

Openbare Versie
Aangetekend verstuurd
Kantoor mr. Van der Wal
mr. T.D. van der Wal
Parelmoervlinder 17
3544 DH UTRECHT

Datum	
Ons kenmerk	██████████
Pagina	1 van 23
Telefoon	-
E-mail	-
Betreft	Beslissing Op Bezwaar Prinsegracht Monumenten B.V.

Geachte heer Van der Wal,

Bij besluit van 21 oktober 2014 (het **Boetebesluit**) heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Prinsegracht Monumenten B.V. (**Prinsegracht**) een boete van €100.000 opgelegd omdat zij niet over de vergunning als bedoeld in artikel 2:65, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) beschikte om als beheerder op te treden van beleggingsinstelling Capex C.V. (**Capex**) terwijl Capex van 1 september 2011 tot 24 januari 2012 in Nederland rechten van deelneming in een beleggingsinstelling aanbood. De aanbidding is op 24 januari 2012 gestaakt, maar Capex heeft voortbestaan tot 18 januari 2013, waardoor op grond van artikel 1:13, vijfde lid, Wft juncto artikel 2:65, eerste lid, Wft¹ de vergunningplicht tot 18 januari 2013 van toepassing bleef op Prinsegracht. Prinsegracht is beheerder van Capex en normadressant op grond van artikel 1:13 Wft.

Tegen het Boetebesluit heeft u namens Prinsegracht bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

Dit besluit is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II schetst de relevante feiten. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de bezwaargronden. Paragraaf IV bevat een beoordeling van deze gronden. In paragraaf V staat het besluit van de AFM. De rechtsgangverwijzing staat in paragraaf VI. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen als bijlage en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing.

¹ In dit besluit is het wettelijke kader opgenomen zoals dat gold ten tijde van de feiten. Per 22 juli 2013 zijn sommige artikelen (tekstueel en numeriek) aangepast n.a.v. de inwerkingtreding van de wet van 12 juni 2013 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek, de Wet op de economische delicten en enige fiscale wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2011/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) Nr. 1060/2009 en (EU) Nr. 1095/2010 (PbEU 2011, L 174) (implementatie AIFM richtlijn), Staatsblad 2013, 228.

I. Procedure

1. Op 29 oktober 2014 heeft de AFM het boetebesluit gepubliceerd op haar website. Op de website is ook een staatje geplaatst, waaruit blijkt wanneer bezwaar is gemaakt tegen het Boetebesluit.
2. Bij brief van 2 december 2014 is namens Prinsegracht bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit.
3. De AFM heeft Prinsegracht bij brief van 16 december 2014 een termijn van vijf weken gegeven om gebreken in het bezwaarschrift te herstellen.
4. Prinsegracht heeft bij brief van 19 januari 2015 de gronden van haar bezwaar aangevuld.
5. Bij brief van 30 januari 2015 heeft de AFM Prinsegracht uitgenodigd voor een hoorzitting. In dezelfde brief heeft de AFM de beslistermijn opgeschort. Op 27 februari 2015 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit.
6. De AFM heeft op 3 maart 2015 nadere vragen gesteld over de door Prinsegracht verstrekte toelichting op haar financiële draagkracht. Prinsegracht heeft een aantal keer verzocht om de termijn waarbinnen zij diende te reageren te verlengen. De AFM heeft de reactie uiteindelijk ontvangen op 22 mei 2015.
7. Op 13 mei 2015 heeft de AFM Prinsegracht verzocht om nadere informatie te verstrekken over de activiteiten die zij namens Capex heeft ondernomen. Prinsegracht heeft op 2 juni 2015 gereageerd.

II. Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op feiten in de onderzoeksrapportage (INT-█-13060620) en het Boetebesluit. Deze feiten moeten hier, voorzover niet reeds herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

8. Uit de brochure en het prospectus van Capex kon worden opgemaakt dat Capex mogelijk deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling aanbood als bedoeld in artikel 2:65 Wft. Van 1 september 2011 tot 1 februari 2012² zijn in totaal negentien Nederlandse (en drie Belgische) participanten ingestapt, voor in ieder geval € 420.000.
9. Op 23 mei 2012 heeft de AFM geconstateerd dat de aanbieding van Capex toegankelijk was voor Nederlandse consumenten. Naast de brochure 2012 die identiek is aan de brochure 2011, trof de AFM het Prospectus Capex 2012 aan.

² Op 1 februari 2012 is er nog een storting geweest van een Belgische consument.

10. De AFM heeft op 15 augustus 2012 geconstateerd dat www.capexcv.nl niet meer actief is. De aanbieding bleek echter, via de trefwoorden capex cv, nog toegankelijk op internet. De AFM trof de brochure 2012 en het Prospectus Capex 2012 aan.³
11. Op dezelfde datum heeft de AFM een voornemen tot het geven van een aanwijzing verzonden. Het voornemen ziet vooral op het staken van het aanbieden van deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling zonder dat Prinsegracht beschikt over een vergunning en van het beheer van reeds afgesloten overeenkomsten tot is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving.
12. Prinsegracht heeft op 28 augustus 2012 als volgt gereageerd:
“Prinsegracht zal gevolg geven aan de voorgenomen aanwijzingen”.
13. Op 24 oktober 2012 heeft Prinsegracht de stand van zaken als volgt toegelicht:
“In eerste instantie zal getracht worden om een oplossing te vinden door de beheeractiviteiten onder te brengen bij een bestaande organisatie met een vergunning ex art. 2:65 Wft. Met het bereiken van deze oplossing zal enige tijd gemoeid zijn en voor de overdracht en goedkeuring van eventuele additionele voorwaarden zal de instemming van de vennoten gevraagd moeten worden. (...)”
14. De AFM heeft op 29 november 2012 een aanwijzing aan Prinsegracht gegeven. Prinsegracht dient er voor te zorgen dat Capex:
 - a) zou stoppen en gestopt zou blijven met het beheren van reeds afgesloten overeenkomsten tot het moment waarop is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving, en
 - b) schriftelijke stukken zou verstrekken waaruit zou blijken dat zij met dit beheer is gestopt.
15. Capex is met ingang van 18 januari 2013 opgeheven.
16. Bij besluit van 21 maart 2013 is het bezwaar van Prinsegracht tegen de aanwijzing niet-ontvankelijk verklaard. Prinsegracht heeft geen beroep ingesteld. De aanwijzing staat zodoende in rechte vast.

III. Bezwaar

17. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
 - A. Prinsegracht wordt ten onrechte als normadressant aangemerkt;
 - B. De AFM heeft onvoldoende rekenschap gegeven van de beperkte ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding;
 - C. Strijd met het evenredigheidsbeginsel en artikel 6 EVRM;
 - D. Strijd met het fairplay-beginsel;
 - E. De hoogte van de boete is niet proportioneel;
 - F. Prinsegracht is niet in staat de opgelegde boete te betalen.

³ http://www.capexcv.nl/files/Capex_prospectus_web.pdf

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m F

17. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van Prinsegracht, zal de AFM eerst motiveren dat Prinsegracht vergunningplichtige activiteiten heeft verricht zonder over een vergunning te beschikken.
18. Prinsegracht heeft als beheerder⁴ van Capex, artikel 2:65, eerste lid, Wft overtreden doordat Capex vanaf 1 september 2011 tot 24 januari 2012 rechten van deelneming in een beleggingsinstelling heeft aangeboden zonder over een vergunning te beschikken. Capex heeft daarna nog tot 18 januari 2013 bestaan, zodat Prinsegracht als beheerder ook in de periode van 24 januari 2012 tot en met 18 januari 2013 over een vergunning als beheerder moest beschikken. Prinsegracht is normadressant, omdat het in de Wft bepaalde ten aanzien van een beleggingsinstelling met een aparte beheerder op grond van artikel 1:13, eerste lid, Wft tot de beheerder is gericht.

De participaties van Capex zijn rechten van deelneming in een beleggingsinstelling, tevens effecten in een closed-end beleggingsfonds. Capex heeft aan beleggers de mogelijkheid geboden om gezamenlijk te beleggen in percelen bouwgrond die na drie jaar weer zouden worden verkocht. De opbrengst was bestemd voor de beleggers. Participanten konden voor €10.000 een deelnemingsrecht kopen en namen deel als commanditair vennoot. Capex beloofde een rendement van 9,9% per jaar.

Collectief of Individueel

19. Uit de definitie van beleggingsinstelling in artikel 1:1 Wft volgt dat voor de kwalificatie van de participaties van belang is hoe de opbrengst onder de participanten wordt verdeeld. Er is immers sprake van ondergebracht vermogen waarin ter *collectieve* belegging gevraagde gelden zijn of worden opgenomen om de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen *te doen delen*. Indicatief voor een collectieve opbrengstverdeling is een naar rato verdeling van eventuele opbrengsten of verliezen.
20. Volgens de AFM was het doel van Capex om gezamenlijk te beleggen en participanten naar rato te laten delen in het resultaat en risico's. Dit blijkt uit:
 - Prospectus 2011 en 2012:
"Doel van de CV is het gezamenlijk beleggen (...);
De Participanten delen in het rendement dat bij verkoop van het onroerend goed wordt behaald.
De Participanten delen in het resultaat bij verkoop van het project naar rato van het aantal door ieder van de Participanten gehouden Participaties."
 - Bepalingen uit de CV overeenkomst 2011 en 2012:
3.1 Het vastgoed fonds heeft ten doel het beleggen in (belangen in) onroerende zaken, teneinde de Vennoten te doen delen in de inkomsten en de vermogens winsten die voortvloeien uit de beleggingen, (...).
6.1 Voor de onderlinge verhouding van de Vennoten geldt het vermogen van het vastgoedfonds als gemeenschappelijk vermogen in economische zin. Een Commanditaire Vennoot draagt in de verliezen van het vastgoedfonds bij tot ten hoogste het bedrag van zijn inbreng.
13.2 De winst en eventuele uitkeringen ten laste van de Kapitaal rekening worden uitgekeerd aan de Commanditaire Vennoten naar rato van het door ieder van hen gehouden aantal Participaties.

⁴ Zie voor de onderbouwing dat Prinsegracht beheerder is randnummer 33 tot en met 40.

13.5 Eventuele verliezen komen ten laste van de Kapitaal rekening van de Commanditaire Vennoten naar rato van het aantal door ieder van hen gehouden Participaties.

Beleggen, niet ondernemen

21. Ook is van belang of met het ingelegde vermogen wordt ondernomen of belegd, zoals bedoeld in de definitie van beleggingsinstelling. De *“Beleidsregel ondernemen of beleggen”*⁵ geeft uitleg over het verschil tussen ondernemen en beleggen:
- “Of de entiteit belegt of onderneemt wordt bepaald door de wijze waarop de entiteit de waarde toename van haar activa nastreeft. Als de entiteit een actieve houding ten toon spreidt om die waardevermeerdering van haar activa te realiseren, dan duidt dit op ondernemen. Als er sprake is van een passieve houding, is eerder sprake van beleggen.”*
22. Capex noch de participanten verrichte(n) activiteiten ter waardevermeerdering van de aangeboden grond. Prinsegracht heeft dit mondeling en schriftelijk erkend. Deze erkenning wordt gesteund door het Prospectus 2011 en 2012 en de daarbij behorende documenten. Daaruit volgt dat Capex geen activiteiten uitvoert of zal uitvoeren ter ontwikkeling van de grond. Uit de brochure bij het Prospectus 2011 en 2012 blijkt immers hoe Capex een rendement van 9,9% denkt te kunnen garanderen.⁶ Deze factoren duiden op beleggen, niet op het uitvoeren van activiteiten ter waardevermeerdering. Dit volgt ook uit het Prospectus 2011 en 2012:
- “Doel van de CV is het gezamenlijk beleggen door aankoop en verkoop van het onroerend goed, dat is omschreven in het Object”*

Effecten

23. Er is sprake van effect in de zin van de Wft, als een deelnemingsrecht in een beleggingsinstelling verhandelbaar is. In de *“Beleidsregel Verhandelbaarheid”* van 2 maart 2011⁷ wordt het begrip verhandelbaarheid in de definitie van ‘effect’ in artikel 1:1 Wft uitgelegd.
24. Eén eis is uitwisselbaarheid. Dat betekent dat de aanbieding een zekere mate van standaardisatie kent zodat verhandeling mogelijk is. In casu wordt elke participant onder dezelfde voorwaarden vennoot, waarbij steeds een veelvoud van   10.000 wordt ingebracht. De participaties in Capex zijn derhalve gestandaardiseerd en uitwisselbaar. Voorts blijkt uit de Algemene Inleiding (pagina 7) van het Prospectus 2011 en 2012 dat de overdraagbaarheid van de participaties alleen wordt beperkt en dus niet uitgesloten. Ook uit bijlage 2 bij het Prospectus 2011 en 2012 volgt dat de participaties met toestemming kunnen worden overgedragen.

⁵ Staatscourant 2010, 11816. De AFM heeft deze beleidsregel ingetrokken vanwege de AIFM-richtlijn, Staatscourant 2013, 29979. Waar deze richtlijn ruimte laat, past de AFM de in de beleidsregel neergelegde richtsnoeren toe. Activiteiten die voor inwerkingtreding van de AIFM-richtlijn als ‘beleggen’ kwalificeerden, doen dat ook onder de nieuwe regels.

⁶ Jaarlijkse stijging van de grond prijzen in de omgeving (7% per jaar), direct inkooprendement door korting op taxatie waarde van 9,2% (circa 3% per jaar), voorziene waardestijging door uitbreiding van de club na drie jaar.

⁷ Staatscourant 2011, 2634.

25. De participaties in Capex zijn dus verhandelbaar. Omdat de participaties een deelname in het kapitaal van Capex vertegenwoordigen, kwalificeren zij als met aandelen gelijk te stellen verhandelbare waardebewijzen of rechten, als bedoeld in onderdeel a van de definitie van 'effect' in artikel 1:1 Wft. De participaties kwalificeren daarom als deelnemingsrecht in een beleggingsinstelling zijnde effecten.

Closed-end beleggingsfonds

26. Capex is voorts een closed-end beleggingsfonds. Gelet op artikel 1:1 Wft kwalificeert Capex als niet rechtspersoon als een beleggingsfonds en dus als beleggingsinstelling. De Wft definieert de begrippen open-end of closed-end beleggingsinstelling niet. Het onderscheid is terug te vinden in sommige bepalingen in de Wft waarin verschil wordt gemaakt tussen:

*"beleggingsinstellingen waarvan de deelnemingsrechten op verzoek van de deelnemers ten laste van de activa direct of indirect worden ingekocht of terugbetaald en beleggingsinstellingen die geen inkoopverplichting hebben. Met de eerste categorie beleggingsinstelling wordt bedoeld op open-end beleggingsinstellingen, met de tweede op closed-end beleggingsinstellingen."*⁸

Uit het Prospectus 2011 en 2012 van Capex volgt dat het aantal participaties vaststaat en dat Capex geen participaties zal inkopen:

"In het totaal zijn 225 participaties beschikbaar." (pagina 7)

"De CV is een closed-end beleggingsinstelling. Dit betekent dat de CV geen Participaties zal inkopen van Participanten." (pagina 15)

Aanbieden van deelnemingsrechten in Capex

27. Capex heeft van 1 september 2011 tot en met 24 januari 2012 in Nederland deelnemingsrechten aan consumenten aangeboden. Onder 'aanbieden' wordt ingevolge de Wft onder meer verstaan:
- "het rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst inzake een recht van deelneming in een beleggingsinstelling of het rechtstreeks of middellijk vragen of verkrijgen van gelden of andere goederen van een cliënt ter deelneming in een beleggingsinstelling".*

28. In deze periode heeft Capex onder meer via haar website door het beschikbaar stellen van de Prospectus 2011 en 2012 aan een ieder⁹ een voldoende bepaald voorstel gedaan tot het aangaan van een overeenkomst inzake een deelnemingsrecht. In "*Bijlage 1 Inschrijfformulier Particulieren*" van het Prospectus 2011 en 2012 staat bijvoorbeeld dat de investeerder door ondertekening van het formulier verklaart:

"als Commanditaire vennoot toe te willen treden tot en te willen deelnemen in het commanditair kapitaal van Capex CV" en

"de inschrijving discretionair door de CV kan worden geaccepteerd".

Beleggers hebben een contractuele relatie met Capex over de aankoop van deelnemingsrechten. Ook blijkt uit de verklaringen van Prinsegracht dat de deelnemingsrechten middellijk zijn aangeboden in Nederland. Er is sprake van bemiddelingsovereenkomsten met drie partijen en deelnemingsrechten die zijn aangeboden via andere tussenpersonen. Zestien Nederlandse beleggers hebben deelnemingsrechten in Capex gekocht via een van deze tussenpersonen.

⁸ Zie Rapport AFM Aanbevelingen Beleggingsinstellingen van oktober 2009, gepubliceerd op www.afm.nl.

⁹ De aanbieding op de website bevatte geen beperkingen ten aanzien van de doelgroep.

29. Op grond van artikel 1:13, vijfde lid, Wft geldt dat het ingevolge de Wft bepaalde over beleggingsinstellingen die in Nederland rechten van deelneming aanbieden en beheerders van die beleggingsinstellingen van overeenkomstige toepassing was op beleggingsinstellingen die in Nederland rechten van deelneming hebben aangeboden en beheerders van die beleggingsinstellingen. Een beleggingsinstelling die in Nederland deelnemingsrechten heeft aangeboden, was dus vergunningplichtig en viel onder doorlopend toezicht, ook al bood zij op dat moment geen deelnemingsrechten in een beleggingsinstelling meer aan.¹⁰
30. Capex is op 24 januari 2012 gestopt met het aanbieden van de deelnemingsrechten, maar heeft tot 18 januari 2013 voortbestaan. Dit blijkt onder meer uit de *“Notulen van de vergadering van participanten Capex C.V. d.d. 18 januari 2013”* en informatie uit het handelsregister. De percelen in Argentinië zijn voor de opheffing met de instemming van de vennoten verkocht, tegen betaling van obligaties. Omdat Prinsegracht ook in de periode van 24 januari 2012 tot 18 januari 2013 niet over een vergunning van de AFM beschikte, heeft zij artikel 1:13, vijfde lid (oud), Wft juncto artikel 2:65, eerste lid, onder a, Wft, overtreden.

Hieronder gaat de AFM in op de bezwaargronden van Prinsegracht.

A. Prinsegracht wordt ten onrechte als “normadressant” aangemerkt.

31. Volgens Prinsegracht legt de AFM artikel 1:13, eerste lid, Wft, verkeerd uit. Met aparte beheerder wordt bedoeld een entiteit, die met uitsluiting van anderen, althans zelfstandig, het bestuur voert. Het woord “aparte” geeft aan dat er niet meer beheerders zijn. Zijn die er, dan is artikel 1.13, eerste lid, Wft niet van toepassing en is de beleggingsinstelling normadressant. De vennootschapsovereenkomst bevat een taakverdeling, met een beherend vennoot, belast met de vertegenwoordiging van de CV jegens derden. De bewaarder is bevoegd over de financiën. Prinsegracht wijst op artikelen 9.1, 9.2 en 9.3 van de vennootschapsovereenkomst. De beherend vennoot heeft bij de financiën slechts een beperkte, controlerende bevoegdheid. Van een aparte bevoegdheid als bedoeld in artikel 1:13, eerste lid, Wft was geen sprake. Ook feitelijk was Prinsegracht nimmer betrokken bij het financiële beleid. Zij had geen bevoegdheid over de bankrekening en verrichte geen enkele beheershandeling op financieel terrein. Prinsegracht was dus niet de aparte beheerder als bedoeld in de Wft. Niet Prinsegracht, maar Capex is de normadressant.
32. Tijdens de hoorzitting heeft Prinsegracht er nog op gewezen dat zij geen vennoot was van Capex en daarom civielrechtelijk niet kan worden aangemerkt als beherend vennoot.

¹⁰ Dit is opgenomen omdat zou kunnen worden aangevoerd *“dat de vergunningplicht en het lopend toezicht niet meer van toepassing zijn omdat de deelnemingsrechten (...) niet meer in Nederland worden aangeboden door de beleggingsinstelling of haar beheerder (...) terwijl de beleggingsinstelling zelf wel blijft voortbestaan. Een dergelijke beleggingsinstelling is uiteraard nog vergunningplichtig en staat onder lopend toezicht. Om misverstanden (...) te voorkomen wordt in het vijfde lid daarom geëxpliciteerd dat ook beleggingsinstellingen die de rechten van deelneming eenmaal in Nederland heeft aangeboden (waaronder ook het aanbieden door de beheerder valt) en de daaraan verbonden beheerders en bewaarders onder het toezicht (vergunningplicht en lopend toezicht) vallen.”* Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 41, p. 59.

Reactie AFM

33. De AFM wijst er op dat Prinsegracht eerst in bezwaar het standpunt heeft ingenomen dat zij niet als beheerder in de zin van de Wft kan worden aangemerkt. Gedurende alle contacten tijdens het onderzoek heeft Prinsegracht zich jegens de AFM nadrukkelijk als beheerder gepresenteerd. Ook in haar zienswijze op het voornemen tot boeteoplegging heeft Prinsegracht dit argument niet naar voren gebracht. Zelfs op pagina 6 van het bezwaarschrift omschrijft Prinsegracht zich als beheerder.¹¹
34. Ook jegens de participanten van Capex heeft Prinsegracht nadrukkelijk de rol van beheerder ingenomen. De AFM wijst in dit verband bijvoorbeeld op de notulen van de vergadering van participanten van Capex van 18 januari 2013, waarin Prinsegracht meerdere malen als beheerder wordt aangemerkt. Ook in de oproeping van 31 december 2012 voor deze vergadering presenteert Prinsegracht zich als zodanig.
35. Op grond van de beschikbare gegevens, in samenhang gezien, is de AFM ook overigens van oordeel dat Prinsegracht als beheerder dient te worden aangemerkt.
36. Wat onder beheerder moet worden verstaan blijkt uit de ten tijde van de overtreding in artikel 1:1 Wft opgenomen definitie van dat begrip, te weten een rechtspersoon die het beheer voert over een of meer beleggingsinstellingen. Uit de wetsgeschiedenis¹² bij deze bepaling blijkt dat het beheer van een beleggingsinstelling onder meer omvat het beheer van de beleggingen, de administratie en het aanbieden (de verkoop) van de deelnemingsrechten. Anders dan Prinsegracht stelt volgt uit het begrip “aparte beheerder” niet dat niet aan andere organen dan de beheerder taken en verantwoordelijkheden kunnen worden opgedragen, doch zegt dat begrip slechts iets over de verhouding van de beheerder tot de beleggingsinstelling.
37. De stelling dat Prinsegracht geen beheerder in de zin van de Wft is, omdat zij niet bij uitsluiting van anderen bevoegd was het totale bestuur over Capex en het financiële beleid te voeren, miskent dit regelgevende kader. Of Prinsegracht civielrechtelijk kan worden aangemerkt als beherend vennoot, acht de AFM niet doorslaggevend voor de beoordeling of Prinsegracht kan worden gekwalificeerd als beheerder in publiekrechtelijke zin. Dat dient te worden beoordeeld aan de hand van de juridische en feitelijke situatie.
38. Prinsegracht heeft Capex opgericht. Blijkens de gegevens in de KvK was Prinsegracht als enige en onbeperkt bevoegd om niet-rechtspersoon Capex in rechte te vertegenwoordigen. Uit de gesprekken van 18 en 23 april 2012 blijkt dat Prinsegracht [REDACTED] ([REDACTED]) ten behoeve van Capex een volmacht heeft verstrekt. Daardoor was [REDACTED] onder meer belast met “*de internationale acquisitie van nieuwe commanditaire vennoten ten behoeve van Capex CV*”. In dat kader heeft [REDACTED]

¹¹ Op deze pagina staat: “Zij (Toevoeging AFM: Prinsegracht) wilde ook niet meer als beheerder verder”.

¹² Kamerstuk 29 708, nr. 19

onder andere bemiddelingsovereenkomsten gesloten met [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED]. In het overzicht dat Prinsegracht op 16 februari 2012 aan de AFM heeft verstrekt, zijn ook nog [REDACTED] en [REDACTED] als tussenpersoon opgenomen. Op pagina 15 van het Prospectus 2012 wordt in de rubriek Beherend Venoot (Beheerder) opgemerkt dat Prinsegracht als beherend venoot, en volgens de AFM dus als beheerder, zal optreden. Tevens wordt gesteld dat de beheerder op grond van de Overeenkomst van beheer en bewaring belast is met het beheer van de CV en in die hoedanigheid bevoegd is om de CV te vertegenwoordigen. De taken van de beheerder worden onder meer beschreven als het administratief, financieel, en commercieel beheer van het vastgoed, het opstellen van de balans, winst- en verliesrekening, het opstellen van begrotingen, de administratieve werkzaamheden en secretariaatswerkzaamheden, het opstellen van verkoopvoorstellen, de uitkering aan vennoten, het verstrekken van informatie over de gang van zaken bij de CV en het optreden als vereffenaar en de verdeling van het liquiditeitsaldo. Dat Prinsegracht deze taken daadwerkelijk heeft vervuld, blijkt voorts uit de CV Overeenkomst die als bijlage 2 is gevoegd bij het prospectus. Uit artikel 5.2 volgt voorts dat Prinsegracht verantwoordelijk is voor het acquireren van deelnemers.

39. In de brief van 24 oktober 2012 heeft Prinsegracht de taken van de beheerder onder meer omschreven als het bouwrijp maken en beheren van de percelen in Argentinië. Ook heeft Prinsegracht na de aanwijzing gezorgd voor een nieuwe beheerder en de overdracht van de participaties. Uit de brief van Prinsegracht aan de commandieten van 10 december 2012 blijkt dat zij de kosten heeft gedragen van de verkoop van de activa, de opheffing van Capex en de liquidatie-uitkering. Ook heeft Prinsegracht aan de commanditaire vennoten van Capex voorgesteld om de participaties te ruilen voor obligaties van Berkshire.
40. Op grond van het voorgaande, in samenhang gezien, dient Prinsegracht als beheerder van Capex in de zin van de Wft te worden aangemerkt. Deze bezwaargrond faalt derhalve.

B. Ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding

Ernst

41. De AFM heeft eerder¹³ een boete gematigd omdat niet was gebleken dat consumenten waren benadeeld. De AFM had moeten onderzoeken of sprake was van benadeling van consumenten. Door dat na te laten heeft de AFM onzorgvuldig en in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld. Dat de AFM om andere redenen tot matiging is gekomen doet niet af aan het feit dat zij een dergelijk onderzoek had moeten doen, omdat daaruit was gebleken dat van benadeling geen sprake was.

¹³ Prinsegracht beroept zich op CBb, 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2864 (r.o. 5.3). Bedoeld is echter ECLI:NL:CBB:2013:BZ1864.

Reactie AFM

42. De verbodsbepalingen zijn centrale bepalingen in de Wft, en vormen de hoeksteen van het financieel toezicht. Veel verplichtingen die de Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft in het leven roepen gelden immers uitsluitend voor partijen met een vergunning. Ze zien onder meer op de integriteit en betrouwbaarheid van beleidsbepalers en bieden belangrijke waarborgen aan consumenten. Deze waarborgen waren er nu niet. Ook leidt het niet aanvragen van een vergunning tot concurrentievervalsing ten opzichte van concurrenten die wel aan de wettelijke verplichtingen voldoen en gehouden zijn heffingen te betalen. Door een vergunning aan te vragen zorgt een instelling er tevens voor dat zij in het zicht van de AFM komt, zodat de AFM kan beoordelen of de instelling voldoet aan de eisen die in wet- en regelgeving worden gesteld en doorlopend toezicht op de instelling kan worden gehouden. Het in strijd met de wet nalaten een vergunning aan te vragen betekent dus dat een instelling, op zijn minst tijdelijk, ongetoetst actief is en zich aan het toezicht door de AFM onttrekt. Overtredingen van verbodsbepalingen zijn dan ook reeds naar hun aard ernstig.
43. De wetgever heeft de overtreding ook aangemerkt als ernstig. Zowel onder het oude als onder het huidige boeteregime kan immers een boete van de hoogste categorie worden opgelegd. De AFM heeft hier niet onderzocht of daadwerkelijk consumenten zijn benadeeld. Dat had namelijk een aanzienlijke additionele toezichtsinspanning gevraagd, die in redelijkheid niet van haar kan worden gevergd. Dat benadeling van consumenten niet is vastgesteld, doet echter niet af aan de ernst van de overtreding. Dat de AFM in het verleden in een zaak, in haar huidige visie ten onrechte, anders heeft geoordeeld, betekent niet dat de AFM is gehouden om deze onjuiste benadering voort te zetten. Indien en voor zo ver Prinsegracht vindt dat er omstandigheden zijn die afdoen aan de ernst van de overtreding, ligt het op haar weg om deze omstandigheden aannemelijk te maken. Tot op heden heeft zij dat niet gedaan.

Duur

44. De AFM wekt volgens Prinsegracht de indruk dat de periode waarin Capex is afgewikkeld, geen invloed heeft gehad op de hoogte van de boete. Uit het Boetebesluit blijkt echter dat daaraan toch belang wordt gehecht. Zie paragraaf 3.4, 4e alinea, en pagina 17, zesde alinea tot en met pagina 18 eerste alinea. De Wft beoogt de consument te beschermen tegen activiteiten van malafide investeringsvehicles. Indien en voor zover daarvan al sprake was, was na staking van de activiteiten op 24 januari 2012 geen verdere bescherming nodig. Op 15 augustus 2012 heeft de AFM het voornemen uitgesproken tot het geven van een aanwijzing daarbij stellende "*daaronder niet begrepen het beheren van reeds verkochte participaties*". De voorgenomen aanschrijving lijkt de belangen van de beleggers te schaden, omdat bestaande participanten verstoken zouden blijven van elke vorm van ondersteuning. Bovendien wenste de AFM dat Prinsegracht het beheer zo snel mogelijk zou overdragen aan een bevoegde entiteit. De AFM weet echter dat dit niet eenvoudig is. Het gaat dan ook niet aan om die periode, waarin legistisch gesproken Prinsegracht in overtreding was, mee te nemen bij het beoordelen van de ernst van de overtreding en het bepalen van de hoogte van de boete.

Reactie AFM

45. Blijkens deze bezwaargrond erkent Prinsegracht dat zij ook na 15 augustus 2012 in overtreding was.
46. Volgens de AFM steunt deze bezwaargrond op een onjuiste lezing van het boetebesluit. Uit de aangehaalde citaten (en ook overigens) blijkt immers dat de AFM oordeelt dat de overtreding is gepleegd in de periode van 1 september 2011 tot 18 januari 2013. De AFM heeft op grond van artikel 1:13 Wft ook de periode meegenomen, nadat Capex was gestopt met aanbieden, maar nog wel bestond. Na 15 augustus 2012 heeft Prinsegracht geprobeerd het beheer over te dragen. Deze periode kan echter niet los worden gezien van het zonder vergunning verrichten door Prinsegracht van vergunningplichtige activiteiten. Deze periode maakt daarom onverkort onderdeel uit van de overtreding. Dat Prinsegracht zich er beweerdelijk niet van bewust was dat zij ook voor deze activiteiten vergunningplichtig was, doet aan dit oordeel niet af. Het is de professionele verantwoordelijkheid van Prinsegracht zich te oriënteren op eventuele regelgeving. Bij het bepalen van de duur van de overtreding heeft geen rol gespeeld dat is geconstateerd dat de aanbieding nog via internet toegankelijk was voor consumenten. De AFM had immers reeds op grond van het voortbestaan van Capex vastgesteld dat de overtreding tot 18 januari 2013 heeft voortgeduurd.
47. De rechtmatigheid en wenselijkheid van de in rechte vaststaande aanwijzing staat niet ter beoordeling.

Verwijtbaarheid

48. Volgens Prinsegracht heeft de AFM de boete ten onrechte niet wegens beperkte verwijtbaarheid gematigd. Prinsegracht is er pas op 15 augustus 2012 op gewezen dat zij nog steeds in overtreding was, waardoor haar de overtreding in de periode van 26 januari 2012 tot 15 augustus 2012 niet valt te verwijten. Gelet op artikel 5:41 Algemene wet bestuursrecht (Awb) bestaat geen bevoegdheid een boete op te leggen. Voorts had Prinsegracht niet de intentie toezichtwetgeving te ontduiken. Eerder was dat voor de AFM reden voor matiging van een boete.¹⁴ Volgens Prinsegracht zijn er thans ook redenen aan te wijzen om de boete te matigen. Capex en Prinsegracht meenden te handelen conform de wet, in het bijzonder artikel 53 Vrijstellingsregeling Wft (Vr Wft) (aanbieding onder   2,5 miljoen) en artikel 2, eerste lid onder a, sub 2, Vr Wft. Prinsegracht heeft zich vergist. Dat er niet de intentie was een overtreding te begaan, blijkt uit het feit dat Capex het aanbieden heeft gestaakt na het eerste informatieverzoek van de AFM van 12 januari 2012. Ook is vrijwel onmiddellijk de website geblokkeerd, waardoor de aanbieding niet meer toegankelijk was voor Nederlandse consumenten. Dat de AFM, die volgens eigen mededeling beschikt over zeer geavanceerde zoekmachines, in de uithoeken van de cyberspace nog verwijzingen vond naar de gestaakte activiteiten kan Prinsegracht niet worden tegengeworpen. Het is niet duidelijk waarom de intentie niet is meegewogen. Ook hier heeft de AFM in haar onderzoek niet de vereiste zorgvuldigheid betracht en in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld. Ten hoogste is sprake van verminderde verwijtbaarheid in de zin van artikel 2, derde lid, Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs). Voorts is van belang dat, in ieder geval van 15 augustus 2012 tot en met december 2012 is getracht een andere beheerder te

¹⁴ Zie Cbb, 11 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ2864 (r.o. 5.3). Zie in dit verband noot 11.

vinden. Dat kostte veel tijd. De AFM heeft er op 1 oktober 2012¹⁵ mee ingestemd dat Prinsegracht de gegevens van de nieuwe beherend vennoot zou overleggen wanneer deze bekend zou zijn. Uiteindelijk is gekozen voor verkoop. Daarvoor moest de nodige activiteiten worden verricht. Van beheer in de zin van artikel 1:1 van de Wft kon in deze periode feitelijk geen sprake zijn. Prinsegracht was louter bezig de problemen op te lossen. Zij wilde ook niet als beheerder verder. Deze periode kan dan ook niet worden meegenomen bij het bepalen van de duur van de overtreding, terwijl een en ander geschiedde onder toezicht van de AFM. Het boetebesluit gaat hier tamelijk summier op in, terwijl de duur van de overtreding zeer relevant is voor de hoogte van de boete. Het wijdt geen woord aan de e-mail van [B] en motiveert niet waarom er geen grond is voor beperking van de duur van de overtreding. Gesteld wordt slechts dat de vergunningplicht voor de beheerder blijft bestaan zolang de beleggingsinstelling bestaat. Dat moest worden afgewikkeld wordt ten onrechte niet in matigende zin in de overwegingen betrokken.

Reactie AFM

49. De AFM ziet geen grond om de overtreding niet of minder verwijtbaar te achten.
50. Dat Prinsegracht beweerdelijk nimmer de intentie had de Wft te overtreden is onvoldoende grond voor een ander oordeel. De stelling dat de overtreding is beëindigd na ontvangst van een informatieverzoek mist namelijk feitelijke grondslag. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is de overtreding immers wel degelijk voortgezet. Uit artikel 1:13 Wft volgt immers dat Prinsegracht ook na 24 januari 2012 in overtreding was, omdat Capex heeft voortbestaan tot 18 januari 2013. Volgens de AFM volstaat een verwijzing naar deze bepaling voor de onderbouwing van het voortduren van de overtreding. Zoals al¹⁶ is opgemerkt, erkent Prinsegracht ook dat zij (legistisch gesproken) in deze periode in overtreding was. Prinsegracht heeft voorts gesteld noch bewezen dat zij haar standpunt dat zij een beroep kon doen op de Vr Wft of enig ander relevant onderwerp, heeft laten toetsen door de AFM of een juridisch adviseur. Dat zij dit heeft nagelaten, komt voor haar rekening en risico. Uit het gespreksverslag van 27 april 2012 (1204-1091m) blijkt overigens dat de heer [A]¹⁷:

"Het begrip "beheerder", zoals genoemd in de Wft (...) niet nader [heeft] gezien vooraf aan de activiteiten van Capex."

De AFM kan uit deze gang van zaken niet afleiden dat Prinsegracht nimmer de intentie heeft gehad om de Wft te overtreden. Reeds op deze grond faalt het beroep van Prinsegracht op de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 11 februari 2013. Blijkens deze uitspraak waren er in die zaak immers omstandigheden waaruit kon worden afgeleid dat appellant niet de intentie had om de toezichtswetgeving te ontduiken. Dat is hier niet het geval.

51. Dat Prinsegracht stelt te hebben geprobeerd de gevolgen van de overtreding voor deelnemers te beperken door een nieuwe beheerder te vinden, is voor de AFM geen reden om te oordelen dat sprake

¹⁵ E-mail [B], toenmalig medewerker toezicht bij de AFM.

¹⁶ Zie randnummer 44.

¹⁷ Enig aandeelhouder en bestuurder van Prinsegracht.

is van verminderde verwijtbaarheid. Deze deelnemers zijn immers onder meer in deze situatie geraakt door het onrechtmatige optreden van Prinsegracht, zodat ook in redelijkheid van haar kon worden gevergd dat zij het probleem probeerde op te lossen. Hoogstens was sprake van verhoogde verwijtbaarheid, als Prinsegracht de deelnemers aan hun lot had overgelaten. De AFM was voorts niet gehouden om Prinsegracht er op te wijzen dat zij voor het afwikkelen van het beheer diende te beschikken over een vergunning. Van een professionele marktpartij mag worden verwacht dat deze zich ori ntteert op de geldende verplichtingen. Overigens blijkt uit het verslag van de op 18 en 23 april 2012 gehouden gesprekken dat is gesproken over het aanvragen van een vergunning. Dat een medewerker van de AFM toestemming heeft verleend om de gegevens van de nieuwe beheerder over te leggen wanneer deze bekend zou zijn, leidt evenmin tot de door Prinsegracht bepleite conclusie. Het is immers niet goed voorstelbaar hoe Prinsegracht deze gegevens bekend had kunnen maken, v ordt bekend was wie de nieuwe beheerder zou zijn. Uit de e-mail van [B] (en [C]) kan voorts niet worden afgeleid dat Prinsegracht gedurende deze periode niet in overtreding was.

52. Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft in de oordeelsvorming geen rol gespeeld dat op enig moment is vastgesteld dat de aanbieding nog via internet bereikbaar was. De, overigens onjuiste, stelling¹⁸ dat de AFM zou beschikken over zeer geavanceerde zoekmachines, is dus niet relevant voor de beoordeling.
53. Uit het voorgaande blijkt dat het beroep op artikel 5:41 Awb faalt, omdat de overtreding wel degelijk aan de overtreder kan worden verweten.

Eindconclusie

54. De AFM ziet geen aanleiding om te oordelen dat sprake is van een beperkte duur, ernst en verwijtbaarheid van de overtreding. Er bestaat dan ook geen reden om de boete op die grond te matigen. Terzijde merkt de AFM op dat zelfs indien zij anders zou oordelen over de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding, dit niet zou leiden tot een lagere boete. Op grond van de financiële draagkracht van Prinsegracht wordt de boete immers al zover gematigd, dat matiging op grond van genoemde omstandigheden uiteindelijk niet tot een lager boetebedrag zou leiden.

C. Strijd met evenredigheidsbeginsel en redelijke termijn

55. Prinsegracht is langdurig in onzekerheid gelaten. Het laatste contact was op 26 maart 2013. Pas op 8 april 2014 werd het voornemen tot boeteoplegging verstuurd. Dit is onevenredig en overschrijdt de redelijke termijn. Deze stilte bevreemdt omdat het onderzoeksrapport grotendeels vergelijkbaar is met de aanwijzing. De conclusie dat artikel 2:65 Wft was overtreden, was al getrokken. Prinsegracht is meer dan een jaar volstrekt in het ongewisse gelaten. Hierdoor konden geen financiële verplichtingen worden aangegaan of andere ondernemersactiviteiten ontplooid. Daar moet in matigende zin rekening mee worden gehouden bij het bepalen van de hoogte van de boete.

¹⁸ Het internetonderzoek heeft, zoals uit onder meer het Boetebesluit blijkt, plaatsgevonden met gebruik van de Google-internetzoekmachine en voor de hand liggende zoektermen (capex en cv).

Reactie AFM

56. Dat de redelijke termijn zou zijn overschreden, is onjuist. De redelijke termijn begint eerst op het moment dat het boetevoornemen is verstuurd¹⁹, omdat de AFM eerder niet formeel te kennen heeft gegeven voornemens te zijn een boete op te leggen. Ten tijde van de behandeling van het bezwaarschrift was de redelijke termijn dus nog niet verstreken. Daarnaast stelt de AFM vast dat de overtreding op het moment van boeteoplegging ten tijde van boeteoplegging ook nog niet was verjaard. De verjaringstermijn is immers op grond van artikel 5:45, eerste lid, Awb vijf jaren. De AFM erkent dat veel tijd is verstreken tussen het afsluiten van het onderzoek en het versturen van het boetevoornemen, maar naar haar oordeel is deze tijd niet zo lang dat zij in redelijkheid zou moeten afzien van het opleggen van een boete dan wel de boete op deze grond verder zou moeten matigen. De, verder niet onderbouwde, stelling van Prinsegracht dat zij in verband met de onzekerheid geen financiële verplichtingen is aangegaan of ondernemersactiviteiten zijn ondernemen, suggereert voorts dat Prinsegracht kennelijk wel serieus rekening heeft gehouden met de mogelijkheid van een boete. Zij heeft echter geen actie ondernomen om te achterhalen of deze inschatting juist was. Gelet op deze beweerdelijke inschatting zal het boetevoornemen ook niet als een verrassing zijn gekomen.

D. Strijd met het fairplay-beginsel

57. Tijdens het eerste gesprek tussen vertegenwoordigers van de AFM en de heer [A], directeur van Prinsegracht, en de toenmalige gemachtigde, werd expressis verbis de verwachting gewekt, dat nu Capex haar activiteiten onmiddellijk na het informatieverzoek van de AFM volledig had gestaakt en toezegde die gestaakt te houden, geen boete of andere maatregel zou worden opgelegd, mits loyaal zou worden meegewerkt aan het onderzoek. Voor zover de AFM-medewerkers ontkennen zich zo te hebben uitgelaten, beroept Prinsegracht zich erop dat zij daar door de teneur van het gesprek op mocht vertrouwen. De AFM heeft zich niet gehouden aan deze toezegging.
58. Na de toezegging van Prinsegracht om haar activiteiten te staken zijn door de zeer geavanceerde zoekmachines van de AFM toch nog in de uithoeken van het internet uitingen gevonden, die verboden zouden zijn. Capex heeft alles had gedaan om haar aanwezigheid op het internet te verwijderen en de vondsten waren gedaan door zeer geavanceerde zoekmachines. Prinsegracht heeft na de staking van de verkoopactiviteiten het beheer voortgezet. Dat beheer was er, in opdracht en met medeweten van de AFM, uitsluitend op gericht een bevoegde beheerder te vinden.

Reactie AFM

59. De AFM bestrijdt de stelling dat zij in strijd met duidelijke toezeggingen handelt.

¹⁹ Op 8 april 2014.

60. Allereerst kan worden opgemerkt dat het de AFM bevreemdt dat Prinsegracht zich eerst in bezwaar op deze beweerdelijke toezegging beroept, terwijl zij er in haar zienswijze op het voornemen tot boeteoplegging niet over rept. De AFM kan deze stelling voorts moeilijk rijmen met de hiervoor onder C weergegeven bezwaargrond, waaruit in redelijkheid kan worden afgeleid dat Prinsegracht kennelijk serieus rekening heeft gehouden met de mogelijkheid van een boete. Zij heeft immers beweerdelijk haar gedrag aangepast aan het mogelijk opleggen van een boete. Zij zou dit dus hebben gedaan, terwijl de AFM expliciet zou hebben toegezegd dat geen boete zou volgen. De AFM acht dit onaannemelijk.
61. De AFM ontkent voorts nadrukkelijk dat een dergelijke toezegging is gedaan. Uit het verslag van 27 april 2012 blijkt niet van een dergelijke toezegging. Dit verslag bevat wel de volgende opmerking:
“ en (Toevoeging: [D] en [C] de bij het gesprek aanwezige toezichthouders) geven aan dat het lastig is om mogelijke scenario's voor Capex te bespreken, omdat het onderzoek nog in volle gang is.”
- Volgens de AFM mag er redelijkerwijs van worden uitgegaan dat Prinsegracht in haar brief van 24 oktober 2012, waarin zij op het verslag reageert, het verslag zou hebben aangevuld als een dergelijke, cruciale, toezegging daarin ten onrechte niet was opgenomen.²⁰
62. Ook in het verslag van het gesprek van 29 januari 2013 (130101586m) en de (abusievelijk op 14 januari 2013 gedateerde) reactie van Prinsegracht daarop, ziet de AFM niets terug over een dergelijke toezegging of het ten onrechte achter wege blijven van vastlegging daarvan. Blijkens dit verslag is voorts door een van de toezichthouders het volgende opgemerkt:
“AL geeft aan dat Prinsegracht met het voorstel aan de commanditaire vennoten van Capex om de participaties te ruilen voor obligaties van Berkshire mogelijk andere verbodsbepalingen van de Wft overtreedt, te weten artikel 2:96 en artikel 5:2 Wet op het financieel toezicht (Wft).”
63. Deze stelling steunt bovendien op de onjuiste veronderstelling dat de overtreding onmiddellijk na het informatieverzoek is beëindigd. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, is toen door Capex weliswaar het aanbieden beëindigd, maar is de overtreding van Prinsegracht gewoon voortgezet.
64. Subsidiair stelt Prinsegracht dat de toezegging niet expliciet zou zijn gedaan, maar dat Prinsegracht er door de teneur van het gesprek op mocht vertrouwen dat geen boete zou worden opgelegd. Ook deze stelling onderschrijft de AFM niet. Volgens de AFM hebben haar (ervaren) medewerkers nimmer een dergelijke indruk gewekt, al was het maar omdat ten tijde van het gesprek nog geen beslissing was genomen over het al dan niet nastreven van het opleggen van een boete. Uit de hiervoor opgenomen citaten blijkt volgens de AFM juist dat de mogelijkheid van alle vervolgmaatregelen is open gehouden. Het valt de AFM daarnaast op dat Prinsegracht op geen enkele wijze duidelijk maakt waar deze verwachting precies op steunde. Uit de gespreksverslagen kan de AFM in ieder geval niet

²⁰ Ten overvloede merkt de AFM op dat de heer [A] tijdens de hoorzitting in bezwaar heeft verklaard dat de toezegging niet expressis verbis is gedaan. Desgevraagd heeft hij deze verklaring genuanceerd door er op te wijzen dat de toezegging niet in het verslag staat, waardoor hij er geen beroep op heeft gedaan.

opmaken dat haar medewerkers iets hebben gezegd dat redelijkerwijs deze indruk heeft kunnen oproepen.

65. Ten overvloede merkt de AFM op dat, zoals uit het mandaat van de AFM blijkt, de betrokken medewerkers ook niet bevoegd waren om de beweerdelijke toezeggingen te doen. De beslissing om een boete op te leggen, ligt immers bij het bestuur van de AFM, niet bij individuele toezichthouders. Evenmin was sprake van een concrete, ondubbelzinnige en/of onvoorwaardelijke toezegging.
66. Gelet op het voorgaande is het de AFM niet duidelijk hoe Prinsegracht redelijkerwijs tot de conclusie is kunnen komen dat de AFM expliciet of impliciet heeft toegezegd om van een boete af te zien. Hetgeen Prinsegracht verder over dit onderwerp heeft opgemerkt kan niet afdoen aan de rechtmatigheid van de boete. Het opleggen van de boete komt niet in strijd met het fairplay-beginsel. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

E. Proportionaliteit van de boete

67. De betrokkenheid van Prinsegracht bij Capex was beperkt, zoals blijkt uit de bescheiden vergoeding die zij heeft gehad; 2x € 3.000. Een boete van € 100.000 is buiten elke proportie, zeker nu niemand op enigerlei wijze is benadeeld en er geen sprake was van vrees voor maatschappelijke onrust.

Reactie AFM

68. De AFM onderschrijft ook deze stelling niet, aangezien er geen beperkte betrokkenheid is bij de overtreding. Prinsegracht is immers opgetreden als beheerder van Capex en zonder Prinsegracht had Capex haar activiteiten niet kunnen verrichten. Gelet op het punitieve karakter van de opgelegde sanctie ziet de AFM in het, volgens Prinsegracht geringe, financieel, voordeel ook overigens geen reden om de boete te matigen. Uit het feit dat niet is vastgesteld dat geen consumenten zijn benadeeld doordat daar geen onderzoek naar is gedaan, kan niet worden afgeleid dat zou vaststaan dat geen enkele consument op enigerlei wijze is benadeeld. In dit verband verwijst de AFM naar hetgeen hiervoor is opgemerkt over de ernst van de in geding zijnde overtreding van een verbodsbepaling. Uit een publicatie op www.afm.nl blijkt voorts dat de AFM ook een boete van €100.000 heeft opgelegd aan een andere onderneming die betrokken is geweest bij de door Capex ondernomen activiteiten.
69. Gelet op deze ernst van deze overtreding van een verbodsbepaling vermag de AFM niet in te zien dat de op grond van de draagkracht aanzienlijke gematigde boete disproportioneel zou zijn.

F. Betalingsonmacht/hogte boete

70. Prinsegracht kan de boete niet betalen. Er is al jaren geen eigen vermogen en de financiële situatie laat betaling niet toe. Prinsegracht is niet meer actief en dat zal ook niet veranderen. Al eerder is de "Vragenlijst vennootschappen ten behoeve van de bepaling van de draagkracht" overgelegd. De concept jaarstukken 2010, 2011 en 2012, waarvoor goedkeuring door de AVA ontbreekt, vragen nadere toelichting, gezien de zeer kwetsende en onjuiste opmerking over onregelmatigheden en een veel groter eigen vermogen dan kenbaar gemaakt. Bij notariële akte van 6 september 1993 heeft

Prinsegracht onder meer de economische eigendom verworven van het perceel [X] te Den Haag, bestaande uit 4 appartementen. Bij deze akte werden nog een aantal andere onroerende zaken in economische eigendom overgedragen. [A] en [E], ieder voor de helft eigenaar, traden in privé als verkoper op. Van de totale koopsom van [REDACTED] werd een bedrag van [REDACTED] toegerekend aan [X]. Dat pand is gesplitst in vier appartementsrechten waarvan drie zijn verkocht. Het appartement [X] B is in de boeken opgenomen voor het bedrag van de kostprijs, verminderd met de fiscaal toegestane afschrijvingen. Bij de verkoop van dit appartement is een schijnbare boekwinst gemaakt. De verkoopprijs was [REDACTED]. Het betrof een verkoop “kosten verkoper” zodat die van de opbrengst moeten worden afgetrokken. De “boekwinst” is [REDACTED]. De AFM meent kennelijk dat zo’n bedrag ook feitelijk aanwezig zou moeten zijn. De jaarlijkse fiscale afschrijving leidt niet tot een toename van de contante gelden, maar levert een cijfermatig voordeel op. De afschrijvingen hebben in de afgelopen 22 jaar meer bedragen dan deze boekwinst. Voor de uitleg van het bestaan van een hypothecaire onderzetting van het appartement voor een lening die aan [A] is verstrekt met als mede debiteur Prinsegracht, moet teruggekeken worden naar de verwerving door Prinsegracht van de economische eigendom, waarbij een deel van de koopsom schuldig is gebleven, namelijk [REDACTED] (het aandeel van [A]). [E] bleef ook gerechtigd tot zo’n som. De rekening-courant verhouding die sindsdien tussen Prinsegracht en [REDACTED] heeft bestaan, resulteert in een aanzienlijke vordering. De huur was regelmatig onvoldoende om de hypotheeklasten te voldoen en er waren grote periodes van leegstand. Gedurende alle jaren van eigendom heeft [A] privé alle hypotheekrente, aflossing van de schuld van de vennootschap aan het Restauratiefonds, ozb – aanslagen, onderhoudskosten en courtages betaald. De huren werden aan de moedermaatschappij afgedragen en verantwoord in de jaarcijfers. Dat gebeurde niet met de gemaakte kosten die voor de B.V. werden betaald. Dat zou bij de verkoop van het appartement gebeuren. [A] heeft per saldo nog een vordering op de B.V. die hoger is dan de verkoopopbrengst. In de balans is een post op te nemen van [REDACTED] + PM (dat is de restant koopsom ad [REDACTED] + het door [A] bijgestorte negatief saldo van de verkoop van het appartement ad [REDACTED] + [REDACTED] zijnde de door [A] voorgesloten en niet verrekenende hypotheeklasten; de PM is voor nog uit te zoeken posten). De opgevoerde rente is ook aan die rekeningcourant verhouding gerelateerd. Er is geen enkele reden om de vordering van [A] te ecarteren. Van onregelmatigheid is geen sprake. Prinsegracht heeft een negatief vermogen met nog een belastinglatentie, zodat er alle reden is om de boete met 100% te matigen. Prinsegracht wijst er tot slot op dat het niet zo mag zijn dat zij faillissement zal moeten aanvragen als gevolg van een boete. Zij verzoekt een eventuele boete mede daarom op nihil vast te stellen.

Reactie AFM

71. In haar boetebesluit heeft de AFM het volgende overwogen over de hoogte van de boete:
- “In haar zienswijze heeft Prinsegracht aangegeven dat Prinsegracht over een negatief eigenvermogen beschikt en dat ook overigens de financiële situatie het niet toelaat dat een (hoge) boete wordt opgelegd. (...).*
- In de door Prinsegracht overgelegde financiële gegevens heeft de AFM duidelijke onregelmatigheden geconstateerd die er toe leiden dat de AFM van oordeel is dat Prinsegracht over een veel groter vermogen zou moeten beschikken dan thans is opgegeven en een boete van € 100.000,- moet kunnen dragen. Hiertoe overweegt de AFM het volgende.*

Op 10 december 2012 heeft Prinsegracht een pand met een boekwaarde van ██████ verkocht voor een bedrag van ██████. Dit blijkt uit de balans van 31 december 2012. Door de verkoop van pand heeft Prinsegracht een boekwinst verkregen van ██████. Deze boekwinst staat ook op de balans van 2012 opgenomen maar niet in de winst- en verliesrekening van 2012. Wat te meer onbegrijpelijk is dat uit geen van de verdere overgelegde gegevens blijkt wat er met de winst van de verkoop van het pand is gebeurd. De AFM is daarmee van oordeel dat het resultaat van de winst- en verliesrekening met het bedrag van de boekwinst vermeerderd dient te worden.

Op het pand lag een lening van ruim twee keer de boekwaarde van het pand, te weten ██████. Deze hypothecaire lening liep via [A] Privé. De lening staat niet opgenomen in de jaarrekening 2011 en 2012 en evenmin in de opgave vennootschapsbelasting 2011 en 2012. Opvallend is dat de rente voor deze lening van ██████ per jaar door Prinsegracht werd betaald en in de winst- en verliesrekening van 2011 en 2012 is opgenomen. De AFM acht het onverklaarbaar dat Prinsegracht rente betaalt voor een lening die zij niet in haar boeken heeft staan en is van oordeel dat het resultaat van de winst- en verliesrekening vermeerderd dient te worden met in ieder geval twee keer de genoemde rente wat uit komt op een bedrag van ██████.

Opvallend is verder dat op de balans per december 2012 bij de korte termijn schulden een rekeningcourant vordering van de heer [A] s staat van ██████. Van de balans kan niet worden opgemaakt waar deze schuld vandaan komt. Wat daar ook van zij, met betrekking tot deze vordering is de AFM van oordeel dat een vordering van de (indirect) 100% aandeelhouder er niet toe zou mogen leiden dat dat een onderneming een boete niet kan dragen.

Gelet op het bovenstaande is de AFM van oordeel dat het opgegeven resultaat van ██████ in ieder geval vermeerderd moet worden met de winst van het pand van ██████ en de onverschuldigd betaalde rente van totaal ██████ waardoor het resultaat uitkomt op een bedrag van ██████.

72. In bezwaar heeft Prinsegracht haar draagkracht toegelicht. Gelet op de onduidelijkheden die toen nog resteerden, heeft de AFM om een nadere onderbouwing verzocht. In de brief aan Prinsegracht van 3 maart 2015 worden deze onduidelijkheden benoemd en een groot aantal vragen gesteld. Zo is in de jaarcijfers van Prinsegracht sprake van hypotheeklasten, terwijl de heer [A] in het aanvullend bezwaarschrift heeft verklaard dat hij deze lasten zelf heeft betaald.
73. De AFM heeft Prinsegracht alle tijd gegeven om deze vragen te beantwoorden. Prinsegracht is daar echter niet in is geslaagd. Nu Prinsegracht drie keer de kans heeft gekregen aan te tonen dat haar draagkracht lager is dan door de AFM wordt aangenomen en iedere reactie weer nieuwe vragen en twijfels oproept, ziet de AFM geen aanleiding om Prinsegracht uit te nodigen om met een vierde reactie te komen. Hieronder gaat de AFM in op de verstrekte informatie.
74. Prinsegracht erkent dat de overgelegde jaarcijfers niet kloppen en revisie behoeven. Echter, niet gebleken is dat Prinsegracht enige actie heeft ondernomen om tot aanpassing te komen. Sterker nog, tijdens de hoorzitting is juist verklaard dat Prinsegracht niet van plan is om tot aanpassing van de jaarcijfers over te gaan. Het is de AFM voorts niet duidelijk op welke jaren de revisie betrekking zou hebben. Daarnaast zijn er zoveel onduidelijkheden en tegenstrijdigheden dat de AFM ernstig betwijfelt dat een aanpassing van de jaarcijfers haalbaar is. Uit het voorgaande volgt dat de AFM niet kan afgaan op de juistheid van de overgelegde jaarcijfers. Prinsegracht heeft geen andere gegevens in geding gebracht om haar draagkracht te bepalen en van de AFM kan niet in redelijkheid worden gevergd dat zij Prinsegracht nog een kans geeft om met deze informatie te komen. Dat Prinsegracht

niet in staat is om objectieve informatie over haar draagkracht te overleggen, valt volledig in haar risicosfeer. De AFM acht hetgeen in dit randnummer wordt overwogen al voldoende om te oordelen dat deze bewaargrond faalt.

75. De AFM heeft daarnaast een groot aantal opmerkingen over de reactie. Gelet op de conclusie van de vorige alinea zal de AFM zich beperken tot een kleine selectie. Door de verwevenheid en onduidelijkheid van de transacties tussen [A] in privé, [A] Holding B.V., Prinsegracht en [E] is met deze reactie van 22 april 2015 niet meer duidelijkheid verkregen. Prinsegracht heeft bijvoorbeeld als bijlage bij haar reactie een selectie overgelegd uit haar correspondentie met de voormalig fiscaal adviseur van [A]. In deze correspondentie is echter sprake van [A] Holding B.V., en niet van Prinsegracht. Ook vraagt de AFM zich af wat de opbrengst is van de panden [Y] en [Z] en of deze opbrengsten zijn gebruikt om hypothecaire leningen af te betalen. Voorts wordt gesteld dat sprake zou zijn van een variabel rentepercentage. De AFM kan dit echter niet rijmen met de constatering dat Prinsegracht ieder jaar een gelijk bedrag aan rente doorberekent. Volgens het antwoord op vraag 3 is sprake van een schuld aan de heer [E], terwijl bij het antwoord op vraag 4 wordt gesteld dat deze schuld is afgelost door [A] in privé. Voorts is er onder meer onduidelijkheid over wat is gebeurd met de lening van het Nationaal Restauratie Fonds.
76. Op grond van het bovenstaande is de AFM van oordeel dat er geen aanleiding is om terug te komen van haar eerdere oordeel dat Prinsegracht in staat moet worden geacht om de boete te betalen. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Proceskosten

77. Prinsegracht verzoekt om vergoeding van de kosten voor rechtsbijstand ex artikel 7:15, tweede lid, Awb. Gelet op het voorgaande bestaat er volgens de AFM geen aanleiding om deze kosten te vergoeden. Dit verzoek wordt dan ook afgewezen.

Publicatie

78. De AFM stelt vast dat het Boetebesluit op grond van artikel 1:97 Wft is gepubliceerd en dat Prinsegracht in bezwaar geen specifieke gronden heeft aangevoerd tegen deze publicatie.
79. Ingevolge artikel 1:97, vijfde lid, Wft, is de AFM tevens gehouden de uitkomst van een ingediend bezwaar tegen een opgelegde boete zo spoedig mogelijk bekend te maken. Daarbij moet op grond van het vierde lid van artikel 1:97 Wft worden beslist of publicatie al dan niet anoniem zal gebeuren. De AFM zal hierover kort na het verzenden van deze beslissing op bezwaar een separate beslissing nemen. Zij zal Prinsegracht over deze beslissing informeren door middel van een voorgenomen besluit tot publicatie, waar Prinsegracht door middel van een zienswijze op kan reageren

V. Besluit

80. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten. De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Bestuurslid

Bijlage: Verslag hoorzitting

Verslag hoorzitting Prinsegracht Monument B.V (Prinsegracht) inzake het bezwaar tegen het besluit van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van 21 oktober 2014 ( -14091467), tot het opleggen van een bestuurlijke boete van  100.000.

Amsterdam, 27 februari 2015, 11:15 uur.

Aanwezig

Namens Prinsegracht:

[A], directeur en enig aandeelhouder Prinsegracht
Mr. T.D. Van der Wal, gemachtigde,
[F], belastingadviseur.

Namens de AFM:

[G], extern onafhankelijk voorzitter hoorcommissie
[C], toezichthouder bij Domein Marktintegriteit en Handhaving,
[H], jurist afdeling Juridische Zaken (tevens verslag).

Hoorzitting

[G] (de Voorzitter) opent de hoorzitting, heet iedereen welkom en geeft een korte inleiding. Hij omschrijft de functies die hijzelf, [C] en [H] vervullen. Voorts geeft hij aan dat van de hoorzitting een verslag zal worden gemaakt dat bij de beslissing op bezwaar zal worden gevoegd. Het Bestuur van de AFM zal mede op grond van het bezwaarschrift en het verslag van de hoorzitting het primaire besluit heroverwegen. Hij wijst er op dat de meerderheid van de hoorcommissie niet betrokken is geweest bij de voorbereiding van de Boete.

De Voorzitter wijst Prinsegracht er op dat, nu het hier om een boete gaat, zij zijn niet is gehouden om vragen te beantwoorden.

De heer Van der Wal pleit aan de hand van aantekeningen die als bijlage bij dit verslag zijn gevoegd. In aanvulling merkt hij op dat de in het bezwaarschrift opgenomen verwijzing naar de uitspraak van het College van 11 februari 2013 abusievelijk een foutje is geslopen. Volledigheidshalve is de bedoelde uitspraak bij de pleitaantekeningen gevoegd.

In reactie vraagt de **Voorzitter** of hij goed heeft begrepen dat Prinsegracht bepleit dat de boete op nihil moet worden gesteld op grond van beperkte verwijtbaarheid en ernst van de overtreding. Hij wijst er op dat er drie stappen zijn: ten eerste vaststelling van de overtreding, voornamelijk of Prinsegracht wel normadressant is, als dat niet kan worden vastgesteld, kan geen boete worden opgelegd, in de twee plaats ernst, verwijtbaarheid ed. Op grond van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector kan dit leiden tot matiging van de boete met een bepaalde factor. In de derde plaats vaststelling van de draagkracht. Dat zou in principe kunnen leiden tot op nihil stellen van de boete.

[A] geeft vervolgens aan nog een enkel accent te willen leggen. Tijdens het eerste gesprek met de toezichthouders is besproken dat de activiteiten van Capex moesten worden stil gelegd. Toen is, niet expressis verbis, de indruk gewekt dat als dit zou gebeuren, er geen verdere maatregelen zouden volgen, anders dan wellicht een waarschuwing. De aanbieding is toen van het internet gehaald, maar de AFM is er met haar geraffineerde zoekmachines in geslaagd deze in de krochten van cyberspace te vinden. Daarna heeft alsnog vervolging plaatsgevonden, in strijd met de uitdrukkelijke indruk die is gewekt. Prinsegracht heeft activiteiten verricht om de overtreding te beëindigen. Haar kan de vondst in cyberspace niet worden tegengeworpen. Capex heeft langer bestaan dan de AFM wenselijk acht. Prinsegracht kon de deelnemers in de CV echter niet zo maar laten hangen. Als zij anders had gehandeld, zou de AFM haar dat ernstig hebben verweten.

Het gaat hier om een cv. [A] geeft aan de dag voor de hoorzitting nog eens in "Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap" van mr. A.L. Mohr te hebben gelezen.

Prinsegracht was geen vennoot, dus de vraag is of zij wel kan worden aangemerkt als beherend vennoot. De vraag is dus of Prinsegracht wel aansprakelijk is. Als dat het geval is, heeft zij als orgaan van de vennootschap een regresrecht op de

andere vennoten, die de AFM juist stelt te willen beschermen. Ten slotte wijst hij er op dat er geen risico op recidive is. Hij is 68 jaar oud en heeft Parkinson. Hij heeft zijn advocatenpraktijk beëindigd en is ook overigens niet meer actief in het zakenleven.

[Z] wijst er op dat de heer [A], in afwijking van het bezwaarschrift, zegt dat geen expliciete toezeggingen zijn gedaan.

[A] geeft aan te hebben bedoeld dat het wel is gezegd, maar niet is opgeschreven in het verslag. Daarom heeft hij zich er niet op beroepen.

[F] zegt een toelichting te willen geven op de cijfers. Hij is verantwoordelijk voor de cijfers en is pijnlijk getroffen door de conclusie van de AFM dat de cijfers niet kloppen. De financiële situatie in 2012 was dat er geen pand was, geen bankrekening, geen bewijs van schuld en geen hypotheek. Er stond niets op de balans. De jaarrekening geeft de feiten weer. Je zou tot 1993 terug moeten gaan om uit te zoeken of er onregelmatigheden zijn. Volgens [F] gaat het bij draagkracht om liquiditeit, om activa en niet om eigen vermogen. Onderzoek heeft uitgewezen dat de vorige financiële adviseur rond 2001 is vergeten dat de bewuste schuld economisch ingebracht moest worden. Dat valt niet eenvoudig te repareren. Het pand is verkocht, de hypotheek afbetaald, er is geen geld.

[A] licht toe een en ander is ontstaan. Hij werkt samen met een kandidaat-notaris. Zij zijn samen in onroerend goed gegaan. Toen zijn compagnon notaris werd, kon deze constructie niet worden gecontinueerd. Daarom is het onroerend goed ondergebracht in een BV, en heeft [A] zijn compagnon uitgekocht. Het onroerend goed is verkocht, behalve één appartement.

[H] vraagt of uit het feit dat bepaalde onderwerpen niet aan de orde zijn gesteld, moet worden afgeleid dat Prinsegracht bepaalde onderwerpen heeft laten vallen.

De heer Van der Wal verklaart dat hij alle argumenten in het aanvullend bezwaarschrift en in de zienswijze handhaaft.

De Voorzitter vraagt [C] of zij willen reageren op het beroep op het vertrouwensbeginsel.

[C] wijst er op dat uit de gespreksverslagen blijkt dat hier niets over is gezegd.

De voorzitter vraagt of als Capex zelf normadressant is, de vennoten moeten worden aangesproken.

De heer Van der Wal wijst er op dat wat onder beherend vennoot moet worden verstaan uit de prospectus blijkt. Met financiën hield Prinsegracht zich niet bezig.

De heer Van der Wal zegt dat hij uit de formulering van het boetebesluit afleidt dat de AFM meent niet over alle informatie te beschikken.

[H] leest de zinsnede "dat Prinsegracht over een veel groter vermogen zou moeten beschikken" anders. Volgens hem wordt daar mee bedoeld dat er twijfels zijn over de juistheid van de informatie en dat wordt geoordeeld dat de draagkracht van Prinsegracht hoger is dan wordt gesteld. Hij zal de aanwezige informatie intern bespreken. Dat kan er toe leiden dat wordt vastgesteld dat de draagkracht lager is dan tot nu toe is aangenomen en de boete moet worden gematigd, of dat wordt geconcludeerd dat de eerdere twijfels terecht waren of dat er nadere vragen moeten worden gesteld. In dat laatste geval zal hij contact opnemen met mr. Van der Wal.

De Voorzitter wijst op een opmerking in het aanvullend bezwaarschrift over het nog niet goedgekeurd zijn van de jaarcijfers. Hij vraagt of de AVA deze cijfers inmiddels heeft goedgekeurd

Ons kenmerk RéMr-15062996

Pagina 23 van 23

[F] geeft aan dat de AVA volledig aanwezig is in de persoon van [A]. De cijfers zijn niet goedgekeurd en dat gaat ook niet gebeuren. Er moet namelijk ver in het verleden worden teruggegaan om een aantal zaken uit te zoeken.

De Voorzitter vraagt of de zaaksbehandelaar een indicatie kan geven wanneer de beslissing op bezwaar kan worden verwacht.

[H] geeft aan dat dit afhangt van zijn bespreking over de cijfers. Als daar verder geen vragen over zijn, verwacht hij dat de beslissing op bezwaar over ongeveer zes weken kan worden verzonden. Zijn die vragen er wel, dan zal hij contact opnemen met de gemachtigde van Prinsegracht.

De heer Van der Wal zegt dat inhoudelijke juistheid belangrijker is dan snelheid.

In een reactie op een vraag van **de Voorzitter**, geven **de aanwezigen** aan dat zij van mening zijn dat zij in deze zitting in voldoende mate zijn gehoord.

Om 12:15 uur sluit **de Voorzitter**, onder dankzegging voor ieders bijdrage, de hoorzitting.

