelt. Dit wordt overigens bevestigd door het verslag van de Europese Commissie, waarin zij spreekt van een ‘geval-per-geval-afwijking’, en punt 136 van voormelde conclusie van 30 april 2019, waarin de AG, onder verwijzing naar de mededeling en

het verslag van de Europese Commissie in een daarbij behorende noot, opmerkt dat hij van mening is dat een andere lidstaat dan de lidstaat van oorsprong enkel van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij mag afwijken door middel van maatregelen die "individueel" worden vastgesteld.

- 3.7. Het standpunt van de AFM dat uit recente rechtspraak van het Hof volgt dat artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG zich niet verzet tegen algemene regelingen zoals de Regeling aanpak flitskrediet, volgt de voorzieningenrechter evenmin.

In de eerste van de twee arresten die de AFM in dit verband noemt, te weten het arrest van 19 december 2019 in zaak C-390/18 (Airbnb Ireland, ECLI:EU:C:2019:1112), komt de vraag of artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG zich verzet tegen algemene regelingen die het vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij beperken niet aan de orde. In dit arrest heeft het Hof uitsluitend geoordeeld dat de niet-nakoming van de verplichting tot voorafgaande kennisgeving, zoals die is opgelegd bij artikel 3, vierde lid, onder b, tweede streepje, van Richtlijn 2000/31, tot gevolg heeft dat de regelgeving die de beperkende maatregel in kwestie vaststelt, niet aan de betreffende dienstverlener kan worden tegengeworpen, los van de vraag of voor deze regelgeving is voldaan aan de andere in artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG gestelde voorwaarden (punten 96-99 van het arrest). Overigens wekt het Hof daarmee, anders dan de AFM stelt, niet af van de conclusie van AG in deze zaak (en in het bijzonder niet van de hiervoor geciteerde punten 131-136, waarover het Hof zich in het geheel niet heeft uitgelaten), nu ook de AG van mening was dat aan het achterwege blijven van een kennisgeving in het kader van Richtlijn 2000/31/EG als sanctie verboden is dat een maatregel niet kan worden ingeroepen tegen degene die de betreffende diensten verricht (punt 151 van de conclusie).

Uit het tweede door de AFM genoemde arrest, te weten het arrest van 1 oktober 2020 in zaak C-649/18 (A tegen Daniel B e.a., ECLI:EU:C:2020:764), volgt dat de lidstaat van bestemming van een onlineverkoopdienst op een in een andere lidstaat gevestigde verlener van deze dienst een nationale regeling mag toepassen. Daarbij ging het in deze zaak om de toepassing van een (algemene) nationale regeling in een individueel, concreet geval. Hieruit kan dan ook niet worden opgemaakt dat het Hof, anders dan de Europese Commissie, van mening is dat artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG ruimte laat voor een regeling, zoals de Regeling aanpak flitskrediet, waarbij op alle verlener van een bepaalde dienst van de informatiemaatschappij, ongeacht de lidstaat van waaruit zij deze dienst verlenen, door de lidstaat van bestemming van deze dienst een nationale regeling van toepassing wordt verklaard. In het arrest kan eerder een aanwijzing worden gevonden dat het Hof op de lijn van de Europese Commissie zit. Zo wijst het Hof erop dat een lidstaat, wanneer een nationale regeling verschillende verboden of verplichtingen oplegt aan een verlener van diensten van de informatiemaatschappij en zo het vrije verkeer van diensten beperkt, de Commissie en de lidstaat op het grondgebied waarvan de beoogde dienstverlener is gevestigd, vooraf in kennis moet stellen van zijn voornemen om de betrokken beperkende maatregelen te nemen (punt 42 van het arrest). Het gebruik van de bewoordingen 'de beoogde dienstverlener' lijkt erop te duiden dat ook het Hof van mening is dat een andere lidstaat dan de lidstaat van oorsprong enkel van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij mag afwijken door middel van maatregelen die "individueel" worden vastgesteld, zoals ook de AG in voormelde conclusie van 30 april 2019 heeft opgemerkt. Overigens bevat de ten behoeve van zaak C-649/18 door AG

H. Saugmandsgaard Øe genomen conclusie van 27 februari 2020 (ECLI:EU:C:2020:134) aanwijzingen dat ook naar zijn mening alleen in een concreet geval mag worden afgeweken van het vrije verkeer van diensten (zie onder meer punten 113 en 119 van de conclusie).

- 3.8. Ook het standpunt van de AFM dat de uitleg van [verzoekster] (en daarmee ook de uitleg van de Europese Commissie en de AG) van artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG vanuit praktisch oogpunt niet de bedoeling van de Uniewetgever kan zijn geweest, volgt de voorzieningenrechter niet. Anders dan de AFM, vermogt de voorzieningenrechter niet in te zien waarom optreden praktisch onmogelijk wordt, indien op grond van artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG alleen door middel van maatregelen die individueel worden vastgesteld kan worden opgetreden.
- 3.9. De conclusie is dat het standpunt van [verzoekster] dat artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG slechts beperkingen van het vrij verkeer toestaat voor "een specifieke financiële dienst die door een bepaalde marktdeelnemer wordt verstrekt" en zich dus verzet tegen een algemene regeling zoals de Regeling aanpak flitskrediet, wordt ondersteund door de uitleg die de Europese Commissie en de AG in zijn conclusie van 30 april 2019 hebben gegeven aan dit artikellid. Het standpunt van de AFM dat artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG zich niet verzet tegen algemene regelingen zoals de Regeling aanpak flitskrediet wordt daarentegen door geen enkele 'Europese bron' ondersteund, althans dit is niet gebleken. De voorzieningenrechter ziet voorshands geen grond om, met voorbijgaan aan de uitleg die de Europese Commissie en de AG aan artikel 3, vierde lid, van Richtlijn 2000/31/EG hebben gegeven, dit standpunt van de AFM niettemin te volgen.
- 3.10. Indien ervan wordt uitgegaan dat een andere lidstaat dan de lidstaat van oorsprong enkel van het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij mag afwijken door middel van maatregelen die individueel en geval per geval worden vastgesteld, moet er naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook vanuit worden gegaan dat Nederland de lidstaat van oorsprong van [verzoekster], te weten [land], ten onrechte niet heeft verzocht maatregelen te treffen.
- 3.11. Gelet op het voorgaande betwijfelt de voorzieningenrechter of de Regeling aanpak flitskrediet in overeenstemming is met het bepaalde in artikel V van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel en of voor het bestreden besluit dus wel een grondslag bestaat.

4. Gelet hierop ziet de voorzieningenrechter aanleiding het verzoek om voorlopige voorziening van [verzoekster] toe te wijzen en het bestreden besluit te schorsen.

5. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding aan de voorlopige voorziening een termijn te verbinden, zodat deze pas vervalt indien zich één van de in artikel 8:85, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht vermelde situaties voordoet.

6. Wat [verzoekster] verder heeft aangevoerd, behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking.

7. Omdat de voorzieningenrechter het verzoek toewijst, bepaalt de voorzieningenrechter dat de AFM aan [verzoekster] het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

8. De voorzieningenrechter veroordeelt de AFM in de door [verzoekster] gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.602,- (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 534,- en wegingsfactor 1,5).

Beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe en schorst het bestreden besluit;
- bepaalt dat de AFM aan [verzoekster] het door haar betaalde griffierecht van € 354,- vergoedt;
- veroordeelt de AFM in de proceskosten van [verzoekster] tot een bedrag van € 1.602,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.J. van Spengen, voorzieningenrechter, in aanwezigheid van mr. M.J.F.J. van Beek, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 3 maart 2021.

de griffier is buiten staat de voorzieningenrechter is verhinderd te tekenen

griffier voorzieningenrechter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.