

ECLI:NL:CBB:2017:309

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	13-09-2017
Datum publicatie	13-09-2017
Zaaknummer	16/523 en 16/524
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2016:2880 , Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Proceskostenveroordeling

Inhoudsindicatie

Boetes voor onderneming en feitelijk leidinggever wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft. Financiële draagkracht. Hoewel geen sprake is van een beleidsregel als bedoeld in artikel 1:3, vierde lid, van de Awb, ziet het College aanleiding het door AFM gehanteerde (interne) boetebeleid bij de beoordeling van de hoger beroepen te betrekken. De inhoud van dat boetebeleid acht het College, voor zover in deze zaken aan de orde, in het algemeen niet onredelijk. Beide boetes worden door het College gematigd omdat AFM in de omvang van het eigen vermogen van de overtreders aanleiding had moeten zien de boetes verder te matigen dan zij in haar besluiten heeft gedaan.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 16/523 en 16/524

22311

uitspraak van de meervoudige kamer van 13 september 2017 op de hoger beroepen van:

[naam 1] B.V. ([naam 1]) en **[naam 2]** ([naam 2]), beide te [plaats] , appellanten

(gemachtigde: mr. M.R. Hosemann),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 april 2016, kenmerken ROT 15/5377 en 15/5379, in de gedingen tussen

appellanten

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM)

(gemachtigden: mr. A.J. Boorsma, mr. F.E. de Bruijn en mr. J.R. Baas).

Procesverloop in hoger beroep

Appellanten hebben (ieder afzonderlijk) hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 21 april 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:2880). Het hoger beroep van [naam 1] is bij het College geregistreerd onder zaaknummer 16/523 en het hoger beroep van [naam 2] is geregistreerd onder zaaknummer 16/524.

AFM heeft reacties op beide hogerberoepschriften ingediend.

Bij brief van 7 juni 2017 heeft het College in beide zaken AFM verzocht eventueel door haar gehanteerd (intern) beleid met betrekking tot het beoordelen van financiële draagkracht, over te leggen.

Bij brief van 9 juni 2017 heeft [naam 2] in de zaak met nummer 16/524 aanvullende stukken overgelegd ten aanzien van zijn huidige financiële situatie.

Bij brief van 13 juni 2017 heeft AFM de stukken "Intern Boetetoemettingsbeleid" van 25 maart 2015 en "Matigingsbeleid" van 23 maart 2015 overgelegd. Daarbij heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College van die stukken kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 14 juni 2017 heeft het College beslist dat de gevraagde beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd is, bepaald dat de stukken aan AFM worden teruggezonden en AFM verzocht een ongekuiste versie van de stukken aan het College en de andere partijen toe te zenden.

Bij brieven van 15, 16 en 19 juni 2017 heeft AFM de betreffende stukken aan het College en aan appellanten toegezonden.

Het onderzoek ter zitting in beide zaken heeft plaatsgevonden op 21 juni 2017. [naam 2] is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde, die tevens voor [naam 1] is verschenen. Namens AFM zijn haar gemachtigden verschenen, vergezeld door mr. A.J. van Es en mr. E. Gerats.

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.

16/523

1.2 Bij besluit van 30 december 2014 (primair besluit I) heeft AFM aan [naam 1] een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Ten aanzien van de hoogte van de boete heeft AFM daarbij het volgende overwogen.

1.3 Gelet op het voor overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft geldende basisboetebedrag van € 2.000.000,--, en in aanmerking nemende de ernst, de duur en de verwijtbaarheid van de overtreding, acht AFM een boete van € 3.000.000,-- gerechtvaardigd. Aan de hand van de door [naam 1] overgelegde financiële gegevens komt AFM echter tot de conclusie dat zij een boete van een dergelijke hoogte niet kan dragen. Het door [naam 1] opgegeven eigen vermogen bedraagt € 55.844,--. Volgens AFM dient dit te worden gecorrigeerd met een door [naam 1] afgeboekte post debiteuren van € 446.369,-- en een bedrag aan niet onderbouwde of toegelichte personeelskosten van € 125.840,--. Daarmee komt AFM op een eigen vermogen van [naam 1] van € 628.053,--. Ook na aftrek van eventuele vennootschapsbelasting resteert daardoor een eigen vermogen dat de € 500.000,-- ruimschoots overstijgt. Gelet daarop stelt AFM de boete vast op € 300.000,--.

1.4 Bij besluit van 16 juli 2015, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht (bestreden besluit I), heeft AFM het bezwaar van [naam 1] tegen primair besluit I ongegrond verklaard. Volgens AFM heeft [naam 1] haar stelling dat zij een boete van € 300.000,-- niet kan dragen, onvoldoende onderbouwd. Op basis van de grootboekrekening die door [naam 1] is overgelegd, stelt AFM vast dat het eigen vermogen van [naam 1] € 55.844,-- bedraagt. Afgaande op de door [naam 1] overgelegde stukken dient het eigen vermogen echter met enkele bedragen te worden vermeerderd. [naam 1] heeft een vordering uitstaan bij een derde partij in de vorm van een lening ter grootte van € 147.719,--. Dat dit geen rekening-courant verhouding betreft, zoals AFM in het primaire besluit wellicht ten onrechte stelde, neemt niet weg dat dit bedrag aan [naam 1] toekomt en daarom kan worden meegenomen in haar financiële draagkracht. Het eigen vermogen dient verder te worden verhoogd met een bedrag van € 125.840,-- dat volgens [naam 1] betrekking heeft op personeelskosten over de maanden september en oktober 2013. Ook in bezwaar heeft [naam 1] niet aannemelijk gemaakt dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt. Zij heeft de betreffende kosten niet verder met stukken onderbouwd, terwijl AFM [naam 1] meerdere malen heeft verzocht om inzage te geven in haar financiële positie en daarbij specifiek heeft gevraagd om een toelichting op de personeelskosten. Nu [naam 1] haar personeelskosten niet met controleerbare gegevens heeft gestaafd, komt AFM tot de conclusie dat het niet aannemelijk is dat [naam 1] deze kosten daadwerkelijk heeft moeten maken.

1.5 Gelet op het eigen vermogen van € 55.844,--, de uitstaande lening van € 147.719,-- en het feit dat [naam 1] ten onrechte een bedrag van € 125.840,-- heeft afgetrokken van haar eigen vermogen, beschikt [naam 1] volgens AFM over een bedrag van € 329.403,--. Hieruit blijkt dat [naam 1] gezien haar financiële draagkracht een boete van € 300.000,-- kan dragen. Dat [naam 1] sinds augustus 2013 haar activiteiten heeft moeten staken en er daarom geen verdien capaciteit meer is, doet hieraan niets af.

1.6 Voor de volledigheid merkt AFM op dat zij het bezwaar van [naam 1] dat AFM ten onrechte heeft aangenomen dat het eigen vermogen met € 446.369,-- moet worden verhoogd, gegrond acht. Echter dit leidt er niet toe dat [naam 1] de boete niet zou kunnen betalen en dit heeft dan ook verder geen consequenties voor de hoogte van de boete.

16/524

1.7 Bij besluit van 30 december 2014 (primair besluit II) heeft AFM aan [naam 2] een bestuurlijke boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft door [naam 1]. Ten aanzien van de hoogte van de boete heeft AFM daarbij het

volgende overwogen.

- 1.8 Gelet op het voor overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft geldende basisboetebedrag van € 2.000.000,--, en in aanmerking nemende de ernst, de duur en de verwijtbaarheid van de overtreding, acht AFM een boete van € 3.000.000,-- gerechtvaardigd. AFM ziet echter aanleiding het boetebedrag naar beneden bij te stellen gelet op de draagkracht van [naam 2] . [naam 2] heeft, ondanks herhaalde verzoeken daartoe van AFM, in het geheel geen gegevens overgelegd inzake zijn persoonlijke draagkracht. Op grond daarvan is AFM van oordeel dat zij de draagkracht van [naam 2] in redelijkheid dient te schatten. Zij houdt daarbij rekening met de omstandigheid dat aan [naam 2] potentieel tweemaal een boete wordt opgelegd. Eerst in de hoedanigheid als potentieel begunstigde van [naam 3] (hierna: [naam 3]), gelet op het feit dat [naam 2] enig bestuurder is van [naam 3] en [naam 3] enig aandeelhouder van [naam 1] . Daarnaast wordt [naam 2] geraakt als natuurlijk persoon in de hoedanigheid van feitelijk leidinggever. Gelet daarop acht AFM een boete van € 200.000,-- voor [naam 2] evenredig.
- 1.9 Bij besluit van 16 juli 2015, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht (bestreden besluit II), heeft AFM het bezwaar van [naam 2] tegen primair besluit II ongegrond verklaard. Op basis van de in bezwaar overgelegde stukken en aangevoerde gronden heeft AFM de financiële draagkracht van [naam 2] beoordeeld. Daarbij komt AFM tot de conclusie dat [naam 2] de boete van € 200.000,-- moet kunnen betalen. AFM constateert op basis van de (voorlopige) belastingaangiften dat er nog meerdere rekeningen op naam van [naam 2] staan die niet door hem op het draagkrachtformulier zijn ingevuld. AFM twijfelt derhalve aan de juistheid en volledigheid van de op de vragenlijst ingevulde gegevens. AFM maakt daarom voor de bepaling van de draagkracht gebruik van de voorlopige belastingaangifte 2014 die [naam 2] heeft overgelegd. Uit deze aangifte blijkt dat [naam 2] beschikt over een bedrag van € 207.189,-- en daarnaast een schuld heeft van € 7.537,--. Dit komt neer op een vermogen van € 199.652,--. Hierbij dient volgens AFM te worden opgeteld het vermogen van de eenmanszaak van [naam 2] van € 59.435,--. Tezamen levert dit een vermogen op van € 259.087,-. Dat [naam 2] stelt dat zijn vermogen in het geheel is bedoeld om bij te dragen aan zijn pensioen acht AFM niet relevant, aangezien zij geen rekening hoeft te houden met het doel waarvoor het vermogen wordt aangehouden. AFM ziet dan ook niet in waarom dit vermogen niet kan worden meegenomen bij de beoordeling van de financiële draagkracht.

Uitspraak van de rechtbank

- 2.1 De rechtbank heeft de beroepen van appellanten ongegrond verklaard. Daartoe heeft zij, voor zover voor de hoger beroepen van belang, het volgende overwogen.

[naam 1]

- 2.2 AFM is voor het vaststellen van de draagkracht van [naam 1] terecht uitgegaan van een eigen vermogen van € 55.844,-- en heeft daarbij terecht een vordering van € 147.719,-- opgeteld die [naam 1] als lening bij een derde heeft uitstaan. Dat deze vordering inmiddels zou zijn afgewikkeld, waarvan het grootste deel al in de eerste helft van 2014, en dat daarmee schulden zouden zijn betaald, zoals [naam 1] stelt, is niet onderbouwd. Tevens heeft AFM het eigen vermogen terecht gecorrigeerd met een bedrag van € 125.840,--, te weten de kosten voor de inhuur van extern personeel gedurende de maanden september en oktober 2013, nu deze kosten zijn opgekomen nadat het verstrekken van kredieten is beëindigd en appellante niet met facturen of overeenkomsten met de externe werknemers heeft onderbouwd dat zij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt en ook heeft moeten maken. AFM heeft voorts terecht geen rekening gehouden met de kortlopende schulden van € 114.728,-- nu [naam 1] niet inzichtelijk heeft gemaakt aan wie zij die gelden verschuldigd is en ook niet heeft gespecificeerd waarvoor de

kortlopende schulden bestaan. Dat deze kosten zijn opgenomen in de aangifte vennootschapsbelasting en dat de belastingdienst de aanslag daarop heeft gebaseerd, maakt het voorgaande niet anders. AFM heeft voorts deugdelijk gemotiveerd waarom zij het eigen vermogen van [naam 1] niet langer heeft gecorrigeerd met de vordering debiteuren tot een bedrag van € 446.369,--.

2.3 Gelet op het voorgaande stelt AFM zich naar het oordeel van de rechtbank terecht op het standpunt dat [naam 1] op het moment van het opleggen van de boete op 30 december 2014 over voldoende draagkracht beschikte om de boete te voldoen. [naam 1] heeft met de stukken die zij in beroep heeft overgelegd niet aannemelijk gemaakt dat haar positie thans zodanig is dat zij niet in staat is (al dan niet in termijnen, op grond van een afbetalingsregeling) de boete te voldoen. Daarbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat AFM op 5 mei 2014 het voornemen bekend heeft gemaakt tot boeteplegging over te gaan en dat [naam 1] met de betaling daarvan rekening heeft kunnen en moeten houden, bijvoorbeeld door een bedrag daarvoor te reserveren.

[naam 2]

2.4 AFM is bij het bepalen van de draagkracht van [naam 2] in bezwaar terecht niet uitgegaan van de gegevens die hij heeft vermeld op het draagkrachtformulier, nu [naam 2] hierop alleen zijn beleggingsrekeningen heeft vermeld en niet zijn andere betaalrekening(en), die er gelet op de overgelegde belastingaangiftes wel zijn. AFM twijfelt derhalve terecht aan de juistheid en volledigheid van de op het formulier vermelde gegevens en is daarom niet ten onrechte uitgegaan van de voorlopige aangifte inkomstenbelasting over 2014. Hieruit blijkt dat het vermogen van [naam 2] € 199.652,-- bedraagt. Gecombineerd met het vermogen van de eenmanszaak levert dit een vermogen op van € 259.087,--. Onder verwijzing naar de uitspraak van het College van 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, oordeelt de rechtbank dat AFM zich daarbij terecht op het standpunt heeft gesteld dat het gelet op het punitieve karakter van de bestuurlijke boete bij het bepalen van de draagkracht niet doorslaggevend is dat het aanwezige eigen vermogen bedoeld zou zijn als pensioenvoorziening.

2.5 Gelet op het voorgaande is de rechtbank met AFM van oordeel dat [naam 2] op het moment van het opleggen van de boete op 30 december 2014 over voldoende draagkracht beschikte om de boete te voldoen. [naam 2] heeft met de stukken die hij in beroep heeft overgelegd niet aannemelijk gemaakt dat zijn positie thans zodanig is dat hij niet in staat is (al dan niet in termijnen, op grond van een afbetalingsregeling) de boete te voldoen. Uit deze stukken kan weliswaar worden afgeleid dat zijn vermogen is geslonken sinds 2013, maar hij heeft geen inzage gegeven in de noodzaak tot aanzienlijke opnames van zijn rekeningen na 2013. De stelling van [naam 2] dat hij deze opnames heeft gedaan om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien, heeft hij niet onderbouwd. Zoals blijkt uit de vragenlijst heeft [naam 2] een eigen woning ter waarde van € 102.000,-- met een hypotheek van € 30.085,--, zodat zijn woonlasten zeer beperkt zijn. Het hoge bedrag dat [naam 2] stelt verschuldigd te zijn aan verzekeringen – € 978,-- per maand – roept vraagtekens op en is niet door hem onderbouwd, terwijl ook onaannemelijk is dat de maandelijkse zakelijke kosten gelet op de omvang van zijn eenmanszaak € 500,-- per maand zouden bedragen. Voorts is het door [naam 2] gestelde bedrag aan kosten voor kleding en voeding van € 1.000,-- per maand voor hem alleen erg hoog. AFM heeft in dat verband terecht opgemerkt dat van [naam 2] verwacht mag worden dat hij zijn levensstandaard – waarvan hij de noodzaak gelet op het voorgaande niet aannemelijk heeft gemaakt – enigszins aanpast indien dat noodzakelijk is voor het betalen van de boete. Daarnaast betaalt [naam 2] premie voor lijfrente, die ook duidt op een zekere vermogensopbouw, zonder dat hij duidelijk heeft gemaakt welke waarde deze vertegenwoordigt. Verder heeft [naam 2] inkomsten uit onderneming. Hoe deze zich verhouden tot de noodzaak van de opnames is niet inzichtelijk gemaakt. Ook anderszins heeft [naam 2] niet onderbouwd waardoor de afname van zijn vermogen veroorzaakt is, zodat de rechtbank aan deze afname geen doorslaggevend gewicht toekent bij het bepalen van de draagkracht.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

De standpunten van appellanten in hoger beroep

- 3.1 Appellanten komen in hoger beroep enkel op tegen de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot hun financiële draagkracht.
- 3.2 [naam 1] betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen consequenties heeft verbonden aan de omstandigheid dat AFM het eigen vermogen van [naam 1] in bestreden besluit I aanzienlijk lager heeft vastgesteld dan in primair besluit I. Nu het eigen vermogen van [naam 1] ook volgens AFM minder is dan € 500.000,--, had de boete – gelet op het door AFM gehanteerde boetebeleid – maximaal € 150.000,-- mogen bedragen in plaats van € 300.000,--. Volgens [naam 1] bestaat er voorts aanleiding de boete verder te verlagen. AFM heeft het eigen vermogen in bestreden besluit I ten onrechte met verscheidene posten gecorrigeerd, als gevolg waarvan dat eigen vermogen ten gunstig is voorgesteld. Ook betoogt [naam 1] dat de rechtbank er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat zij haar activiteiten reeds in augustus 2013 heeft gestaakt en sindsdien geen enkele verdien capaciteit meer heeft. Van een afbetalingsregeling kan daardoor geen sprake zijn. Evenmin had [naam 1] vanaf mei 2014 een bedrag kunnen reserveren, nog daargelaten dat het op dat moment alles behalve duidelijk was of kon zijn wat de hoogte van de boete zou worden. Bovendien heeft de rechtbank haar overwegingen ten onrechte gebaseerd op financiële gegevens over 2013 in plaats van op de gegevens over 2014, waaruit blijkt dat het ondernemingsvermogen verder is afgenomen.
- 3.3 Ook [naam 2] stelt zich op het standpunt dat AFM op onjuiste wijze toepassing heeft gegeven aan haar boetebeleid. Op basis van dat beleid zou ook in zijn geval een boete van maximaal € 150.000,-- geboden zijn, in plaats van een boete van € 200.000,--. [naam 2] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat AFM terecht niet is uitgegaan van de gegevens die hij heeft ingevuld op het draagkrachtformulier. Voorts is de rechtbank ten onrechte voorbij gegaan aan de in beroep overgelegde aangifte inkomstenbelasting 2014, waaruit blijkt dat het vermogen van [naam 2] is gedaald. Wat betreft het vermogen van de eenmanszaak betoogt [naam 2] dat de post "onderhanden werk" niet zonder meer kan worden meegeteld voor de bepaling van het vermogen, aangezien dit slechts een papieren positie betreft waarvan in 2015 een substantieel deel is afgeboekt. Volgens [naam 2] mag niet lichtvaardig voorbij worden gegaan aan de omstandigheid dat het door hem opgebouwde vermogen bedoeld is om te voorzien in zijn pensioen, zeker gelet op het feit dat hij als zelfstandig ondernemer verantwoordelijk is voor een eigen pensioenopbouw. [naam 2] betoogt dat hij wel degelijk heeft aangetoond dat zijn inkomsten uit ondernemingsactiviteiten de afgelopen paar jaar (uitermate) beperkt waren en dat die inkomsten zelfs te laag waren om aan de vaste lasten te voldoen. De wisselende standen van zijn beleggingsrekeningen worden volgens hem verklaard doordat op obligaties wordt afgelost en beleggingen onderhevig zijn aan koersfluctuaties. De onttrekkingen waren noodzakelijk om aan de kosten van levensonderhoud te voldoen. Ook in de toekomst zal het vermogen volgens [naam 2] nodig zijn om in zijn vaste lasten en levensonderhoud te kunnen voorzien.

Het beoordelingskader

- 4.1 Zoals ook volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, dient een bestuursorgaan, indien het bij het opleggen van een boete rekening houdt met de draagkracht van de overtreder, daarbij acht te slaan op diens financiële positie ten tijde van het besluit tot het opleggen van de boete. Wordt de beslissing van een bestuursorgaan over de hoogte van een boete aan het oordeel van de rechter onderworpen, dan dient deze zijn oordeel dienaangaande te vormen met inachtneming van de te zijnen overstaan aannemelijk geworden

omstandigheden waarin de belanghebbende op dat moment verkeert, waaronder diens draagkracht.

- 4.2 AFM heeft bij het vaststellen van de aan appellanten opgelegde boetes toepassing gegeven aan haar (interne) boetebeleid. Meer in het bijzonder heeft zij in dit verband gewezen op de stukken "Intern Boetetoemingsbeleid" van 25 maart 2015 en "Matigingsbeleid" van 23 maart 2015. Op grond van het in deze stukken neergelegde boetebeleid wordt de hoogte van de boete, voor zover voor de onderhavige zaken van belang, als volgt bepaald.
- 4.3 Het uitgangspunt voor de boetetoemeting wordt gevormd door het voor de overtreding geldende basisbedrag neergelegd in artikel 1:81, tweede lid (oud), van de Wft, van – in dit geval – € 2.000.000,--. Om van dit basisbedrag tot het uiteindelijke boetebedrag te komen, hanteert AFM een stappenplan bestaande uit zeven stappen.
- 4.4 Bij stap 1 van het boetetoemingsbeleid kan het basisbedrag in stappen van 25% worden verhoogd of verlaagd, met een maximum van 50%, vanwege de ernst en de duur van de overtreding. Bij stap 2 kan het basisbedrag in stappen van wederom 25% worden verhoogd of verlaagd, met een maximum van 50%, in verband met de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Bij stap 3 van het boetetoemingsbeleid wordt gezien of sprake is van recidive, hetgeen kan leiden tot verdubbeling van het boetebedrag. Bij stap 4 wordt beoordeeld of de boete evenredig is in verhouding tot de objectieve draagkracht van de overtreder, afgemeten naar de omvang van de onderneming. Hierbij maakt AFM gebruik van een tabel (de draagkrachttabel), waarin de draagkracht van de overtreder wordt gerelateerd aan factoren als het eigen vermogen, het balanstotaal, het aantal werknemers, of de omzet. Afhankelijk van de objectieve draagkracht stelt AFM de boete vast op 5%, 10%, 60% of 100% van het bedrag dat voortvloeit uit toepassing van de eerste drie stappen van het boetebeleid. Bij stap 5, die enkel geldt voor boetes opgelegd vanaf begin 2015 en daarom niet op de onderhavige zaken van toepassing is, wordt gekeken naar het voordeel dat is behaald met de overtreding. Bij stap 6 beziet AFM of er aanleiding bestaat voor verdere verlaging van de boete vanwege de specifieke omstandigheden van het geval (de passendheidstoets). Ten slotte beoordeelt AFM bij stap 7 of er aanleiding bestaat de boete verder te verlagen op grond van de geïndividualiseerde of subjectieve draagkracht.
- 4.5 Stap 7 van het boetetoemingsbeleid (betrekking hebbend op de geïndividualiseerde of subjectieve draagkracht) is nader uitgewerkt in het "Matigingsbeleid" van 23 maart 2015. AFM bepaalt in vier (nadere) stappen of de financiële draagkracht van de overtreder aanleiding vormt de boete verder te matigen. De precieze invulling van deze stappen kan variëren naar gelang de hoedanigheid van de overtreder (natuurlijke persoon, rechtspersoon of personenvennootschap zoals de vennootschap onder firma). Als eerste stap wordt door AFM gekeken naar het vermogen van de overtreder, met uitzondering van de hoofdwoning of het bedrijfspand. Als de waarde van het vermogen hoger is dan de hoogte van de boete, is van een beperkte draagkracht geen sprake en is matiging van de boete niet aan de orde. Is het vermogen ontoereikend, dan wordt onder stap 2 het inkomen van de overtreder gezien. Wordt het inkomen meegenomen bij de bepaling van de draagkracht, dan wordt altijd een betalingsregeling toegepast. Is het totaal van het vermogen en het inkomen onvoldoende om de boete te kunnen dragen, dan wordt bij stap 3 de overwaarde van de woning of het bedrijfspand bij de draagkracht betrokken. Dit wordt echter enkel gedaan indien sprake is van een substantiële overwaarde (meer dan € 75.000,--). Is ook inclusief de overwaarde sprake van onvoldoende draagkracht, dan wordt de boete onder stap 4 gematigd tot aan de totale waarde van het vermogen, het inkomen en de (substantiële) overwaarde.
- 4.6 Volgens het matigingsbeleid matigt AFM de boete alleen indien de overtreder volledige, controleerbare en actuele informatie aanlevert ten aanzien van de draagkracht. Worden onvolledige gegevens verstrekt, dan kan AFM er voor kiezen om een schatting te maken op basis van de wel beschikbare gegevens.

4.7 Wat betreft de relevantie van het hiervoor uiteengezette boetebeleid voor de beoordeling van de onderhavige hoger beroepen, overweegt het College het volgende. Het (interne) boetebeleid van AFM is geen beleidsregel als bedoeld in artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), nu er op grond van de voorhanden zijnde gegevens van uit moet worden gegaan dat dit beleid niet bij besluit is vastgesteld. Dat neemt echter niet weg dat in het boetebeleid de criteria en uitgangspunten zijn neergelegd die AFM in haar beschikkingspraktijk – en ook in deze zaken – als vaste gedragslijn heeft toegepast ter bepaling van de hoogte van de op te leggen boete en de wijze waarop daarbij rekening wordt gehouden met de financiële positie van de overtreder. Gelet daarop zal het College dit beleid bij de beoordeling van de hoger beroepen betrekken. De inhoud van het boetebeleid acht het College, voor zover in deze zaken aan de orde, in het algemeen niet onredelijk.

De beoordeling van het hoger beroep van [naam 1]

- 5.1 Ten aanzien van de wijze waarop AFM met betrekking tot [naam 1] uitvoering heeft gegeven aan stap 4 van het boetetoemettingsbeleid, overweegt het College het volgende. [naam 1] valt bij de toepassing van de draagkrachttabel, naar AFM ter zitting heeft toegelicht, binnen de categorie “Financiële dienstverleners”. De objectieve draagkracht van financiële dienstverleners wordt door AFM gebaseerd op het aantal werknemers dat rechtstreeks betrokken is bij de dienstverlening, of op het eigen vermogen van de onderneming, waarbij het criterium waarmee de onderneming in de hoogste boetecategorie komt doorslaggevend is. In het geval van [naam 1] is alleen gekeken naar het eigen vermogen. Indien het eigen vermogen van een financiële dienstverlener minder is dan € 500.000,-- wordt volgens de draagkrachttabel een boete opgelegd ter hoogte van 5% van het bij de stappen 1 tot en met 3 vastgestelde boetebedrag. Indien het eigen vermogen ligt tussen € 500.000,-- en € 5.000.000,- wordt een boete opgelegd ter hoogte van 10% van dat boetebedrag.
- 5.2 AFM heeft het eigen vermogen van [naam 1] , na correctie daarvan met verscheidene posten, in bestreden besluit I zonder voorbehoud op € 329.403,-- bepaald.
- 5.3 Ter zitting van het College heeft AFM betoogd dat zij er in bezwaar niet van overtuigd was dat het eigen vermogen van [naam 1] zodanig was gedaald ten opzichte van het primaire besluit dat een boete uit de 5%-categorie zou moeten worden opgelegd, omdat veel onduidelijkheid was blijven bestaan over de precieze omvang van dat eigen vermogen. AFM heeft hierbij echter niet inzichtelijk gemaakt waarom het eigen vermogen nog op andere manieren zou moeten worden gecorrigeerd dan zij reeds in bestreden besluit I heeft gedaan. Daarnaast is het onjuist om te stellen dat het eigen vermogen van [naam 1] in het bestreden besluit is gedaald ten opzichte van het primaire besluit, aangezien de oorzaak van de door AFM doorgevoerde correctie van het eigen vermogen gelegen was in de omstandigheid dat zij zelf tot de conclusie kwam dat een omvangrijke balanspost in het primaire besluit ten onrechte door haar bij het eigen vermogen was opgeteld. Gelet op het voorgaande acht het College aannemelijk dat het eigen vermogen van [naam 1] ten tijde van het bestreden besluit lager was dan € 500.000,--, waardoor op grond van stap 4 van het boetetoemettingsbeleid een boete van 5% van het boetebedrag is aangewezen. Gelet op het met toepassing van de stappen 1 tot en met 3 bepaalde boetebedrag van € 3.000.000,-- resulteert dit in een boete van € 150.000,--. Het hoger beroep van [naam 1] is in zoverre gegrond.
- 5.4 [naam 1] heeft betoogd dat de boete nog verder zou moeten worden verlaagd. Het College ziet in de door [naam 1] aangevoerde argumenten geen aanleiding te oordelen dat AFM het gecorrigeerde eigen vermogen in bestreden besluit I te hoog heeft vastgesteld. AFM heeft het eigen vermogen terecht gecorrigeerd met de vordering van [naam 1] op [naam 3] . De stelling van [naam 1] dat deze vordering in de loop van 2014 zou zijn afgewikkeld, en dat de hiermee verkregen gelden zouden zijn gebruikt om de kortlopende schulden af te betalen, is onvoldoende door haar onderbouwd. Nu [naam 1] voorts niet inzichtelijk heeft gemaakt aan wie zij de kortlopende schulden verschuldigd is en evenmin heeft gespecificeerd waarvoor die schulden

bestaan, is AFM ook aan die post terecht voorbijgegaan. Voorts heeft AFM het eigen vermogen terecht gecorrigeerd met de kosten die volgens [naam 1] gemoeid waren met de inhuur van extern personeel gedurende de maanden september en oktober 2013, aangezien deze kosten zijn opgekomen nadat het verstrekken van kredieten is beëindigd en [naam 1] niet met facturen of overeenkomsten met de externe werknemers heeft onderbouwd dat zij deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt en ook heeft moeten maken. Het betoog van [naam 1], dat AFM en de rechtbank in ieder geval rekening hadden moeten houden met een redelijk bedrag aan personeelskosten, aangezien zaken zoals het verwerken van kredietaanvragen en de uitbetaling daarvan geen volledig geautomatiseerd proces was, kan niet worden gevolgd, aangezien het aan [naam 1] is om de betreffende kosten met volledige, controleerbare en actuele gegevens inzichtelijk te maken. Daarin is zij niet geslaagd.

5.5 Anders dan [naam 1] betoogt, heeft de rechtbank haar beoordeling niet ten onrechte gebaseerd op de financiële gegevens van [naam 1] over 2013. Over het boekjaar 2014 heeft [naam 1] enkel een aangifte vennootschapsbelasting overgelegd. Daarmee heeft zij onvoldoende inzicht geboden in (de ontwikkeling van) haar draagkracht over dat boekjaar. Derhalve mocht de rechtbank de draagkracht van [naam 1] vaststellen op basis van de gegevens over het boekjaar 2013, aan het einde waarvan [naam 1] beschikte over een eigen vermogen van € 329.403,--.

5.6 Gelet op het voorgaande is het College van oordeel dat [naam 1] op het moment van het opleggen van de boete op 30 december 2014 over voldoende draagkracht beschikte om een boete van € 150.000,-- te voldoen.

Conclusie ten aanzien van het hoger beroep van [naam 1]

6.1 Het hoger beroep van [naam 1] is gegrond voor zover het betreft de hoogte van de aan haar opgelegde boete. De aangevallen uitspraak dient in zoverre te worden vernietigd.

6.2 Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen verklaart het College het beroep van [naam 1] gegrond en vernietigt bestreden besluit I voor zover het betreft de hoogte van de opgelegde boete. Primair besluit I wordt in zoverre herroepen.

6.3 [naam 1] heeft in hoger beroep geen nieuwe gegevens overgelegd waaruit zou blijken dat haar financiële positie thans zodanig is dat zij niet in staat is een boete van € 150.000,-- te dragen. Gelet daarop zal het College zelf in de zaak voorzien door het boetebedrag voor [naam 1] vast te stellen op € 150.000,--. Deze boete acht het College in dit geval, gelet op alle specifieke feiten en omstandigheden, passend en geboden.

De beoordeling van het hoger beroep van [naam 2]

7.1 Wat betreft de wijze waarop AFM ten aanzien van [naam 2] uitvoering heeft gegeven aan het boetebeleid, overweegt het College het volgende. Natuurlijke personen vallen in de draagkrachttabel onder de (rest)categorie "Personen en vennootschappen, niet zijnde ondernemingen als bovenbedoeld". De objectieve draagkracht van overtreders uit deze categorie wordt door AFM gebaseerd op het eigen vermogen. Indien het eigen vermogen minder is dan € 500.000,-- wordt een boete opgelegd ter hoogte van 5% van het bij de stappen 1 tot en met 3 vastgestelde boetebedrag. Indien het eigen vermogen ligt tussen € 500.000,-- en € 2.000.000,-- wordt een boete opgelegd ter hoogte van 10% van dat boetebedrag.

7.2 Ter zitting van het College heeft AFM betoogd dat zij, omdat [naam 2] voorafgaand aan de boeteoplegging geen financiële gegevens had overgelegd, niet heeft kunnen aansluiten bij de draagkrachttabel uit stap 4 van het boetetoemingsbeleid. Om die reden is de boete in primair besluit II vastgesteld op grond van de passendheidstoets van stap 6 van het beleid. Hierbij heeft AFM de boete, rekening houdend met het geschatte vermogen van [naam 2] en met de omstandigheid dat aan hem potentieel tweemaal een boete wordt opgelegd, vastgesteld op €

200.000,--. Volgens AFM heeft zij in bezwaar evenmin toepassing kunnen geven aan de draagkrachttabel omdat de door [naam 2] overgelegde (financiële) stukken onvolledig, onjuist dan wel tegenstrijdig zijn, waardoor het eigen vermogen niet definitief kan worden vastgesteld. Daarom heeft AFM uitsluitend gekeken of [naam 2] op basis van de in bezwaar overgelegde gegevens de reeds opgelegde boete van € 200.000,-- kan dragen. Volgens AFM heeft zij geen volledig beeld kunnen krijgen van de financiële positie van [naam 2], maar heeft zij wel kunnen vaststellen dat het eigen vermogen van [naam 2] zodanig is dat hij de boete van € 200.000,-- kan dragen.

- 7.3 Het College ziet in de door AFM aangevoerde argumenten geen reden om ten aanzien van [naam 2] af te zien van toepassing van de draagkrachttabel. Uit bestreden besluit II blijkt dat AFM aanleiding heeft gezien het door [naam 2] ingevulde draagkrachtformulier bij de beoordeling buiten beschouwing te laten. Dat neemt echter niet weg dat AFM het eigen vermogen van [naam 2] aan de hand van andere stukken vast heeft kunnen stellen op € 259.087,--. Op basis van hetgeen AFM heeft aangevoerd bestaat naar het oordeel van het College geen aanleiding te veronderstellen dat het eigen vermogen van [naam 2] ten tijde van het bestreden besluit meer dan € 500.000,-- bedroeg. Onder die omstandigheid is op grond van stap 4 van het boetetoemingsbeleid een boete van 5% van het boetebedrag aangewezen. Gelet op het met toepassing van de stappen 1 tot en met 3 bepaalde boetebedrag van € 3.000.000,- resulteert dit voor [naam 2] in een boete van € 150.000,--. Aangezien AFM aan [naam 2] een boete heeft opgelegd van € 200.000,--, is het hoger beroep in zoverre gegrond.
- 7.4 Uit het boetetoemingsbeleid – zie § 5 – kan worden afgeleid dat de omstandigheid dat een feitelijk leidinggever als gevolg van beboeting van hemzelf en de rechtspersoon tweemaal in zijn vermogen wordt getroffen, aanleiding kan vormen de boete met een derde te verlagen. Nu die omstandigheid zich ook in het geval van [naam 2] voordoet, aangezien hij als feitelijk leidinggever wordt beboet, terwijl hij tevens via [naam 3] in zijn vermogen kan worden getroffen door de aan [naam 1] opgelegde boete, ziet het College aanleiding voor een (verdere) verlaging van de boete met een derde van het boetebedrag. Op grond hiervan dient de boete op € 100.000,-- te worden vastgesteld.
- 7.5 Het College stelt vast dat [naam 2] blijkens de door hemzelf overgelegde stukken ten tijde van bestreden besluit II beschikte over een vermogen van meer dan € 100.000,--. Ook thans beschikt [naam 2] blijkens het door hem op 9 juni 2017 overgelegde overzicht over een vermogen dat € 100.000,-- overstijgt. Gelet daarop acht het College niet aannemelijk dat de financiële positie van [naam 2] thans zodanig is dat hij niet in staat is een boete van € 100.000,-- te dragen. De enkele, niet onderbouwde, stelling van [naam 2] dat zijn spaar- en beleggingsvermogen bestemd is om als pensioen te dienen, maakt naar het oordeel van het College niet dat AFM dit vermogen buiten beschouwing had moeten laten bij het bepalen van de draagkracht. Ten overvloed merkt het College daarbij op dat [naam 2] – zoals blijkt uit de door hem overgelegde stukken – ook op een andere wijze vermogen reserveert voor zijn pensioen, waarbij hij heeft nagelaten inzicht te geven in de aard en omvang van die pensioenvoorziening.

Conclusie ten aanzien van het hoger beroep van [naam 2]

- 8.1 Het hoger beroep van [naam 2] is gegrond voor zover het betreft de hoogte van de aan hem opgelegde boete. De aangevallen uitspraak dient in zoverre te worden vernietigd.
- 8.2 Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen verklaart het College het beroep van [naam 2] gegrond en vernietigt bestreden besluit II voor zover het betreft de hoogte van de opgelegde boete. Primair besluit II wordt in zoverre herroepen.
- 8.3 Het College zal zelf in de zaak voorzien door het boetebedrag voor [naam 2] vast te stellen op € 100.000,--. Deze boete acht het College in dit geval, gelet op alle specifieke feiten en omstandigheden, passend en geboden.

Proceskostenveroordeling en griffierecht

- 9.1 Het College veroordeelt AFM in de door [naam 1] gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.475,-- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij de rechtbank, 1 punt voor het indienen van het hoger beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 495,-- en een wegingsfactor 1).
- 9.2 Het College veroordeelt AFM in de door [naam 2] gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.475,-- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij de rechtbank, 1 punt voor het indienen van het hoger beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 495,-- en een wegingsfactor 1).
- 9.3 Ten slotte draagt het College AFM op de door [naam 1] en [naam 2] betaalde griffierechten in beroep (ten bedrage van respectievelijk € 331,-- en € 167,--) en hoger beroep (ten bedrage van respectievelijk € 503,-- en € 251,--) te vergoeden.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover deze betrekking heeft op de hoogte van de aan appellanten opgelegde boetes;
- verklaart de bij de rechtbank ingestelde beroepen van appellanten tegen de bestreden besluiten gegrond en vernietigt deze besluiten voor zover betrekking hebbend op de hoogte van de aan appellanten opgelegde boetes;
- herroept de primaire besluiten in zoverre;
- stelt de hoogte van de aan [naam 1] opgelegde boete vast op € 150.000,-- en de hoogte van de aan [naam 2] opgelegde boete op € 100.000,-- en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de bestreden besluiten;
- veroordeelt AFM in de proceskosten van [naam 1] tot een bedrag van € 2.475,--;
- veroordeelt AFM in de proceskosten van [naam 2] tot een bedrag van € 2.475,--;
- draagt AFM op het in beroep en hoger beroep betaalde griffierecht van € 834,-- aan [naam 1] te vergoeden;
- draagt AFM op het in beroep en hoger beroep betaalde griffierecht van € 418,-- aan [naam 2] te vergoeden.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.L.W. Aerts, mr. W.A.J. van Lierop en mr. M.M. Smorenburg, in aanwezigheid van mr. A.N. Vroege, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 13 september 2017.

w.g. J.L.W. Aerts

De griffier is verhinderd deze uitspraak te ondertekenen