

Zoekresultaat - inzien document

ECLI:NL:CBB:2016:54

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspr>

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	07-03-2016
Datum publicatie	16-03-2016
Zaaknummer	14/170
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2014:1436 , Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Boete Wft. Overtreding bankverbod. Feitelijk leidinggeven
Wetsverwijzingen	Wet op het financieel toezicht Wet op het financieel toezicht 2:11 Wet op het financieel toezicht 3:2
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2016/131 met annotatie van mr. B. Bierman JB 2016/101

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 14/170

22311

uitspraak van de meervoudige kamer van 7 maart 2016 op het hoger beroep van:

[naam 1] , te [plaats] , appellant

(gemachtigde: mr. F.M.A. 't Hart),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 februari 2014, kenmerk ROT 13/3835, in het geding tussen

appellant

en

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB)

(gemachtigden: mr. C.M. Bitter en mr. M.L. Batting).

Procesverloop in hoger beroep

Appellant heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 6 februari 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:1436).

DNB heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 14 april 2015.

Appellant is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. DNB heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden.

Bij beslissing van 24 juli 2015 heeft het College het onderzoek heropend en DNB om nadere inlichtingen gevraagd.

Bij brief van 14 augustus 2015 heeft DNB de inlichtingen verstrekt. Hierop heeft appellant bij brief van 16 september 2015 gereageerd. Op 29 oktober 2015 heeft DNB een nadere reactie gegeven, waarop appellant bij brief van 1 december 2015 heeft gereageerd.

Partijen hebben toestemming gegeven af te zien van een nadere zitting.

Bij brief van 25 januari 2016 heeft het College het onderzoek gesloten en bepaald dat uitspraak zal worden gedaan.

Grondslag van het geschil

- 1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.
- 1.2 Bij besluit van 9 november 2012 (boetebesluit) heeft DNB appellant een boete opgelegd van € 150.000,- vanwege het feitelijk leidinggeven aan overtreding van het bankverbod van artikel 2:11 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door [stichting] (hierna: stichting). Hiertoe heeft DNB samengevat het volgende overwogen. Naar aanleiding van informatie verkregen van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft DNB onderzoek gedaan. Uit dit onderzoek blijkt dat de stichting door het uitgeven van obligaties opvorderbare gelden heeft aangetrokken van niet professionele marktpartijen. De stichting heeft deze gelden doorgeleend aan [naam 2] GmbH ([naam 2]). In de periode van 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012

kwalificeert de stichting als bank. De stichting beschikte hierbij niet over een vergunning en was ook niet op grond van artikel 2:11, tweede lid, van de Wft uitgezonderd van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

Appellant is sinds de oprichting bestuurder van de stichting samen met de heer [naam 3] (hierna: medebestuurder) en [naam 4] B.V. De medebestuurder is op 17 november 2011 overleden.

Appellant heeft als bestuurder feitelijk leiding gegeven aan de overtreding. Hij was op de hoogte van de gedragingen die leidden tot de overtreding, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtreding werd begaan. Appellant was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen. Appellant heeft dit nagelaten.

- 1.3 Bij haar besluit van 1 mei 2013, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft DNB het bezwaar van appellant tegen het boetebesluit ongegrond verklaard.

Uitspraak rechtbank

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant ongegrond verklaard. Voor de overwegingen die de rechtbank tot dat oordeel hebben geleid wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. Appellant heeft de aangevallen uitspraak op diverse onderdelen bestreden. In het navolgende zal het College de aangevoerde gronden, gerubriceerd naar onderwerp beoordelen. Daarbij zal het College per geschilpunt na een - samengevatte - weergave van de standpunten van partijen, de beoordeling laten volgen.

4. Bevoegdheid van DNB tot het instellen van een onderzoek

- 4.1 Appellant voert aan dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat DNB bevoegd was tot het instellen van een onderzoek. De rechtbank verzuimt onderscheid te maken tussen het uitoefenen van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden met het oog op haar reguliere taakuitoefening en de uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden die betrekking hebben op opsporing en bestraffing van met de wet strijdige activiteiten. Dit is een rechtens relevant onderscheid, aangezien anders de bescherming van justitiabelen tegen toepassing van strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden zonder dat daartoe aanleiding is, illusoir zou worden. De redenering van de rechtbank zou er toe kunnen leiden dat opsporing plaatsvindt door de uitoefening en toepassing van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden en aansluitend handhaving via het strafrecht geschiedt. Appellant betoogt niet dat niet tot bestuursrechtelijk handhaving mag worden overgegaan als uit de informatie die verkregen is na uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegdheden blijkt dat (mogelijk) een strafbaar feit is begaan. Deze situatie dient echter te worden onderscheiden van de situatie waarin al voorafgaand aan de uitoefening van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden het vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Daarvan was in casu sprake. DNB had zich moeten beperken tot een beoordeling van de door AFM aan haar voorgelegde constructie maar heeft er voor gekozen om basis daarvan bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden uit te oefenen.

- 4.2 DNB stelt zich op het standpunt dat de uitleg van appellant geen steun vindt in het recht en sluit aan bij de overwegingen van de rechtbank. Hier doet zich niet de situatie voor dat met behulp van toezichtsbevoegdheden strafrechtelijk tegen een overtreding wordt opgetreden. In het kader van haar onderzoek heeft DNB geen bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden ingezet. Ook daarom gaat het betoog van appellant, dat er toe strekt dat geen bestuursrechtelijke bevoegdheden mochten worden ingezet, niet op.

4.3 De hoger beroepsgrond van appellant faalt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het gebruik van bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden, anders dan het gebruik van strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden, niet is gebonden aan het bestaan van een vermoeden dat een wettelijk voorschrift is overtreden. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat, zoals appellant lijkt te betogen, geen bestuursrechtelijke bevoegdheden mogen worden uitgeoefend als voorafgaand aan de uitoefening van die bevoegdheden het vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Voor zover sprake is van een samenloop van de mogelijkheid van bestuursrechtelijk beboeting met strafvervolgning, gelden de in artikel 5:44 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen voorschriften.

5. Cautie

5.1 Appellant voert aan dat, indien DNB al de bevoegdheid toekwam tot het instellen van een onderzoek over te gaan, DNB die bevoegdheid onrechtmatig heeft uitgeoefend door haar plicht om appellant de cautie te geven meermaals te schenden. Op grond van de mededelingen van de AFM van 12 januari 2011 en 4 juli 2011 had DNB een redelijk vermoeden dat de stichting danwel appellant mogelijkwerwijs een economisch delict zouden hebben gepleegd. Tijdens de eerste gesprekken op 26 juli 2011 en 13 januari 2012 heeft DNB aan appellant geen cautie gegeven, terwijl DNB ter onderbouwing van haar oordeel wel wijst op de verslagen van deze gesprekken. Eerst op 27 maart 2012, bijna een jaar na de brief van AFM, geeft DNB appellant de cautie.

5.2 DNB stelt zich op het standpunt dat DNB de cautie op tijd heeft gegeven. Noch op 12 januari 2011, noch op 4 juli 2011 is vastgesteld dat de stichting artikel 2:11 Wft had overtreden. Nog veel minder had DNB toen al het voornemen een bestuurlijke boete op te leggen, zodat er toen geen aanleiding was de cautie te geven. Nadat DNB had vastgesteld dat sprake was van een overtreding en zij voornemens was een boete op te leggen, heeft DNB de cautie gegeven. Bij het bezoek van 15 maart 2012 heeft DNB voor het eerst de cautie gegeven.

5.3 Het College is van oordeel dat ten tijde van de gesprekken op 26 juli 2011 en 13 januari 2012 nog geen sprake was van een "criminal charge". Uit de verslagen van die gesprekken en ook uit de overige relevante stukken blijkt niet dat toen al ten aanzien van appellant een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kon ontleenen dat hem een bestuurlijke boete zou worden opgelegd. Ten tijde van die gesprekken gold daarom geen cautieplicht. Tijdens het bedrijfsbezoek op 15 maart 2012 hebben de toezichthouders van DNB appellant meegedeeld dat zij onderzoek doen naar een mogelijke overtreding van artikel 2:11 Wft. Zij hebben appellant er op gewezen dat DNB een boete kan opleggen in geval een overtreding wordt vastgesteld. De toezichthouders hebben appellant vervolgens de cautie gegeven.

De conclusie is dat geen sprake is van een schending van de cautieplicht.

6. Overtreding

6.1 Op grond van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen. Op grond van het tweede lid van dit artikel geldt de vergunningplicht niet voor degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft (concernfinancieringsmaatschappijen).

Op grond van artikel 1:1 van de Wft wordt onder bank verstaan: degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen.

6.2 Niet in geschil is dat de stichting buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen ter beschikking heeft gekregen. Appellant voert aan dat geen sprake is van overtreding van artikel 2:11 van de Wft, omdat geen sprake was kredietuitzettingen, de stichting niet voor eigen rekening gelden heeft uitgezet en er geen sprake was van bedrijfsmatig handelen door de stichting. Subsidiair stelt appellant zich op het standpunt dat de stichting voldeed aan de vereisten voor vrijstelling als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft.

Het College zal hieronder puntsgewijs ingaan op hetgeen appelland over de overtreding heeft aangevoerd. Het College zal niet ingaan op de hogerberoepsgrond dat de uitgifte van de obligaties in overeenstemming is met de Wft. Deze grond houdt in dat is voldaan aan alle gedragstypische (zorgplicht)regels. Of aan deze regels is voldaan, doet in deze procedure niet ter zake. Hier ligt de vraag voor of sprake is van overtreding van artikel 2:11 van de Wft.

Kredietuitzettingen

6.3.1 Appelland voert aan dat geen sprake is van een kredietuitzetting 'aan een ander'. De overweging van de rechtbank is volgens appelland niet goed te begrijpen. De wetgever heeft niet het begrip 'entiteit' of 'juridische entiteit' maar het begrip 'onderneming' als uitgangspunt genomen. Het begrip onderneming is geen formeel maar een materieel begrip. Verschillende rechtspersonen kunnen samen één onderneming vormen, zo blijkt uit jurisprudentie. Het bestanddeel 'aan een ander' en de daarop (strikte) uitzonderingen moeten in dit licht worden gezien.

De stichting vormt met de Duitse entiteit waarin het vastgoed was ondergebracht één onderneming. Zij zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en vormen een economische eenheid. Indien een onderneming in één juridische entiteit is ondergebracht, ontplooit die entiteit alle activiteiten en trekt het ook de voor de activiteiten benodigde financiering aan. Dit is feitelijk hier niet anders geweest. Dat de financiering geschiedde door een afzonderlijke juridische entiteit (de stichting) die geen andere activiteiten ontplooit (de stichting had geen activa of personeel), maakt niet dat sprake is van twee ondernemingen. Indien er destijds voor was gekozen om de activiteiten van de stichting en [naam 2] in één en dezelfde juridische entiteit onder te brengen zou nimmer sprake kunnen zijn van een overtreding van het bankverbod.

6.3.2 DNB stelt zich op het standpunt dat de stelling dat de stichting en [naam 2] als één onderneming moeten worden gezien, niet opgaat. Voor een dergelijke beperking van het toepassingsbereik is in de wet zelf en in de wetsgeschiedenis geen enkele aanwijzing te vinden. Integendeel: is sprake van een kredietuitzetting *aan een ander*, in de ruimste zin van het woord, dan is het onderdeel 'verrichten van kredietuitzettingen' in de definitie van het begrip bank voldaan. Bovendien is van belang dat de stichting en [naam 2] nu juist doelbewust als twee zelfstandige, los van elkaar staande entiteiten zijn vormgegeven. Daarvoor heeft de stichting bewust gekozen, onder andere om te voorkomen dat de obligatiehouders onder het Duitse belastingregime zouden vallen, alsook om eventuele belangenverstrengeling of aansprakelijkheden uit andere projecten te voorkomen. De gekozen opzet pleit juist tegen de uitleg die appelland aan het begrip 'kredietuitzettingen' in de context van artikel 2:11 van de Wft wil geven.

6.3.3 Het College is met de rechtbank van oordeel dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van kredietuitzettingen aan een ander niet relevant is of de geldgever en de geldnemer als één onderneming kunnen worden aangemerkt. Anders dan appelland betoogt, blijkt noch uit de tekst van de wet noch uit de toelichting hierop dat de wetgever het begrip 'onderneming' tot uitgangspunt heeft genomen bij de definitie van het begrip bank. Ook uit de door appelland aangehaalde jurisprudentie blijkt dit niet, nu deze jurisprudentie niet ziet op de uitleg van het begrip bank. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, ligt het, gelet op het beschermingsdoel van de vergunningplicht voor banken, niet in de rede om een beperkte uitleg aan het begrip bank te geven.

Voor eigen rekening

6.4.1 Appelland voert aan dat de stichting geen gelden voor eigen rekening heeft uitgezet. De stichting liep geen financieel risico. Stichting en obligatiehouders zijn immers overeengekomen dat niet op de stichting kan worden verhaald indien [naam 2] niet jegens de stichting aan haar betalingsverplichtingen voldoet. Dat dit in een latere overeenkomst is vastgelegd, doet geen afbreuk aan het feit dat dit reeds bij aanvang was overeengekomen. De aanvullende overeenkomsten zijn geen aanvulling op de eerdere overeenkomsten, maar een vaststelling tussen partijen wat eerder is overeengekomen. Verder geldt dat de stichting geen financieel gewin heeft beoogd of behaald. De aard van de constructie brengt met zich dat de stichting geen winst of enig batig saldo kan behalen. De stichting was een transparant doorgeefluik. De stichting heeft enkel en alleen de door haar ontvangen rente direct doorbetaald aan de

obligatiehouders.

6.4.2 DNB stelt zich op het standpunt dat de stichting wel financieel risico liep. DNB wijst op de artikelen 3.1, 7 en 8.1 van de Private Placementovereenkomst van februari 2010. Het blijkt ook uit de geldleningsovereenkomst tussen de stichting en [naam 2] . Dat de overeenkomsten die in september en oktober 2012 zijn gesloten een bevestiging vormen van de afspraak met de obligatiehouders dat zij geen aanspraken hadden jegens de stichting is dan ook niet juist. De overeenkomsten van september en oktober 2012 doen daaraan niet af. De overtreding van het bankverbod is dan al een feit en kan niet worden teniet gedaan door het achteraf sluiten van een overeenkomst waarmee het handelen voor eigen rekening wordt 'weggeregeld'. Ook voldoet de stichting aan het alternatieve criterium voor het ontvangen van een winst- of gerelateerde vergoeding.

6.4.3 Het College is met de rechtbank van oordeel dat de stichting voor eigen rekening kredietuitzettingen heeft verricht. Uit geen enkel stuk blijkt dat de latere overeenkomsten een vaststelling betreffen van hetgeen eerder is overeengekomen. Integendeel, uit de eerdere stukken blijkt juist dat het de stichting en niet [naam 2] is die (financiële) verplichtingen jegens de obligatiehouders heeft en dat de stichting dus het financieel risico loopt. Het College verwijst naar de overwegingen van de rechtbank hierover.

Anders dan appelllant meent, is niet relevant of de stichting financieel gewin heeft beoogd of behaald. De stichting heeft, zoals niet is bestreden, een winstgerelateerde vergoeding ontvangen. Dat die vergoeding is doorgegeven doet hier niet aan af.

Bedrijfsmatig handelen

6.5.1 Appellant voert aan dat geen sprake is van bedrijfsmatig handelen. Het aantrekken en uitzetten van de obligatielening dient uitsluitend ter ondersteuning van het vastgoedproject dat als enige asset in de structuur aanwezig was, ook al werd die activiteit ontplooid in een andere juridische entiteit. De vergelijking met een holding die opvorderbare gelden verkrijgt en uitzet, uitsluitend ten behoeve van de financiering van de werkmaatschappijen en ter ondersteuning van de hoofdactiviteit dringt zich op. Een dergelijke holding wordt niet geacht 'zijn bedrijf te maken' van het aantrekken en uitzetten van opvorderbare gelden. Ook uit de statutaire doelstellingen blijkt dat de financieringsactiviteiten niet als zelfstandige identificeerbare activiteit zijn aan te merken. Verder geldt dat de stichting niet 'geregeld en stelselmatig' gelden heeft aangetrokken. Het gaat om een eenmalig project. De stichting is hiervoor opgericht en wordt na afloop opgeheven. Andere activiteiten of uitgiftes heeft de stichting niet gekend.

Maar ook om andere redenen is geen sprake van een bedrijfsmatige bancaire activiteit door de stichting, nu de gelden zijn 'uitgezet' aan een dochtervennootschap.

6.5.2 DNB merkt op dat de enige activiteit van de stichting is geweest het aantrekken en uitzetten van gelden. Dat deze gelden vervolgens door een andere entiteit ([naam 2]) voor de realisatie van een vastgoedproject zijn aangewend, doet hier niet aan af. De vergelijking met concernfinanciering gaat niet op.

6.5.3 Het College deelt het oordeel van de rechtbank dat de stichting haar bedrijf maakt van het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen en het maakt de overwegingen van de rechtbank hierover geheel tot de zijne. Voor zover appelllant stelt dat geen sprake is van 'geregeld en stelselmatig' gelden aantrekken omdat een vergelijking kan worden gemaakt met de financiering door een holding van zijn werkmaatschappijen, oordeelt het College dat van een met een holdingstructuur vergelijkbare samenhang tussen appelllant en de juridische entiteit ten behoeve waarvan de obligatielening werd aangetrokken en uitgezet ([naam 2]) niet is gebleken, zodat de vergelijking niet op gaat.

Uitzondering artikel 3:2 Wft

6.6.1 Appellant voert aan dat de stichting voldeed aan de voorwaarden van artikel 3:2 van de Wft. Het eerste lid van artikel 3:2 van de Wft vereist dat de partij die gelden aantrekt en binnen het concern uitzet, een garantie afgeeft. Dat zou in casu lood om oud ijzer zijn. Uit de relevante vakliteratuur blijkt dat het vereiste van een garantie die is verstrekt door de moeder niet

letterlijk zou moeten gelden, indien de rechtspersoon die de obligatie uitgeeft zelf de ultimate parent company van het concern is. Dat is het geval bij de stichting. Een onvoorwaardelijke garantie van een moeder die tevens als financieringsmaatschappij fungeert en zelf geen middelen heeft, heeft weinig om het lijf.

6.6.2 Met de rechtbank ziet het College in hetgeen appellant over de relevantie van de voorwaarden van artikel 3:2, eerste lid van de Wft heeft aangevoerd geen grond om van deze strikte voorwaarden af te wijken.

6.7 Het College concludeert dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de stichting de in artikel 2:11 van de Wft neergelegde verbodsbepaling heeft overtreden door zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen.

Periode overtreding

7.1 Appellant voert aan dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, van het uitzetten van krediet geen sprake is zolang als het krediet niet is terugbetaald. Het 'uitzetten' en 'terugbetalen' zijn van elkaar te onderscheiden handelingen. De wettelijke definitie is beperkt tot het 'uitzetten'. Instellingen die kredieten hebben uitstaan kunnen in de praktijk ook zonder vergunning opereren indien geen nieuwe kredieten worden uitgezet, maar wel worden terugbetaald.

7.2 Het College deelt het oordeel van de rechtbank dat uit de bescherming die het bankverbod beoogt te bieden voortvloeit dat eerst met de volledige terugbetaling van de gelden een einde komt aan de uitoefening van het bankbedrijf. Als geen vergunningplicht meer zou bestaan na de laatste uitzetting dan zou op dat moment ook een einde komen aan de verplichtingen die gelden voor de uitoefening van het bankbedrijf en aan het (prudentiële) toezicht, terwijl zich op dat moment nog wel opvorderbare gelden onder de bank bevinden.

7.3 Ten aanzien van het beroep op het gelijkheidsbeginsel met de stelling ter zitting dat drie (met name genoemde) instellingen zonder vergunning kunnen opereren terwijl geen nieuwe kredieten worden uitgezet maar wel wordt terugbetaald, overweegt het College het volgende. Twee van de drie instellingen zijn niet in Nederland gevestigd en vallen niet onder het toezicht van DNB. Reeds om die reden kan geen sprake zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel door DNB. Dat het begrip bank is ontleend aan Europese regelgeving maakt dit niet anders. Het gaat hier om de toepassing van de regelgeving in concrete gevallen door andere toezichthouders in andere lidstaten. Volgens vaste rechtspraak van het College, bijvoorbeeld de uitspraak van 8 maart 2006 (ECLI:NL:CBB:2006:AV5872) brengt het gegeven dat lidstaten verschillend omgaan met de uitvoering van Europese regelgeving, nog daargelaten of dat hier het geval is, niet mee dat een bestuursorgaan in strijd handelt met het beginsel dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld, als dit bestuursorgaan het Europese recht correct toepast.

De derde door appellant genoemde instelling is wel in Nederland gevestigd, maar hiervoor geldt dat appellant op geen enkele wijze heeft onderbouwd dat deze instelling over opvorderbare gelden beschikt.

Bij brief van 16 september 2015 heeft appellant nog gewezen op twee andere instellingen die zich in dezelfde situatie zouden bevinden. Het College oordeelt dat dit tardief is aangevoerd en zal deze stellingen van appellant daarom buiten beschouwing laten.

Feitelijk leidinggeven aan de overtreding

8.1 Appellant voert aan dat hij niet kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Appellant heeft geen opzet gehad op zowel het leidinggeven als het strafbare feit dat door de rechtspersoon is begaan. Appellant heeft geen materiële bemoeienis gehad met de wijze waarop de vastgoedactiviteiten zouden worden gefinancierd. Tussen alle betrokkenen is een taakverdeling gemaakt, die ook is vastgelegd. Daaruit blijkt genoegzaam dat de financiering van de vastgoedactiviteiten niet tot de taak van appellant behoorde. De stichting is opgericht omdat het om fiscale redenen voor beleggers gunstig is om via een Nederlandse stichting te beleggen in de (Duitse) vastgoedactiviteiten. De reden dat appellant bestuurder was van de stichting was dat hij het gezicht voor de beleggers was als het ging om de vastgoedactiviteiten, zodat het voor de beleggers wenselijk was dat appellant ook voor hen een

herkenbare band had met de op te richten stichting. De door DNB naar voren gebrachte omstandigheden op grond waarvan in weerwil van de destijds gemaakte portfeuilleverdeling tot het oordeel zou moeten worden gekomen dat appelland feitelijk leiding zou hebben gegeven betreffen alle formele handelingen, zoals bijvoorbeeld het ondertekenen van de uiteindelijke overeenkomsten. Het feit dat hij bij de andere bestuurder heeft aangedrongen op juridisch advies, duidt niet op enige materiele betrokkenheid; appelland heeft slechts willen verifiëren dat de door de andere bestuurder geïnitieerde financieringsvorm ook juridisch houdbaar was. Indien appelland daadwerkelijk feitelijke bemoeienis zou hebben gehad met de financiering van de uitgifte, dan zou het juist niet voor de hand hebben gelegen dat hij hiernaar navraag deed.

Appelland had geen wetenschap van een mogelijke overtreding. Hij heeft ook de mogelijkheid van overtreding niet voor lief genomen. Zo heeft hij altijd aangedrongen op een juridische toets en hem is voorgehouden dat die toets was verricht. Appelland had geen reden te twifelen aan de bevestiging van zijn medebestuurder. Appelland heeft geen relevante juridische kennis en houdt zich ook niet beroepsmatig hiermee bezig. Het is bovendien een onderdeel van het recht dat zelfs door geoefende juristen als lastig te doorgronden wordt beschouwd.

8.2 DNB stelt zich op het standpunt dat zij geen aanwijzingen heeft gevonden voor een scheiding van taken en verantwoordelijkheden zoals appelland die schetst. De stichting, met slechts twee bestuurders en zonder personeel, is opgericht met het oog op de financieringsconstructie die de overtreding vormt. Het gaat om de kernactiviteit van de stichting. Dat alleen al maakt, zelfs bij een taakverdeling zoals appelland die schetst, dat appelland als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt. Maar ook verder is gebleken dat geen sprake was van een zodanige taakverdeling dat appelland niet als feitelijk leidinggevende zou zijn aan te merken. Dat is in de stukken uitgewerkt. DNB verwijst hiernaar.

8.3 De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat appelland als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris

- hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden - maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Het College ziet geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden, niet van belang is of appelland wist dat de gedragingen een overtreding opleverden. Het betoog van appelland dat hij is afgestaan op de bevestiging van zijn medebestuurder dat de juridische toets in orde was, is daarom niet relevant voor de vraag of appelland kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Het kan wel relevant zijn voor de vraag of de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Die vraag komt hierna aan de orde.

Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de gedraging is op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, de feitelijke hoofdactiviteit – en in wezen enige activiteit – van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder is alleen/zelfstandig bevoegd om besluiten te nemen, dan is in beginsel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurd rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. De feiten en omstandigheden van dit geval staven dat appelland kan worden gezien als feitelijke leidinggevende aan de verboden gedraging. Appelland heeft verklaard dat de activiteiten van de stichting zijn geschiedt met zijn instemming. Appelland was op de hoogte van de (hoofdpijnen van de) financieringsconstructie waarvoor de stichting is opgericht. Hij heeft verklaard dat hij op de hoogte was van de uitgifte van de obligaties en van het feit dat de stichting het geld doorleende aan [naam 2]. Uit de door DNB in het bestreden besluit opgesomde feiten en omstandigheden blijkt voorts dat sprake was van nauwe samenwerking en nauw overleg tussen appelland en zijn medebestuurder. Zij deelden een kantoor en zij hadden regelmatig contact met elkaar. Uit de verslagen van de gesprekken met AFM en DNB, die steeds (mede) door appelland zijn gevoerd, blijkt dat appelland goed op de hoogte was van de bedrijfsvoering van de stichting. Verder heeft appelland namens de stichting de overeenkomst tot geldlening met [naam 2] getekend. Ook tekende hij nieuwsbrieven aan de obligatiehouders.

Appellant heeft nog aangevoerd dat hij geen opzet had op het strafbare feit dat door de stichting is begaan. Voor het aanmerken van appellant als feitelijk leidinggevende is echter niet vereist dat appellant opzet had op het grondfeit. Het gaat hier om een overtreding, waarbij voor het opleggen van een bestuurlijke boete niet is vereist dat wordt aangetoond dat sprake is van opzet.

Verwijtbaarheid

- 9.1 Appellant voert aan dat er juridisch advies is ingewonnen waarop vertrouwd mocht worden. Zowel DNB als de rechtbank leggen de lat veel te hoog als het gaat om hetgeen van een niet ter zake deskundige mag worden verlangd omtrent zijn kennis van de Wft, laat staan van dat van een niet ter zake deskundige verlangd mag worden dat deze expliciet navraag doen naar de al dan niet toepasselijkheid van artikel 2:11 van de Wft. De stichting heeft zich ten aanzien van de uitgifte laten adviseren door advocatenkantoor [naam 5]. Dit advies zit niet tussen de stukken, omdat het feitelijk aan de medebestuurder was verstrekt en niet aan appellant. Appellant heeft voor zover dat aan hem nog ter beschikking stond de gevoerde correspondentie in het geding gebracht alsmede de declaraties van het advocatenkantoor. Ook heeft appellant aangetoond dat hij voor de tweede maal advies heeft ingewonnen bij het advocatenkantoor en wederom vernam hij dat geen vergunning was vereist. Het advocatenkantoor wist hoe en dat de stichting de gelden zou aanwenden (en niet oppotten). Appellant heeft gedaan al hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verlangd. Hij heeft niet alleen geconstateerd dat er advies was gevraagd, maar hij heeft ook expliciet bij zijn medebestuurder, die verantwoordelijk was voor de financiering, navraag gedaan of het advies ook werd opgevolgd. Die gaf aan dat dit het geval was.
- 9.2 DNB stelt zich op het standpunt dat zij niet van het opleggen van een boete behoefde af te zien vanwege de stelling dat juridisch advies is ingewonnen over de constructie. Appellant heeft geen advies heeft overgelegd waaruit blijkt dat is gevraagd naar de toelaatbaarheid van de financieringsconstructie tegen de achtergrond van artikel 2:11 van de Wft.
- 9.3 Het College ziet op basis van hetgeen appellant heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat appellant geen verwijt kan worden gemaakt van de door de stichting begane overtreding. Het advies waarop appellant zich beroept bevindt zich niet bij de processtukken, zodat niet kan worden vastgesteld of er een (schriftelijk) advies is uitgebracht, waarover precies advies is gevraagd en wat de inhoud van het advies is geweest. Ook appellant heeft daarover niet inhoudelijk verklaard. Uit de door appellant overgelegde facturen is niet af te leiden waarover is geadviseerd, noch wat precies de omvang en inhoud van het advies is geweest. Uit hetgeen appellant in de gesprekken met DNB naar voren heeft gebracht blijkt dat appellant geen volslagen leek is op financieel gebied. Uit het feit dat appellant naar zijn medebestuurder toe heeft benadrukt dat van belang is dat de legal check in orde was, leidt het College af dat appellant zich ervan bewust was dat de gekozen constructie risico's met zich bracht. Gelet hierop en in aanmerking genomen de beperkte feitelijke werkzaamheden van de stichting en de nauwe samenwerking tussen appellant en zijn medebestuurder had appellant moeten verifiëren dat schriftelijk advies was ingewonnen over de juridische consequenties van de voorgenomen financieringsvorm. In het nadere advies van 22 juli 2011 wordt voor wat betreft de vergunningplicht alleen ingegaan op de vraag of op grond van artikel 3:5 van de Wft een vergunning nodig zou zijn. In het gesprek dat appellant vier dagen later, op 26 juli 2011, met DNB had, heeft DNB expliciet gemeld te willen beoordelen of artikel 2:11 van de Wft van toepassing is op de stichting. Appellant had naar aanleiding hiervan zich nader moeten laten voorlichten. Hij kon toen niet meer volstaan met een verwijzing naar het advies van 22 juli 2011 waarin artikel 2:11 van de Wft niet is betrokken.

Hoor en wederhoor

- 10.1 Appellant voert aan dat DNB het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, nu appellant zich niet heeft kunnen uitlaten over de omvang van de voorgenomen boete, alvorens de boete werd opgelegd.
- 10.2 DNB stelt zich op het standpunt dat geen rechtsregel haar er toe verplicht in het voornemen tot het opleggen van de boete de voorgenomen hoogte daarvan te vermelden.

Het College overweegt dat uit artikel 5:50 Awb niet voortvloeit dat DNB reeds bij het voornemen tot boeteoplegging gehouden is om het boetebedrag te vermelden. In hetgeen appelland heeft aangevoerd, ziet het College geen aanleiding om in dit geval anders te oordelen over de verplichtingen van DNB in deze fase van de procedure tot boeteoplegging. Overigens is appelland in bezwaar, beroep en hoger beroep ruimschoots in de gelegenheid geweest zich uit te laten over de boete-hoogte, zodat ook daarin geen aanleiding gevonden wordt om tot schending van het beginsel van hoor en wederhoor te concluderen.

De beroepsgrond faalt.

Proportionaliteit, gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel

- 11.1 Appelland voert aan dat de omvang van de boete disproportioneel is en bovendien in strijd is met het gelijkheids- en evenredigheidsbeginsel. DNB heeft op geen enkele wijze gemotiveerd waarom ervoor gekozen is om uitsluitend een bestuurder van de pleger (de stichting) te beboeten zonder enig (herstel of bestraffende) maatregel op te leggen aan de pleger en waarom deze keuze zich verdraagt met het handhavingsbeleid en ook anderszins niet in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Appelland wijst verder op een zaak waarin DNB dezelfde boete heeft opgelegd. Als appelland al een boete zou moeten worden opgelegd, dan zou de boete, gelet op de omstandigheden, lager moeten zijn dan in die andere zaak.
 - 11.2 DNB stelt zich op het standpunt dat zij er in dit geval voor mocht kiezen appelland een boete op te leggen. In het algemeen beschouwt zij overtreding van het bankverbod als een zeer ernstige overtreding. Op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector bedraagt het basisbedrag voor een boete in dit geval € 2.000.000,-. Dat bedrag heeft DNB vanwege de verwijtbaarheid van appelland, de omvang van de aangetrokken gelden en de overige feiten en omstandigheden (fors) gematigd. Er is geen reden appelland een lagere boete op te leggen dan DNB in de door appelland aangehaalde zaak heeft gedaan.
 - 11.3 Het College ziet geen grond voor het oordeel dat DNB appelland geen boete mocht opleggen, omdat zij geen handhavingsmaatregelen jegens de stichting heeft genomen. In de toelichting bij artikel 5:1 van de Awb is overwogen dat indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, de bestuurlijke sanctie (daarnaast of) in plaats daarvan ook kan worden opgelegd aan degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding (zie TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 81). Met betrekking tot de boete die is opgelegd in de andere zaak is het College met de rechtbank van oordeel dat de aan appelland opgelegde boete dusdanig is gematigd dat eventuele verschillen tussen die zaak en de zaak van appelland niet nopen tot een onderscheid in de boete.
12. Gelet op het voorgaande is het hoger beroep ongegrond. Dat betekent dat de aangevallen uitspraak in stand blijft.
 13. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Deze uitspraak is gedaan door mr. E.R. Eggeraat, mr. M. van Duuren en mr. J.A.M. van den Berk, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 7 maart 2016.

w.g. E.R. Eggeraat w.g. I.C. Hof