

ECLI:NL:RBROT:2019:8228

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	22-10-2019
Datum publicatie	23-10-2019
Zaaknummer	ROT 18/4020 en ROT 18/4046
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Schadevergoedingsuitspraak

Inhoudsindicatie

Betrokkenen kunnen alleen respectievelijk als feitelijk leidinggever respectievelijk medeplegen worden beboet wegens de overtredingen die door de vennootschap zijn begaan. De rechtbank ziet gelet hierop aanleiding zich (ambtshalve) te buigen over de vraag of de vennootschap de gestelde beboetbare overtredingen heeft begaan. AFM heeft in haar besluitvorming aan haar standpunt dat de artikelen 4:9 lid 1 en 4:10 lid 1 Wft zijn overtreden uitsluitend ten grondslag gelegd dat [Persoon 1] in de periode van 1 januari 2015 tot 22 juni 2015 feitelijk het beleid van de vennootschap heeft bepaald, terwijl hij niet door de AFM is getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. De AFM heeft – ook nadat de rechtbank partijen over die kwestie had bericht bij brief van 13 september 2019 – vastgehouden aan dit standpunt. Zij heeft er daarbij op gewezen dat uit artikel 4:10 lid 2 Wft volgt dat de betrouwbaarheid van [Persoon 1] niet buiten twijfel staat zolang hij niet is getoetst. De uitleg die de AFM geeft aan het tweede lid van artikel 4:10 Wft acht de rechtbank niet juist. De strekking van het tweede lid is dat een financiële onderneming niet hoeft te vrezen voor een (beboetbare) overtreding door het van kleur verschieten van de betrouwbaarheid van haar beleidsbepaler(s) vanwege een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden voordat een nieuwe beoordeling door de toezichthouder heeft plaatsgehad. Dit betekent dat een persoon waarvan de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat deze status niet verliest zolang hij niet is herbeoordeeld. Daaruit volgt niet a contrario dat een financiële onderneming in strijd handelt met artikel 4:10 lid 1 Wft indien haar beleid (mede) wordt bepaald door een persoon wiens betrouwbaarheid niet is beoordeeld. Bovendien bevat artikel 4:9 van de Wft niet een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 4:10, tweede lid, van de Wft. Voor het aanvullen van de juridische grondslag van de bestreden besluiten door zelf – in weerwil van het herhaaldelijk door de AFM in deze zaak ingenomen standpunt – vast te stellen dat de vennootschap artikel 4:26 lid 1 en lid 9 Wft, gelezen in samenhang met artikel 103 lid 1 BGfo, heeft overtreden ziet de rechtbank geen ruimte (ECLI:NL:CBB:2015:330). Omdat de boeteplegging niet in stand blijft bestaat aanleiding om het beroep op overschrijding van de redelijke termijn op te vatten als een verzoek om schadevergoeding wegens geleden immateriële schade (ECLI:NL:RVS:2014:47 en ECLI:NL:CBB:2013:165).

Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2019/284 met annotatie van Nuijten, S.M.C.
--------------	--

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 18/4020 en ROT 18/4046

uitspraak van de meervoudige kamer van 22 oktober 2019 in de zaken tussen

1. **[Persoon 1]** ([Persoon 1]), wonende te [Plaats],
2. **[Persoon 2]** ([Persoon 2]) wonende te [Plaats],
tezamen ook eisers,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 9 november 2017 heeft de AFM aan [Persoon 1] een bestuurlijke boete van € 150.000,- opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door [Vennootschap A] ([Vennootschap A]). Daarbij is voorts besloten tot openbaarmaking van dit besluit.

Bij besluit van 9 november 2017 heeft de AFM aan [Persoon 2] een bestuurlijke boete van € 20.000,- opgelegd wegens het medeplegen van de overtreding van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft door [Vennootschap A]. Daarbij is voorts besloten tot openbaarmaking van dit besluit.

Bij afzonderlijke besluiten van 19 juni 2018 (de bestreden besluiten) heeft de AFM de door [Persoon 1] en [Persoon 2] gemaakte bezwaren tegen de aan hen gerichte besluiten van 9 november 2017 (de primaire besluiten) ongegrond verklaard.

Tegen deze besluiten hebben [Persoon 1] (zaaknummer ROT 18/4046) en [Persoon 2] (zaaknummer ROT 18/4020) beroep ingesteld bij de rechtbank.

De AFM heeft een verweerschrift ingediend.

De rechtbank heeft partijen enkele dagen voor de zitting schriftelijk bericht dat ter zitting onder meer

de normstelling van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft aan de orde zal worden gesteld.

De zaken zijn op 17 september 2019 ter zitting van de meervoudige kamer gevoegd behandeld. [Persoon 1] en [Persoon 2] zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigde mr. P. Koorn. Namens de AFM zijn verschenen haar gemachtigde mr. C. de Rond, vergezeld door mr. W. Bleeker.

Overwegingen

Voorgeschiedenis en besluitvorming door de AFM

1. [Vennootschap A] beschikte over een vergunning in de zin van artikel 2:83 van de Wft voor het bemiddelen in de zin van artikel 2:80 van de Wft in schadeverzekeringen, levensverzekeringen, spaarrekeningen en hypothecair krediet. Voorts had [Vennootschap A] op grond van artikel 11, eerste lid, van de Vrijstellingsregeling Wft een vrijstelling voor de beleggingsdienst als bedoeld in artikel 2:96 van de Wft voor het adviseren over en orders ontvangen en doorgeven in deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling. [Vennootschap A] was aldus een financiële dienstverlener en tevens een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft.

2. [Vennootschap A] adviseerde onder meer consumenten met een lopende beleggingsverzekering om deze over te sluiten naar fondsen van aan haar gelieerde ondernemingen. [Persoon 1] hield via Next Frontier Investments B.V. ruim 29% van de aandelen in [Vennootschap A]. Vanaf augustus 2007 is [Persoon 2] als directeur ingeschreven in de Kamer van Koophandel. Op 3 januari 2012 is zij bij de AFM geregistreerd als beleidsbepaler van [Vennootschap A]. Tot 4 september 2015 was zij de enige (formele) dagelijks beleidsbepaler van [Vennootschap A]. Uit een organogram van [Vennootschap A] blijkt dat er vier verschillende afdelingen waren, die werden aangestuurd door respectievelijk [Persoon 3] ([Persoon 3]), hoofd binnendienst, [Persoon 4] ([Persoon 4]), salesmanager, en [Persoon 5], business unit manager. In het organogram staan boven hen als directeur [Persoon 2] (enig statutair bestuurder) vermeld en daarboven de aandeelhouders, onder wie [Persoon 1]. Op 4 september 2015 heeft de AFM [Persoon 3] en [Persoon 4] goedgekeurd als beleidsbepalers van [Vennootschap A].

3. [Vennootschap A] maakte deel uit van de [Naam Groep] ([Naam Groep]) en kent vijf aandeelhouders – onder wie [Persoon 1] – die verantwoordelijk zijn voor de hele [Naam Groep]. De [Naam Groep] bestaat uit ongeveer 35 entiteiten, gevestigd in verschillende Europese landen. De [Naam Groep] heeft onder de naam [Naam] beleggingsproducten aangeboden in twee subfondsen van het [Paraplufonds]. Beheerder van het [Paraplufonds] is [Beheerder] ([Beheerder]), een beheerder van beleggingsinstellingen die geen onderdeel uitmaakt van de [Naam Groep]. Hoewel [Naam] dus formeel een handelsnaam en een nevenvestiging van [Beheerder] was, was volgens de AFM sprake van een zeer nauwe samenwerking met [Vennootschap A] en [Naam Groep]. Zo waren [Vennootschap A] en [Naam] gevestigd op hetzelfde adres en waren de werknemers en stafafdelingen van [Naam] en [Vennootschap A] voor beide ondernemingen werkzaam.

4. In 2013 heeft de AFM onderzoek verricht naar [Naam]. Omdat volgens de AFM op essentiële onderdelen niet werd voldaan aan het borgen van een integere en beheerste bedrijfsvoering, waaronder het ten onrechte niet melden van [Persoon 1] als dagelijks beleidsbepaler van [Naam], heeft AFM op 20 augustus 2013 een normoverdragend gesprek gehouden met de directie van [Naam]. Naar aanleiding van het voornemen van de AFM van 27 november 2014 tot het geven van een

aanwijzing aan [Beheerder], waarbij is vastgesteld dat [Beheerder] ten onrechte [Persoon 1] niet als dagelijks beleidsbepaler bij [Naam] heeft aangemeld, heeft [Beheerder] hem alsnog als zodanig aangemeld, maar die aanmelding daarna weer ingetrokken toen bleek dat de AFM overwoog daarmee niet in te stemmen. De AFM heeft op 26 februari 2015 aan [Beheerder] een aanwijzing gegeven omdat zij handelend onder de naam [Naam] consumenten over financiële instrumenten adviseerde zonder over de daarvoor vereiste toestemming van de AFM te beschikken. Op 15 juni 2015 heeft de AFM een vergunningaanvraag van [Vennootschap B] afgewezen, onder meer omdat [Persoon 1] en twee andere aangemelde beleidsbepalers volgens de AFM niet geschikt zijn in verband met het beheren van een beleggingsinstelling en hun betrouwbaarheid voorts niet (langer) buiten twijfel staat. Voor [Persoon 1] heeft de AFM redengevend geacht dat de Luxemburgse toezichthouder aan hem tien bestuurlijke boetes en een andere maatregel heeft opgelegd en hij de AFM hierover onjuist heeft geïnformeerd. De AFM heeft voorts eind 2016 de vergunning van [Beheerder] ingetrokken en een curator benoemd. Naar aanleiding van de aanwijzing aan [Beheerder] is volgens de AFM de dienstverlening, die eerst door [Naam] werd uitgevoerd, onder de naam van [Vennootschap A] – die wel over de benodigde vergunning beschikte – op precies dezelfde voet voortgezet. Volgens de AFM was [Vennootschap A] vanaf dat moment het enige verkoopkanaal voor de [Naam] beleggingsproducten.

5. Op 22 juni 2015 heeft de AFM een onaangekondigd onderzoek bij [Vennootschap A] verricht. Het onderzoek richtte zich op de dienstverlening, informatieverstrekking, het beloningsbeleid en de vraag of de bedrijfsvoering van [Vennootschap A] integer en beheerst was. De AFM heeft gesprekken gevoerd met verschillende medewerkers en andere bij de activiteiten van [Vennootschap A] betrokken personen. Daarnaast heeft de AFM schriftelijke en digitale bescheiden opgevraagd. De resultaten van het onderzoek heeft de AFM neergelegd in een rapport van 16 januari 2017. De AFM heeft daarin vastgesteld dat [Persoon 2], anders dan het onderhouden van het contact met de AFM, geen enkele rol binnen [Vennootschap A] had, laat staan een beleidsbepalende rol. Verder blijkt uit het onderzoek dat het (dagelijks) beleid van [Vennootschap A] in de periode van 1 januari 2015 tot 22 juni 2015 feitelijk werd bepaald door [Persoon 1], die niet bij de AFM was aangemeld als beleidsbepaler en dus ook in dat kader niet was getoetst op geschiktheid en betrouwbaarheid. Dit levert volgens de AFM een overtreding door [Vennootschap A] op van de artikelen 4:9, eerste lid en 4:10, eerste lid van de Wft. Bij besluit van 16 januari 2017 heeft de AFM de vergunning van [Vennootschap A] ingetrokken op de grond dat [Vennootschap A] niet voldoet aan de artikelen 4:9, eerste lid, 4:10, eerste lid en 4:11, tweede lid van de Wft. Tegen de handhaving van de vergunningintrekking heeft [Vennootschap A] tevergeefs beroep ingesteld (ECLI:NL:RBROT:2018:1701). Op het hoger beroep daartegen is nog niet beslist.

6. Ten aanzien van eisers zijn op 24 mei 2017 afzonderlijke onderzoeksrapporten (de rapporten) opgemaakt. Nadat eiseres in gelegenheid zijn gesteld op de boetevoornemens te reageren zijn de primaire besluiten genomen. Aan de primaire besluiten heeft de AFM ten grondslag gelegd dat [Vennootschap A] de artikelen 4:9, eerste lid en 4.10, eerste lid, van de Wft heeft overtreden, omdat [Persoon 1] in de periode van 1 januari 2015 tot 22 juni 2015 feitelijk het beleid van [Vennootschap A] heeft bepaald, terwijl hij niet door de AFM is getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. [Persoon 1] heeft aan deze overtreding door [Vennootschap A] feitelijk leiding gegeven. De AFM heeft [Persoon 2] aangemerkt als medepleger van deze overtredingen door [Vennootschap A]. De AFM ziet geen reden voor uitstel of anonimisering van de publicatie van de aan eisers opgelegde boeten. Het verzoek om voorlopige voorziening gericht op schorsing van de deelbesluiten tot openbaarmaking is afgewezen (ECLI:NL:RBROT:2018:1725).

Beoordeling

7. Eisers hebben in beroep aangegeven dat hun eerdere zienswijzen, de verzoeken om voorlopige voorziening en de aanvullende bezwaarschriften een integraal onderdeel van hun beroepsgronden vormen. Deze algemene mededeling, waarbij is nagelaten aan te geven waarom de reactie van de AFM in de primaire en bestreden besluiten volgens eisers ontoereikend was, is onvoldoende om te

spreken van een beroepsgrond waar de rechtbank op dient in te gaan (ECLI:NL:RVS:2018:3339 en ECLI:NL:CBB:2012:BW7462). Hierna zal de rechtbank de beroepen van eisers, waar mogelijk gezamenlijk, beoordelen. Zoals ter zitting door eisers is bevestigd komen zij in beroep niet op tegen de heroverweging van de deelbeslissingen tot vroegtijdige openbaarmaking.

Onderzoek, (on)bevooroordeeldheid en bewijsverkrijging

- 8.1. Eisers betogen dat het onderzoek onzorgvuldig is, dat medewerkers van de AFM bevooroordeeld waren en dat een deel van het bewijs onrechtmatig is verkregen en de onderzoeksresultaten daarom niet aan de boeteoplegging ten grondslag kunnen worden gelegd. Eisers voeren in dit verband een grote hoeveelheid stellingen aan. Samengevat komen die op het volgende neer. Volgens eisers is het onaangekondigde bedrijfsbezoek op 22 juni 2015 door toezichthouders van de AFM onrechtmatig omdat een motivering daarvoor ontbreekt, terwijl uit de wijze van onderzoek en bevraging, die was gericht op het verkrijgen van bewijs voor het vermeend feitelijk leidinggeven door [Persoon 1], van meet af aan duidelijk was dat AFM uit was op een bestraffende sanctie. Eisers stellen zich op het standpunt dat niet alleen de opgelegde boetes punitief van aard zijn, maar ook de intrekking van de vergunning van [Vennootschap A] op leedtoevoeging is gericht. Bij het onderzoek heeft de AFM persoonlijke en geprivilegieerde gegevens uit e-mailboxen gekopieerd, zonder zich aan haar beleid terzake te houden, onder meer door zoektermen te hanteren die niet alleen aan [Vennootschap A] waren gerelateerd en mailboxen te onderzoeken die niet toebehoorden aan (medewerkers van) [Vennootschap A]. Omdat de rapporten gelijkkluidend zijn, maar blijkbaar niet door dezelfde persoon zijn opgesteld, doet zich de vraag voor of de toezichthouders onbevooroordeeld waren of niet. Tekenend vinden eisers dat de gespreksverslagen niet zijn opgetekend in de vorm van vraag en antwoord. Zij betwisten ook de juistheid van de verslaglegging. Volgens eisers voldoen de rapporten niet aan de eisen van de artikel 5:48, tweede lid, in verbinding met artikel 5:53 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), omdat een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze ontbreekt en een ondertekening door de toezichthouders die de rapporten hebben opgesteld ontbreekt. Eisers zien aanwijzingen voor de bevooroordeeldheid van de toezichthouders in de omstandigheid dat met de sanctieoplegging alsnog wordt bereikt dat [Vennootschap A] en eisers worden geschaad door publicatiebesluiten, die eerder in de procedure over de intrekking van de vergunning van [Vennootschap A] zijn geschorst door de voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBROT:2017:5553). Eisers vragen zich af of de bij het onderzoek betrokken toezichthouders, die niet een examen hebben moeten afleggen zoals een buitengewoon opsporingsambtenaar (BOA) wel moet afleggen en die niet beschikten over een identiteitsbewijs zoals een BOA, deskundig genoeg waren om te kunnen beoordelen of zij voorafgaand aan gesprekken met eisers en andere betrokkenen de cautie hadden moeten geven. Volgens eisers had bij die gesprekken wel een cautie gegeven moeten worden. Daar komt bij dat de toezichthouders zich tijdens de gesprekken intimiderend opstelden, suggestieve vragen hebben gesteld en conclusies trokken in de gespreksverslagen. De bevooroordeeldheid van de AFM blijkt verder uit de omstandigheid dat [Persoon 1], hoewel hij geen formele bestuurder was maar optrad als aandeelhouder en gevolmachtigde van [Vennootschap A], niettemin als dagelijks beleidsbepaler is aangemerkt, terwijl bij [Persoon 3] en [Persoon 4] voorshands is aangenomen dat zij geen beleidsbepalende rol vervulden, ondanks dat de AFM hen heeft goedgekeurd als beleidsbepalers. Volgens eisers is aldus sprake van een doelredenering door de AFM.
- 8.2. De rechtbank is van oordeel dat er geen aanknopingspunten zijn om het onaangekondigde bedrijfsbezoek aan [Vennootschap A] op 22 juni 2015 door toezichthouders van de AFM onrechtmatig te achten. De AFM was niet gehouden dit onderzoek aan te kondigen of daarvoor een motivering te geven. Wel dient de inzet van toezichtsbevoegdheden redelijk te zijn, zoals ook volgt uit artikel 5:13 van de Awb. Gelet op de onder 3 beschreven voorgeschiedenis is de rechtbank met de AFM van oordeel dat er voldoende aanleiding was voor het verrichten van onderzoek door de AFM naar de bedrijfsvoering van [Vennootschap A] en naar de vraag wie binnen [Vennootschap A] feitelijk als (dagelijkse) beleidsbepalers fungeerden en daarbij met name

de rol van [Persoon 1] te betrekken. Anders dan eisers, is de rechtbank van oordeel dat de intrekking van de vergunning van [Vennootschap A] niet op leedtoevoeging is gericht, zodat het onderzoek naar [Vennootschap A] niet reeds een zogenoemde criminal charge oplevert. Naar vaste rechtspraak is de intrekking van een vergunning in beginsel geen bestraffende sanctie (ECLI:NL:RVS:2016:2735 en ECLI:NL:CBB:2015:116). Er zijn geen aanknopingspunten om thans tot een andere kwalificatie te komen. Het doel van de intrekking was gelegen in het voorkomen dat [Vennootschap A] zich langer bleef schuldig maken aan diverse overtredingen die raken aan een beheerste en integere bedrijfsvoering en niet om deze rechtspersoon, haar bestuurders of aandeelhouders te bestraffen. Daartoe dient de bestuurlijke boete. Reeds daarom kan niet worden gezegd dat het doel van het onderzoek naar de gang van zaken binnen [Vennootschap A] – en met name naar de rol van [Persoon 1] daarbinnen – van meet af aan op bestraffing was gericht.

- 8.3. De AFM heeft in haar verweerschrift terecht opgemerkt dat het niet aan eisers is om de deskundigheid van de toezichthouders vast te stellen, maar dat het gelet op artikel 1:72 van de Wft aan de AFM is om te beslissen welke werknemers zij aanwijst als toezichthouders. Voorts heeft de AFM betwist dat haar toezichthouders – die geen BOA's zijn – zich niet desgevraagd zouden hebben gelegitimeerd als toezichthouder, zoals is voorgeschreven in artikel 5:12, tweede lid, van de Awb. Daar komt bij dat het nalaten te voldoen aan dit vormvoorschrift niet zodanig ernstig is dat dit reeds tot gevolg zou moeten hebben dat de resultaten van het onderzoek niet langer mogen worden gebruikt voor het bewijs (ECLI:NL:RVS:2006:AW1281). Niet in geschil is dat ter plaatse digitale gegevens en bescheiden zijn gevorderd en gekopieerd, waaronder e-mailboxen van een aantal personen binnen [Vennootschap A]. Een bevoegdheid daartoe is – zoals de AFM terecht opmerkt – te vinden in de artikel 5:17 van de Awb. Dat de AFM daarbij niet haar Digitale werkwijze heeft toegepast is door eisers weliswaar gesteld maar niet onderbouwd. De omstandigheid dat de AFM (gelet op de punten 3 en 8.2 hiervoor) mede op een aantal namen heeft gezocht is niet toereikend voor een ander oordeel. In de brief van 6 september 2019 (ontvangen op 12 september 2019) beklagen eisers zich er over dat de AFM tevens e-mailboxen heeft onderzocht die niet toebehoorden aan (medewerkers van) [Vennootschap A]. De rechtbank is van oordeel dat de AFM, gelet op de nauwe verwevenheid van personen en entiteiten binnen de [Naam Groep], in redelijkheid haar onderzoek heeft kunnen laten uitstrekken tot personen en/of entiteiten binnen de [Naam Groep] en de daarbinnen gebruikte e-mailboxen.
- 8.4. Nu hiervoor is overwogen dat bij aanvang van het onderzoek niet reeds sprake was van een zogenoemde criminal charge, was ten tijde van het horen van [Persoon 1], [Persoon 2] en andere personen geen sprake van een verhoor in de zin van artikel 5:10a van de Awb, waarbij het zwijgrecht en de cautieplicht gelden. Dit laat onverlet dat verklaringen die zijn afgelegd onder druk van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb en die wilsafhankelijk materiaal vormen (ECLI:NL:HR:2015:1117) niet mogen worden gebruikt voor bestraffingsdoeleinden (ECLI:NL:RVS:2018:2115). Dit betekent dat eventuele door [Persoon 1] en [Persoon 2] afgelegde verklaringen die zijn afgelegd voordat hen de cautie is gegeven en die voor hen belastend zijn in deze procedure niet tegen hen mogen worden gebruikt. Evenmin kunnen die verklaringen worden gebruikt om vast te stellen of [Vennootschap A] als normadressaat de overtredingen heeft begaan. De vaststelling van het begaan van de overtredingen door [Vennootschap A] vormt immers – zoals hierna wordt overwogen – een noodzakelijke voorwaarde om [Persoon 1] en [Persoon 2] te kunnen beboeten. Daar komt bij dat het zwijgrecht van [Vennootschap A] als rechtspersoon met zich brengt dat verklaringen van haar formele bestuurder [Persoon 2], die niet in vrijheid zijn afgelegd, niet tegen [Vennootschap A] mogen worden gebruikt (ECLI:NL:RVS:2018:2115 en ECLI:NL:RBROT:2018:10909). Het voorgaande laat onverlet dat er voldoende wilsonafhankelijk materiaal is op basis waarvan de rollen die [Persoon 1] en [Persoon 2] binnen [Vennootschap A] hebben vervuld kan worden aangetoond.
- 8.5. De AFM heeft aangevoerd dat de rapporten en ondersteunende documentatie zijn opgesteld door de afdeling Marktintegriteit en Handhaving, waarbinnen de toezichthouders die het onderzoek hebben verricht werkzaam zijn. Uit de door eisers genoemde bepalingen volgt niet dat de

rapporten moeten worden ondertekend. De rechtbank voegt daar het volgende aan toe. Wanneer een overtreding (uitsluitend) wordt vastgesteld op basis van een rapport van bevindingen door de toezichthouder, zal het nodig zijn om de identiteit van de desbetreffende toezichthouder vast te kunnen stellen (ECLI:NL:CBB:2017:101). In deze zaak is echter niet de bewijsregel van toepassing dat de overtreding wordt vastgesteld zuiver op basis van zo'n rapport. De rapporten vormen namelijk niet zelf het bewijs, maar bevatten een relaas aan de hand van de bewijsstukken en verslagen die door de AFM in deze procedure zijn overgelegd. De stelling van eisers dat de rapporten geen beschrijving van de gehanteerde werkwijze bevatten, mist een feitelijke grondslag. Dat de gespreksverslagen niet zijn ondertekend en niet zijn opgetekend in de vorm van vraag en antwoord doet aan het voorgaande niet af.

- 8.6. De stukken bieden voorts geen aanknopingspunten voor de stellingen van eiseres dat de toezichthouders op intimiderende wijze verhoren hebben afgenomen of dat toezichthouders of de AFM zelf vooringenomen waren ten tijde van het onderzoek. Hiervoor heeft de rechtbank reeds overwogen dat de AFM goede redenen had onderzoek te doen naar de bedrijfsvoering van [Vennootschap A] en naar de vraag wie binnen [Vennootschap A] feitelijk als dagelijkse beleidsbepalers fungeerden en daarbij met name de rol van [Persoon 1] te betrekken. De feitenvaststelling en de kwalificatie daarvan door de AFM leent zich bij uitstek voor een inhoudelijk partijendebat en past niet in een betoog over de vraag of de toezichthouder heeft gehandeld in strijd met artikel 2:4 van de Awb. Ook wat verder door eisers is aangevoerd levert geen aanknopingspunten op voor de juistheid van de stelling van eisers dat de AFM vooringenomen is. Dit betoog faalt gelet op het voorgaande.

De overtredingen door [Vennootschap A]

9. [Persoon 1] kan alleen als feitelijk leidinggever in de zin van artikel 5:1, derde lid, van de Awb gelezen in samenhang met artikel 51, tweede lid, onderdeel 2°, van het Wetboek van Strafrecht worden beboet wegens de overtredingen die door [Vennootschap A] zijn begaan. [Persoon 2] kan slechts wegens medeplegen als bedoeld in artikel 5:2, tweede lid, van de Awb worden beboet wegens de overtredingen die door [Vennootschap A] zijn begaan. Daarom moet vaststaan dat [Vennootschap A] – als de financiële onderneming tot wie de normen van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft zich richten – de door de AFM gestelde overtreding van deze artikelen heeft begaan. De rechtbank ziet gelet hierop aanleiding zich (ambtshalve) te buigen over de vraag of [Vennootschap A] de gestelde beboetbare overtredingen heeft begaan. Zij komt tot de volgende beoordeling.

10. Voorop moeten worden gesteld dat [Vennootschap A] een financiëldienstverlener was die beschikte over een vergunning als bedoeld in artikel 2:80 van de Wft en tevens een vrijgestelde beleggingsonderneming was. Dit laatste betekent dat zij niet behoefde te beschikken over een vergunning als bedoeld in artikel 2:96 van de Wft. Op grond van artikel 35a, eerste lid, aanhef en onder a en c, van de Vrijstellingsregeling Wft echter waren op [Vennootschap A], niet alleen als financiëldienstverlener maar ook als beleggingsonderneming, de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, en 4:26, eerste lid, van de Wft onverkort van toepassing. De AFM heeft [Vennootschap A] evenwel uitsluitend in haar hoedanigheid van financiële dienstverlener als overtreder aangemerkt. De rechtbank zal zich daarom beperken tot de vraag of [Vennootschap A] in die hoedanigheid de door de AFM gestelde overtreding heeft begaan (ECLI:NL:CBB:2015:330).

11. In de Wft is voor zover hier van belang het volgende bepaald:

“Artikel 4:9

1. Het dagelijks beleid van een (...) financiëldienstverlener (...) wordt bepaald door personen die geschikt zijn in verband met de uitoefening van het bedrijf van de financiële onderneming. Indien binnen de financiële onderneming een orgaan is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming, wordt dit toezicht gehouden door personen die geschikt zijn voor de uitoefening van dit toezicht.

(...)

8. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot een door personen als bedoeld in het eerste lid in het kader van de geschiktheid af te leggen eed of belofte.

Artikel 4:10

1. Het beleid van een (...) financiële dienstverlener (...) wordt bepaald of mede bepaald door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Indien binnen de financiële onderneming een orgaan is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële onderneming wordt dit toezicht gehouden door personen wier betrouwbaarheid buiten twijfel staat.

2. De betrouwbaarheid van een persoon als bedoeld in het eerste lid staat buiten twijfel wanneer dat eenmaal door een toezichthouder voor de toepassing van deze wet is vastgesteld, zolang niet een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling.

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop wordt vastgesteld dat de betrouwbaarheid van een persoon als bedoeld in het eerste lid buiten twijfel staat en welke feiten en omstandigheden daarbij in aanmerking worden genomen alsmede met betrekking tot de misdrijven die, indien begaan door die persoon, met het oog op de belangen die de wet beoogt te beschermen, tot de vaststelling leiden dat de betrouwbaarheid van die persoon niet buiten twijfel staat.

(...)

Artikel 4:26

1. Een financiële onderneming meldt wijzigingen met betrekking tot onderwerpen waarover ingevolge artikel (...) 4:10, derde lid, (...) verstrekking van gegevens is voorgeschreven aan de Autoriteit Financiële Markten.

(...)

9. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt, onder vermelding van de te volgen procedures, bepaald welke wijzigingen, bedoeld in het eerste en tweede lid, worden gemeld, welke gegevens daarbij worden verstrekt en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden de wijzigingen ten uitvoer mogen worden gelegd.

12. Het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) luidt voor zover hier van belang:

"Artikel 103

1. Een financiële dienstverlener meldt aan de Autoriteit Financiële Markten schriftelijk het voornemen tot benoeming van:

- a. een persoon die het beleid van de financiële dienstverlener bepaalt of mede bepaalt; of
- b. een persoon die onderdeel is van een orgaan dat belast is met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van de financiële dienstverlener.

(...)"

13. Uit artikel 1:80 van de Wft in verbinding met de bijlage bij die bepaling volgt – onder meer – dat niet naleving van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste en derde lid, 4:26, eerste lid, van de Wft beboetbare overtredingen zijn. Uit de tabellen bij artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector volgt dit evenzeer. Tevens volgt daaruit dat overtreding van artikel 103, eerste lid, van het BGfo beboetbaar is.

14. De rechtbank is van oordeel dat de AFM genoegzaam heeft aangetoond dat niet [Persoon 2], maar [Persoon 1] ten tijde in geding als (dagelijks) beleidsbepaler in de zin van de artikelen 4:9,

eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft kwalificeerde. Dit blijkt onder meer uit de volgende feiten en omstandigheden die de AFM onweersproken heeft vastgesteld. [Persoon 1] was nauw betrokken bij het personeelsbeleid en de aanname van nieuwe werknemers. [Persoon 1] ondertekende arbeidsovereenkomsten, voerde sollicitatiegesprekken of werd anderszins betrokken bij de vraag of nieuwe adviseurs al dan niet moesten worden aangenomen. [Persoon 2] was in het geheel niet betrokken bij het personeelsbeleid en/of de aanname van nieuwe werknemers. Evenmin was [Persoon 2] op enige wijze betrokken bij de aansturing van [Vennootschap A] en haar werknemers. [Persoon 2] had slechts een arbeidscontract voor 0,2 fte, ontving maandelijks bruto een salaris van € 1.500, was slechts eenmaal in de twee weken op een vrijdag bij [Vennootschap A] aanwezig, was bij geen enkel managementoverleg aanwezig en gebruikte niet tot nauwelijks haar e-mailaccount bij [Vennootschap A]. In haar arbeidsovereenkomst staat dat zij – tenzij expliciet overeengekomen – niet bevoegd was [Vennootschap A] te vertegenwoordigen. De werknemers van [Vennootschap A] voerden verder geen overleg met [Persoon 2], vroegen haar niet om toestemming of goedkeuring, legden geen verantwoording aan haar af en stelden haar niet op de hoogte van zaken. [Persoon 1] had daarentegen wel een vooraanstaande rol bij de interne afstemming en aansturing van [Vennootschap A] en haar werknemers. Een voorbeeld daarvan is dat betalingen en/of kwijtscheldingen van kosten eerst met [Persoon 1] moesten worden afgestemd. Dit omdat anderen dan [Persoon 1] daartoe niet bevoegd waren. Verder ontving [Persoon 1] overzichten van de dagresultaten van het callcenter en gaf hij naar aanleiding daarvan de opdracht om alleen nog te (laten) bellen voor [Vennootschap A] hersteladvies. Het was niet [Persoon 2] die [Vennootschap A] extern vertegenwoordigde, maar [Persoon 1]. Zo was [Persoon 1] degene die namens [Vennootschap A] het contact met externe partijen onderhield, onderhandelingen voerde over de overname van portefeuilles, overeenkomsten sloot en contacten met verzekeraars onderhield. [Persoon 1] ondertekende e-mails en overeenkomsten als "directeur". Vast staat dat [Persoon 2] ten tijde in geding bij de AFM was aangemeld als (dagelijks) beleidsbepaler en [Persoon 1] niet.

15. Daarmee staat echter niet vast dat de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft zijn overtreden. De rechtbank overweegt in dit verband dat overtreding van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft niet kan zijn gelegen in de (enkele) omstandigheid dat [Persoon 1] niet als (dagelijks) beleidsbepaler was aangemeld, want deze artikelliden bevatten materiële normen van geschiktheid en betrouwbaarheid van de (dagelijks) beleidsbepaler van een financiële dienstverlener (ECLI:NL:RBROT:2019:4042, onder 10.3). Het niet aanmelden van een beleidsbepaler levert weliswaar overtreding op van artikel 4:26, eerste en negende lid, van de Wft, gelezen in samenhang met artikel 103, eerste lid, van het BGfo, maar overtreding daarvan is niet beboet. Wel heeft het verzuim van [Vennootschap A] om [Persoon 1] als (dagelijks) beleidsbepaler bij de AFM aan te melden tot gevolg dat de AFM niet in staat is geweest om een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets te verrichten bij [Persoon 1] als voorgenomen (dagelijks) beleidsbepaler van [Vennootschap A].

16. De AFM heeft evenwel in haar besluitvorming aan haar standpunt dat de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft zijn overtreden uitsluitend ten grondslag gelegd dat [Persoon 1] in de periode van 1 januari 2015 tot 22 juni 2015 feitelijk het beleid van [Vennootschap A] heeft bepaald, terwijl hij niet door de AFM is getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. De AFM heeft – ook nadat de rechtbank partijen over die kwestie had bericht bij brief van 13 september 2019 – vastgehouden aan haar standpunt dat [Vennootschap A] de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft heeft overtreden door [Persoon 1] niet aan te melden als beleidsbepaler. Zij heeft er daarbij op gewezen dat uit artikel 4:10, tweede lid, van de Wft volgt dat de betrouwbaarheid van [Persoon 1] niet buiten twijfel staat zolang hij niet is getoetst. De uitleg die de AFM geeft aan het tweede lid van artikel 4:10 van de Wft acht de rechtbank niet juist. De strekking van het tweede lid is dat een financiële onderneming niet hoeft te vrezen voor een (beboetbare) overtreding door het van kleur verschieten van de betrouwbaarheid van haar beleidsbepaler(s) vanwege een wijziging in de relevante feiten of omstandigheden voordat een nieuwe beoordeling door de toezichthouder heeft plaatsgehad. Dit betekent dat een persoon

waarvan de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat deze status niet verliest zolang hij niet is herbeoordeeld. Daaruit volgt niet a contrario dat een financiële onderneming in strijd handelt met artikel 4:10, eerste lid, van de Wft indien haar beleid (mede) wordt bepaald door een persoon wiens betrouwbaarheid niet is beoordeeld. Bovendien bevat artikel 4:9 van de Wft niet een bepaling die vergelijkbaar is met artikel 4:10, tweede lid, van de Wft.

17. De subsidiaire stelling van de AFM ter zitting dat wanneer [Persoon 1] wel zou zijn aangemeld aangenomen mag worden dat hij door de AFM niet geschikt en niet betrouwbaar was bevonden maakt het voorgaande niet anders. Nog daargelaten of op een dergelijk laat tijdstip een ander feitensubstraat kan worden geschoven onder de gestelde beboetbare normovertreding, kan ook dit subsidiaire standpunt van de AFM de vaststelling van de overtreding van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft door [Vennootschap A] niet dragen. De AFM heeft er weliswaar op gewezen dat [Persoon 1] als aangemelde beleidsbepaler van [Beheerder] en [Vennootschap B] negatief is beoordeeld, maar zij heeft nagelaten in deze procedure te stellen en te beargumenteren dat [Persoon 1] niet geschikt en onbetrouwbaar is. Voor het aanvullen van de juridische grondslag van de bestreden besluiten door zelf – in weerwil van het herhaaldelijk door de AFM in deze zaak ingenomen standpunt – vast te stellen dat [Vennootschap A] artikel 4:26, eerste en negende lid, van de Wft, gelezen in samenhang met artikel 103, eerste lid, van het BGfo, heeft overtreden ziet de rechtbank geen ruimte (ECLI:NL:CBB:2015:330).

18. Nu de rechtbank van oordeel is dat [Vennootschap A] de haar door AFM verweten overtreding van de artikelen 4:9, eerste lid, en 4:10, eerste lid, van de Wft niet heeft begaan door het enkele niet aanmelden van [Persoon 1] als beleidsbepaler, is de grondslag voor het verwijt aan [Persoon 1] dat hij leiding heeft gegeven aan de overtreding komen te ontvallen. Dit geldt evenzeer voor het medeplegen door [Persoon 2]. Daarmee komt de grondslag aan de boeteoplegging aan eisers te ontvallen. De rechtbank zal toepassing geven aan artikel 8:72a van de Awb door zelf in de zaak te voorzien door de primaire besluiten te herroepen voor zover die betrekking hebben op de boeteoplegging.

Redelijke termijn

19. Tot slot zal de rechtbank beoordelen of – zoals is betoogd door eisers – de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is overschreden. De redelijke termijn begint op het moment dat het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting mag ontnemen dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen. Als een zodanige handeling moeten hier de boetevoornemens van 24 mei 2017 worden aangemerkt. De rechtbank ziet geen aanleiding om in deze zaken van een ander aanvangsmoment uit te gaan. In dit geval is er geen reden om af te wijken van het algemeen uitgangspunt dat de redelijke termijn is overschreden als niet binnen twee jaar nadat deze termijn is aangevangen door de rechtbank uitspraak wordt gedaan. De rechtbank stelt vast dat de (totale) procedure die tot deze uitspraak heeft geleid twee jaar en vijf maanden heeft geduurd. Er is dus sprake van een overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM van iets minder dan zes maanden.

20. Omdat de boeteoplegging niet in stand blijft bestaat aanleiding om het beroep op overschrijding van de redelijke termijn op te vatten als een verzoek om schadevergoeding wegens geleden immateriële schade (ECLI:NL:RVS:2014:47 en ECLI:NL:CBB:2013:165). Naar vaste rechtspraak wordt een schadevergoeding van € 500,- per half jaar of gedeelte daarvan dat de redelijke termijn is overschreden toegekend, welke overschrijding gelet op de tijd tussen de aanvang van de charge op 24 mei 2017 en het bestreden besluit van 19 juni 2018 geheel kan worden toegerekend aan het bestuursorgaan. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de redelijke termijn van twee jaar voor het doen van uitspraak in eerste aanleg in schadevergoedingskwesities bestaat uit een half jaar voor de bestuurlijke fase en anderhalf jaar voor de uitspraak in eerste aanleg (ECLI:NL:RVS:2014:188). Onder overeenkomstige toepassing

van de artikelen 8:88 en 8:91 van de Awb zal de rechtbank aan eisers ten laste van de AFM ieder een schadevergoeding toekennen van € 500,-.

Slotoverwegingen

21. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat de AFM aan eisers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

22. De rechtbank veroordeelt de AFM in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 3.072,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift en 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 512,- en wegingsfactor 1,5 wegens de zwaarte van deze samenhangende zaken).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt de bestreden besluiten;
- herroept de primaire besluiten voor zover die betrekking hebben op de boeteoplegging;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de bestreden besluiten;
- veroordeelt de AFM tot betaling van € 500,- schadevergoeding aan [Persoon 1];
- veroordeelt de AFM tot betaling van € 500,- schadevergoeding aan [Persoon 2];
- bepaalt dat de AFM aan eisers het betaalde griffierecht van € 340 (tweemaal € 170,-) vergoedt;
- veroordeelt AFM in de proceskosten van eisers tot een bedrag van € 3.072,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. P. Vrolijk, voorzitter, en mr. A.C. Rop en mr. M. de Rijke, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 22 oktober 2019.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden

ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.