

ECLI:NL:RBROT:2016:4633

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	23-06-2016
Datum publicatie	06-07-2016
Zaaknummer	ROT 15/3725 en ROT 15/3726
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	BC, boetes overtreding 4:11, tweede lid, Wft, adviseur verstrekt tijdelijke kredieten aan klanten zonder dit in het hypotheekadvies te betrekken. Strijd met artikel 2:60 en 4:23 Wft.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RF 2016/84

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummers: ROT 15/3725 en ROT 15/3726

uitspraak van de meervoudige kamer van 23 juni 2016 in de zaken tussen

[eiseres]), statutair gevestigd te [vestigingsplaats] , eiseres,

en

[eiser]), te [woonplaats] , eiser,

gemachtigde: mr. C.A. Doets,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM), verweerster,

gemachtigde: mr. R.W. Veldhuis.

Procesverloop

Bij besluit van 4 december 2014 (het primaire besluit I) heeft de AFM aan [eiseres] een bestuurlijke boete van € 6.000,- opgelegd wegens overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) in de periode van 14 juli 2009 tot en met 2 mei 2013.

Bij besluit van 7 mei 2015 (het bestreden besluit I) heeft de AFM het primaire besluit I gedeeltelijk herroepen en de periode van overtreding vastgesteld op 4 december 2009 tot en met 2 mei 2013. Het bezwaar van [eiseres] tegen het primaire besluit I heeft de AFM ongegrond verklaard.

[eiseres] en [eiser] hebben tegen het bestreden besluit I beroep ingesteld (ROT 15/3725).

De AFM heeft bij besluit van 30 juli 2015 het bestreden besluit I gewijzigd (het gewijzigde bestreden besluit I) en de periode van overtreding opnieuw vastgesteld op 14 juli 2009 tot en met 2 mei 2013.

De AFM heeft een verweerschrift ingediend.

Bij besluit van 4 december 2014 (het primaire besluit II) heeft de AFM aan [eiser] een boete opgelegd van € 4.000,- wegens feitelijk leidinggeven aan de overtreding door [eiseres] van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft.

Bij besluit van 7 mei 2015 (het bestreden besluit II) heeft de AFM het primaire besluit II gedeeltelijk herroepen en de periode van overtreding vastgesteld op 4 december 2009 tot en met 2 mei 2013. Het bezwaar van [eiser] tegen het primaire besluit II heeft de AFM ongegrond verklaard.

[eiser] heeft tegen het bestreden besluit II beroep ingesteld (ROT 15/3726).

De AFM heeft bij besluit van 30 juli 2015 het bestreden besluit II gewijzigd (het gewijzigde bestreden besluit II) en de periode van overtreding opnieuw vastgesteld op 14 juli 2009 tot en met 2 mei 2013.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 13 mei 2016. Eisers zijn verschenen bij hun gemachtigde en diens kantoorgenoot mr. A. Schouten. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Voorts is verschenen [a] , senior toezichthouder van de AFM.

Overwegingen

1.1 [eiseres] verricht bemiddelings- en adviesdiensten met name op het gebied van hypothecair krediet. Sinds 6 oktober 2006 beschikt [eiseres] over een vergunning voor het adviseren en bemiddelen in consumptief krediet en hypothecair krediet, in inkomens- schade- en zorgverzekeringen, vermogen en spaarrekeningen. Tevens heeft [eiseres] sinds 1 juli 2008 een vrijstelling voor een beleggingsdienst als bedoeld in artikel 2:96 van de Wft. Enig statutair bestuurder en enig aandeelhouder van [eiseres] is

[b]). Enig statutair bestuurder en enig aandeelhouder van [b] is [eiser] . [eiser] is sinds 6 oktober 2006 bij de AFM aangemeld als enig beleidsbepaler en contactpersoon van [eiseres] .

1.2 De AFM heeft een onderzoek ingesteld naar de dienstverlening door [eiseres] . Zij heeft daartoe onder meer op 21 juni 2012 en 12 november 2012 gesprekken gevoerd met [eiser] . De AFM heeft diverse malen informatie opgevraagd, waaronder twaalf cliëntdossiers. Daarvan heeft zij er vier bestudeerd. De resultaten van dit onderzoek heeft de AFM neergelegd in een onderzoeksrapport van 20 mei 2014. Hierin heeft de AFM het volgende geconcludeerd.

[eiser] heeft tijdens de gesprekken met de AFM erkend dat [eiseres] bij de uitoefening van haar bedrijf geldleningen heeft verstrekt aan klanten van [eiseres] .

Een deel van de door [eiseres] verstrekte leningen was een 'passeerkrediet'. Met dit passeerkrediet konden klanten van [eiseres] een lening die was geregistreerd bij het Bureau Krediet Registratie (BKR) aflossen. In veel gevallen was aflossing een voorwaarde van de aanbieder van de hypotheekofferte voor het verstrekken van een hypothecaire lening. Het door [eiseres] aangeboden passeerkrediet werd niet geregistreerd bij het BKR en [eiseres] vermeldde het verstrekken van dit passeerkrediet niet in het hypotheekadvies. Evenmin werd het verstrekte krediet vermeld op het inventarisatieformulier in het dossier van de klant, waarop het advies van [eiseres] was gebaseerd. Nadat hypotheekaanbieders vanaf eind 2010 eisten dat BKR-geregistreerde schulden met eigen middelen dienden te worden afgelost, heeft [eiser] aan klanten van [eiseres] (passeer-)kredieten contant verstrekt, via een opname van de bankrekening van zijn echtgenote.

Ook verstrekte [eiseres] polisvoorschotten. Dit polisvoorschot verstrekte [eiseres] als klanten een beleggingsverzekering hadden, die was verpand in verband met een hypothecaire geldlening. Door het polisvoorschot konden klanten direct beschikken over (een deel van) de waarde uit de beleggingsverzekering, waardoor zij tegen gunstiger voorwaarden een nieuwe hypotheek konden krijgen. Het verstrekte polisvoorschot werd afgelost op het moment dat de klant de beschikking kreeg over de waarde uit de beleggingsverzekering.

[eiseres] verstrekte zowel de passeerkredieten als de polisvoorschotten op basis van een overeenkomst 'Schuldbekentenis en akte voor een geldlening'. Deze overeenkomsten werden vernietigd op het moment dat de klant de geldlening had terugbetaald. De hoogte van de verstrekte leningen varieerde tussen € 2.000,- en € 63.722,-. De looptijd van de leningen varieerde van één dag tot ruim twee jaar. De laatste lopende lening is afgelost op

2 mei 2013. [eiseres] heeft in de periode tussen 14 juli 2009 en 2 mei 2013 in ieder geval 75 leningen verstrekt aan klanten, voor een totale waarde van € 901.093,38. Vanaf 14 juli 2009 heeft [eiseres] dertien leningen verstrekt met een looptijd van langer dan drie maanden.

De kosten die voor de geldleningen in rekening werden gebracht varieerden van € 0,- tot € 350,-. Na 25 mei 2011 heeft [eiseres] in één geval bij een lening van € 5.127,21 kosten in rekening gebracht van € 350,- waarmee volgens de AFM sprake was van het in rekening brengen van meer dan onbetekenende kosten.

2.1 Met de gewijzigde bestreden besluiten I en II heeft de AFM opnieuw op de bezwaren beslist, waarbij de bestreden besluiten I en II gedeeltelijk zijn herroepen. De gewijzigde bestreden besluiten I en II - die aldus een intrekking behelzen van de bestreden besluit I en II - zijn dus besluiten als bedoeld in artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

2.2 Nu [eiseres] en [eiser] niet hebben gesteld ten gevolge van de besluitvorming van de AFM schade te hebben geleden, hebben zij geen belang meer bij een vernietiging van de bestreden besluiten I en II als bedoeld in artikel 6:19, zesde lid, van de Awb. Daarom zal de rechtbank het beroep tegen de bestreden besluiten I en II niet-ontvankelijk verklaren.

2.3 De gewijzigde bestreden besluiten I en II komen niet tegemoet aan de bezwaren van [eiseres] en [eiser] , zodat de beroepen op grond van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb mede gericht zijn tegen deze besluiten.

3.1 Aan het gewijzigde bestreden besluit I heeft de AFM ten grondslag gelegd dat [eiseres] in de periode van 14 juli 2009 tot en met 2 mei 2013 artikel 4:11, tweede lid, van de Wft heeft overtreden omdat zij geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde.

[eiseres] heeft niet voorkomen dat in haar bedrijfsvoering artikel 2:60, eerste lid, en artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft zijn overtreden.

3.2 Aan het gewijzigde bestreden besluit II heeft de AFM ten grondslag gelegd dat [eiser] aan de overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft door [eiseres] feitelijk leiding heeft gegeven.

4. [eiser] is ontvankelijk in zijn beroep tegen het gewijzigde bestreden besluit I.

4.1 Op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

4.2 Om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, dient [eiser] een voldoende objectief en actueel, eigen persoonlijk belang te hebben dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit (vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:50). [eiser] is enig (middellijk) aandeelhouder van [eiseres] en als zodanig ook (indirect) medebeleidsbepaler. Gelet hierop kan het belang van [eiser] zodanig worden vereenzelvigd met dat van [eiseres], dat hij door het aan [eiseres] gerichte boetebesluit rechtstreeks in zijn belangen wordt getroffen en daarom als belanghebbende kan worden aangemerkt.

Overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft

5. [eiseres] en [eiser] voeren aan dat de AFM ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat [eiseres] geen adequaat beleid heeft gevoerd dat de integere uitoefening van het bedrijf waarborgde. Overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft was geen structureel onderdeel van haar bedrijfsvoering en [eiseres] heeft artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft niet overtreden. Omdat [eiseres] in het belang van haar klanten heeft gehandeld, is er geen sprake van dat door de enkele overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft, het vertrouwen in haar of in de financiële markten geschonden kan zijn.

5.1 Op grond van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.

Op grond van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wft is deze wet niet van toepassing op financiële diensten met betrekking tot krediet dat binnen drie maanden dient te worden afgelost en ter zake waarvan slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening worden gebracht.

Tot 25 juni 2011 luidde deze bepaling (destijds genummerd als 1:20, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wft) als volgt.

Deze wet is niet van toepassing op financiële diensten met betrekking tot krediet waarbij is overeengekomen dat geen van de terzake verschuldigde betalingen van de consument later plaatsvindt dan drie maanden nadat de geldsom ter beschikking is gesteld, het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject is verschaft, dan wel een dienst is verleend.

Op grond van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft voert een financiële dienstverlener een adequaat beleid dat een integere uitoefening van zijn bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat wordt tegengegaan dat de financiële dienstverlener of zijn werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen andere onderwerpen worden aangewezen die tot de integere uitoefening van het bedrijf van een financiële dienstverlener worden gerekend.

Op grond van artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wft wint een financiële onderneming, indien zij een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert, in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen.

Op grond van het eerste lid, aanhef en onder b, van dit artikel draagt een financiële onderneming er in dat geval zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individueel vermogen,

voorzover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie.

- 5.2 De rechtbank stelt vast dat [eiseres] en [eiser] erkennen dat [eiseres] in de periode van 14 juli 2009 tot en met 2 mei 2013 passeerkredieten en polisvoorschotten heeft verstrekt aan haar klanten, dat zij in dertien gevallen krediet heeft verleend waarbij de looptijd langer was dan drie maanden en dat in één geval na 25 juni 2011 een vergoeding in rekening is gebracht die niet onbetekenend was. Verder erkent [eiseres] dat noch op het inventarisatieformulier noch anderszins in haar advisering is vermeld dat zij klanten een passeerkrediet of een polisvoorschot had verstrekt.
- 5.3 [eiseres] heeft door het verstrekken van het krediet met een looptijd langer dan drie maanden of door in één geval na 25 juli 2011 kosten in rekening te brengen die niet onbetekenend zijn, artikel 2:60, eerste lid, van de Wft overtreden. [eiseres] bestrijdt dit ook niet. [eiseres] had geen beleid dat overtreding van deze bepaling tegenging, hetgeen door [eiseres] en [eiser] impliciet bevestigd wordt met het betoog dat [eiseres] niet bekend was met de toepasselijkheid van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft als het krediet niet binnen drie maanden werd terugbetaald. Dat op het merendeel van de verstrekte geldleningen artikel 2:60, eerste lid, van de Wft niet van toepassing was, laat onverlet dat in de bedrijfsuitoefening door [eiseres] herhaaldelijk sprake is geweest van overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft.
- 5.4 Het CBB heeft in zijn uitspraken van 23 januari 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:16) en van 20 februari 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:49) overwogen dat artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wft de financiële onderneming verplicht tot het inwinnen van de redelijkerwijs relevante informatie en dat het eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft de financiële onderneming ertoe verplicht zich van de aldus ingewonnen informatie bij de advisering ook daadwerkelijk rekenschap te geven. Wanneer er dus geen of te weinig informatie is ingewonnen, levert dat een overtreding van het bepaalde onder a op. Van een overtreding van het bepaalde onder b is uitsluitend sprake als geadviseerd wordt zonder dat met de wel beschikbare informatie voldoende rekening gehouden is.
- 5.5 Met de AFM is de rechtbank van oordeel dat [eiseres] de door haar verstrekte kredieten niet in haar advisering heeft betrokken. Weliswaar was [eiseres] als kredietverstrekker op de hoogte van het krediet, maar [eiseres] heeft de beschikbare informatie over het verstrekte krediet niet betrokken bij het gegeven advies.
- In de vier door de AFM onderzochte cliëntdossiers staat op het inventarisatieformulier niet vermeld dat er door [eiseres] een krediet is verstrekt ter aflossing van het bij het BKR geregistreerde krediet. [eiser] heeft verklaard dat [eiseres] informatie omtrent het door haar gegeven krediet niet vermeldde in de hypotheekaanvraag. Nu de hypotheekaanbieder in twee cliëntdossiers in haar offerte als voorwaarde op had genomen dat de BKR-geregistreerde kredieten moesten zijn afgelost, waarbij in één geval werd vereist dat dit met eigen middelen zou gebeuren, is ook op grond daarvan niet aannemelijk dat een zelfde advies gegeven had kunnen worden, indien [eiseres] met het door haar verstrekte krediet in de advisering rekening had gehouden.
- Het advies voldeed door deze omissie niet aan het vereiste van artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft. Ook buiten de vier onderzochte dossiers heeft zich deze overtreding voorgedaan, gelet op de verklaring van [eiser] .
- Het betoog van [eiseres] dat zij een beleid voerde dat voorafgaand aan de advisering werd getoetst op overkreditering, heeft zij niet nader onderbouwd en is ook niet aannemelijk op grond van de gedingstukken.
- De AFM heeft terecht geconcludeerd dat [eiseres] artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft heeft overtreden.
- 5.6 Gelet op het beschermingsdoel van de Wft, dat er mede op ziet om consumenten te beschermen tegen overkreditering en/of onvolledige advisering, zal overtreding van bepalingen uit de Wft in de regel tot de conclusie leiden dat daardoor het vertrouwen in de financiële onderneming is geschaad. Dit is ook het geval in deze zaak. Hoewel de rechtbank niet uitsluit dat [eiseres] heeft gemeend in het belang van de klanten te handelen en deze intentie bij [eiser] bestond, levert de feitelijke gang van zaken strijd op met de genoemde wettelijke bepalingen en is door de overtredingen een reëel risico ontstaan op overkreditering van consumenten. Bij de uitgebrachte en geaccepteerde hypotheekoffertes is immers geen rekening gehouden met alle relevante schulden.

Reeds hierdoor kon het vertrouwen in de integere bedrijfsvoering van [eiseres] worden geschaad. De rechtbank volgt niet het betoog van [eiseres] en [eiser] dat artikel 4:11 van de Wft in deze zaak wordt ingekleurd door de artikelen 2:60 en 4:23, eerste lid, van de Wft, welke artikelen niet strekken ter bescherming van de hypotheekverstrekker. De AFM heeft er terecht op gewezen dat artikel 4:11 van de Wft een bredere norm behelst, waaronder ook andere belangen vallen, zoals integriteit, en dat artikel 2:60 van de Wft een toetredingsbepaling is die ziet op een bredere bescherming dan alleen de bescherming van de consument of de hypotheekverstrekker.

De AFM is reeds gelet op het voorgaande terecht tot de conclusie gekomen dat [eiseres] artikel 4:11, tweede lid, van de Wft heeft overtreden.

6. [eiseres] voert aan dat de overtreding haar niet kan worden verweten.

Hoewel artikel 4:11, tweede lid, van de Wft een open norm betreft, had [eiseres] in dit geval kunnen begrijpen dat zij deze bepaling overtrad. Artikel 2:60, eerste lid, van de Wft is een voldoende duidelijke en concrete bepaling om het handelen op af te kunnen stemmen. [eiseres] beschikt immers over een vergunning om in de uitoefening van haar bedrijf te adviseren en te bemiddelen in hypothecair en consumptief krediet. Van een dergelijk bedrijf mag worden verwacht dat zij het bestaan en de reikwijdte van dergelijke bepalingen kent. De rechtbank gaat voorbij aan de stelling van [eiseres] dat zij is afgegaan op een mondeling advies van haar accountant, nu [eiseres] op geen enkele wijze met stukken heeft onderbouwd wie deze accountant is en wat zijn advies inhield. [eiseres] had kunnen onderkennen dat zij in veertien gevallen artikel 2:60, eerste lid, van de Wft overtrad en door kennisname van de tekst van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft had zij kunnen begrijpen dat zij in overtreding was van deze bepaling. Wat betreft de overtreding van artikel 4:23, eerste lid, van de Wft had [eiseres] kunnen weten dat zij haar adviezen niet heeft gebaseerd op alle redelijkerwijs relevante informatie en dat zij daardoor de Wft overtrad, zeker gezien de voorwaarden die hypotheekaanbieders stelden voor het verstrekken van hypothecair krediet. [eiseres] was zich van deze voorwaarden ook terdege bewust, gelet op de wijziging die zij vanaf eind 2010 in haar kredietverstrekking heeft doorgevoerd om voor hypotheekaanbieders niet zichtbaar te maken dat haar klanten niet met eigen middelen het krediet aflossen. De AFM heeft terecht geconstateerd dat deze handelwijze ook niet conform het bepaalde in artikel 4:15, eerste lid, van de Wft is. Dat er een maatschappelijk probleem is in verband met consumenten die 'gevangen' zitten in een krediet met ongunstige voorwaarden, kan het handelen van [eiseres] niet rechtvaardigen. Het is niet aan [eiseres] om door middel van het weglaten van relevante gegevens in een advies en met overtreding van relevante bepalingen uit de Wft dit probleem op te lossen.

De beroepsgrond slaagt niet.

7. Gelet op het voorgaande was de AFM bevoegd om [eiseres] een bestuurlijke boete op te leggen ter zake van overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft. Niet aannemelijk is geworden dat de AFM in redelijkheid niet kon overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

Feitelijk leidinggeven

8. [eiser] voert aan dat de grondslag voor het opleggen van een boete wegens feitelijk leidinggeven aan de overtreding door [eiseres] ontbreekt, omdat de overtreding is aangevangen voor inwerkingtreding van artikel 5:1, derde lid, van de Awb.

8.1 Op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Awb, kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (Wsr) is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 5:1 van de Awb is in werking getreden op 1 juli 2009 (Stb. 2009, 266).

Op grond van artikel IV van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht blijft het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet van toepassing indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.

8.2 De overtreding is het gevolg van de inrichting van de bedrijfsvoering van [eiseres] die reeds was aangevangen voor 1 juli 2009. Dat betekent echter niet dat sprake is van één voortgezette handeling,

waarbinnen een zodanige samenhang bestaat, dat tussen diverse uitvoeringshandelingen geen onderscheid kan worden gemaakt. Bij iedere nieuwe klant heeft [eiseres] een nieuw wilsbesluit genomen over het begaan van de overtreding, hetgeen ook blijkt uit voormelde wijziging van de wijze van kredietverlening vanaf eind 2010. De AFM kon derhalve als aanvangstijdstip voor de overtreding 14 juli 2009 kiezen. Ook met het oog op het van toepassing zijnde overgangsrecht is deze periode niet willekeurig gekozen. De AFM heeft hierover terecht betoogd dat overtredingen die zijn begaan voor 1 juli 2009 inmiddels zijn verjaard. De beroepsgrond faalt.

9. Het betoog van [eiser] dat hij niet feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft door [eiseres] , faalt.

9.1 Op grond van artikel 51, tweede lid, van het Wsr kan, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

9.2 Volgens vaste jurisprudentie is van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen sprake indien de desbetreffende functionaris, hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden, maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

Toegespitst op deze zaak betekent dit dat op de AFM de bewijslast rust buiten redelijke twijfel aannemelijk te maken dat wordt voldaan aan de volgende criteria:

a. [eiser] was op de hoogte van de gedragingen die hebben geleid tot overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft door [eiseres] , althans hij heeft bewust de aanmerkelijke kans op deze overtreding aanvaard,

b. [eiser] was bevoegd en redelijkerwijs gehouden de overtreding van artikel 4:11 tweede lid, van de Wft te voorkomen of te beëindigen, en

c. [eiser] heeft maatregelen daartoe achterwege gelaten.

9.3 Onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb van 2 september 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:312) en anders dan [eiseres] en [eiser] betogen, stelt de rechtbank in dit verband voorop dat, om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, het (voorwaardelijk) opzet gericht moet zijn op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet mede gericht hoeft te zijn op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).

9.4 De rechtbank is met de AFM van oordeel dat aan de drie hiervoor genoemde criteria is voldaan en dat [eiser] derhalve als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. [eiser] heeft niet betwist dat hij op de hoogte was van de bedrijfsvoering van [eiseres] en dat hij als enig (indirect) bestuurder van [eiseres] het in zijn macht had de overtreding door [eiseres] te voorkomen of te beëindigen. [eiser] heeft de overtreding van [eiseres] pas beëindigd nadat hij in een gesprek door de AFM op de mogelijke overtreding was gewezen. Op grond van de gedingstukken volgt de rechtbank [eiser] niet in zijn stelling dat hij uit eigen beweging de overtreding heeft beëindigd. Dat [eiser] anderszins maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat [eiseres] wetgeving overtrad, is niet aannemelijk geworden.

10. De beroepsgrond dat de aan [eiser] opgelegde boete in strijd is met het beginsel van ne bis in idem omdat reeds aan [eiseres] een bestuurlijke boete is opgelegd, faalt.

10.1 In artikel 5:43 van de Awb is het beginsel van ne bis in idem neergelegd. Op grond daarvan legt een bestuursorgaan aan de overtreder geen bestuurlijke boete op als aan deze overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. Artikel 5:1, derde lid, van de Awb biedt de AFM de mogelijkheid zowel de onderneming die de overtreding pleegt als de feitelijk leidinggevende

aan die overtreding een boete op te leggen. De door [eiser] aangehaalde jurisprudentie ziet niet op deze situatie. Bij de beoordeling van de evenredigheid van de opgelegde boetes kan wel van belang zijn dat de feitelijk leidinggevende als (middellijk) bestuurder en (middellijk) aandeelhouder tweemaal in zijn vermogen wordt geraakt door de opgelegde boetes. Dit leidt echter op zichzelf niet tot de conclusie dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete ontbreekt.

11. [eiser] voert aan dat de AFM niet in redelijkheid kon overgaan tot het (naast het beboeten van [eiseres]) beboeten van hem als feitelijk leidinggevende. Deze beroepsgrond faalt.

11.1 De AFM heeft in redelijkheid kunnen overwegen dat de rol van [eiser] bij de overtreding aanleiding geeft om hem als feitelijk leidinggevende een boete op te leggen. De AFM heeft daarbij in aanmerking mogen nemen dat de overtreding lange tijd voortgeduurd heeft en dat [eiser] daarbij nadrukkelijk voor het voortduren daarvan gekozen heeft. Zo heeft [eiser] vanaf eind 2010 zijn bedrijfsvoering aangepast om de kredietverlening door [eiseres] mogelijk te laten blijven door contante opnames van de rekening van zijn echtgenote. Deze afweging om een feitelijk leidinggevende naast de rechtspersoon te beboeten is niet in strijd met het Handhavingsbeleid van de AFM.

12. De beroepsgrond van [eiser] dat de opgelegde boete onevenredig is omdat aan [eiseres] reeds een bestuurlijke boete is opgelegd en [eiser] daarom tweemaal in zijn vermogen wordt geraakt en dat hooguit een boete aan beide van in totaal € 6.000,- opgelegd zou mogen worden, faalt.

12.1 Omdat de overtreding is aangevangen voor de inwerkingtreding van de Wet wijziging Boetestelsel (Stb. 2009, 327), is op de boete het boetestelsel van toepassing zoals dat gold voor de inwerkingtreding van deze wet.

Op grond van het recht zoals dat van toepassing is op deze boete, bedraagt de boete bij overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft € 6.000,-.

12.2 De AFM heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht geen aanleiding gezien dit bedrag te matigen vanwege verminderde ernst of verwijtbaarheid. Wel heeft de AFM het bedrag van de boete gematigd omdat [eiser] door het opleggen van de boete aan [eiseres] reeds in zijn vermogen wordt getroffen. De AFM heeft terecht overwogen dat op basis van de evenredigheid geen aanleiding is om de boete aan [eiser] verder te matigen dan tot € 4.000,-. Er is geen rechtsregel die bepaalt dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete aan een feitelijk leidinggevende het totaalbedrag van de boetes niet hoger zou mogen zijn dan het maximaal op te leggen boetebedrag. In dit geval is daarbij van belang dat de wetgever de op te leggen boete wegens overtreding van artikel 4:11, tweede lid, van de Wft, op grond van een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid van de overtreding met ingang van 1 augustus 2009 heeft verhoogd naar € 500.000,-. Ook gelet daarop is de opgelegde boete niet onevenredig. Dat [eiser] de opgelegde boete niet kan dragen is niet aannemelijk geworden. Evenmin ziet de rechtbank ambtshalve aanleiding de boete te matigen in verband met het (beperkt) overschrijden van de redelijke termijn.

13. De beroepen tegen de gewijzigde bestreden besluiten I en II zijn ongegrond.

14. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen tegen de bestreden besluiten I en II niet-ontvankelijk;
- verklaart de beroepen tegen de gewijzigde bestreden besluiten I en II ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. L.A.C. van Nifterick, voorzitter, en mr. M.C. Woudstra en mr. C.E. Bos, leden, in aanwezigheid van mr. drs. M.L. Bosman-Schouten, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 23 juni 2016.

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.