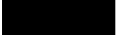


Openbare versie
Aangetekend verstuurd
Blenheim Advocaten
Mr. J. Hagers
Postbus 10302
1001 EH AMSTERDAM

Datum
Ons kenmerk
Pagina
Betreft

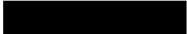
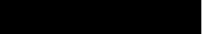

1 van 29
Beslissing op bezwaar Joceka B.V.

Geachte heer Hagers,

Bij besluit van 15 april 2015 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Joceka B.V. (**Joceka**) een last onder dwangsom opgelegd wegens schending van de medewerkingsplicht. Tegen de last onder dwangsom heeft mevrouw , als toenmalig gemachtigde van Joceka, bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten de last onder dwangsom te herroepen voor zover het een deel van de tekst van het persbericht bij publicatie betreft en laat het besluit voor het overige in stand. Joceka heeft voorts bezwaar gemaakt tegen de invorderingsbeschikking van 24 juni 2015. De AFM heeft besloten om dit besluit in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

I. Procedure

1. Bij besluit van 15 april 2015 (kenmerk: ) heeft de AFM aan Joceka een last onder dwangsom opgelegd (**de Last**) als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, Wet op het financieel toezicht (**Wft**). De Last strekte ertoe dat Joceka uiterlijk 16 april 2015 om 00.30 uur¹ alsnog de gevorderde inlichtingen verstrekke, zoals vervat in het informatieverzoek van 14 april 2015 (kenmerk: ) en de daarbij gegeven mondelinge toelichting. Om de in het informatieverzoek genoemde digitale gegevens te verstrekken, moest Joceka de AFM toegang geven tot de computer zoals omschreven in de mondelinge verklaring van de heer [B] van 14 april 2015, ondertekend om 23.00 uur, door de computer fysiek ter beschikking te stellen aan de AFM. Indien

¹ Oorspronkelijk eindigde de begunstigingstermijn op 15 april 2015 om 23.59 uur. Na overleg tussen partijen is op 15 april 2015 handmatig het tijdstip in de Last gewijzigd in 16 april 2015 om 00.30 uur. De AFM gaat in haar beoordeling uit van dit tijdstip.

niet (tijdig) aan de Last wordt voldaan, verbeurt Joceka van rechtswege een dwangsom van EUR 50.000. Daarnaast is bepaald dat de AFM het besluit tot het opleggen van de Last openbaar maakt op grond van het bepaalde in artikel 1:99, eerste lid, Wft, indien de dwangsom wordt verbeurd.

2. Bij brief en fax van 16 april 2015, nadat de begunstigingstermijn was verstreken, heeft Joceka bezwaar gemaakt tegen de Last. Daarnaast heeft Joceka op gelijke datum de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht om een voorlopige voorziening.
3. Bij brief van 20 april 2015 heeft de AFM de ontvangst van het bezwaarschrift van Joceka bevestigd.
4. Op 28 april 2015 heeft de AFM telefonisch contact opgenomen met mevrouw [REDACTED] en Joceka voorgesteld om de beslistermijn in bezwaar te laten aanvangen twee weken na de uitspraak van de voorzieningenrechter. Bij e-mail van 11 mei 2015 heeft Joceka aangegeven in te stemmen met het voorstel van de AFM onder de voorwaarde dat de tenuitvoerlegging van de Last niet plaatsvindt totdat veertien dagen is verstreken nadat er een beslissing op bezwaar is genomen, ongeacht de uitspraak van de voorzieningenrechter.
5. Bij brief en fax van 19 mei 2015 heeft Joceka nadere gronden van bezwaar met bijlagen ingediend.
6. Bij e-mail van 20 mei 2015 heeft de AFM aan Joceka meegedeeld dat zij de publicatie van de Last en het nemen van een invorderingsbesluit alleen dan opschort als de uitspraak van de voorzieningenrechter daartoe noopt. Voorts heeft de AFM aan Joceka gevraagd of zij evenwel instemt met de beslistermijn zoals eerder voorgesteld. Joceka heeft bij e-mail van 21 mei 2015 aangegeven akkoord te gaan met het voorstel van de AFM, waarbij Joceka de AFM heeft verzocht de beslistermijn niet te verlengen ex artikel 7:10, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb). De AFM heeft hier niet mee ingestemd.
7. Op 21 mei 2015 heeft de zitting bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam plaatsgevonden. Op 4 juni 2015 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan (**de Uitspraak**). De voorzieningenrechter heeft het verzoek om een voorlopige voorziening gedeeltelijk toegewezen voor wat betreft de wijziging van het persbericht, en het verzoek voor het overige afgewezen.
8. Bij e-mail van 22 mei 2015 heeft Joceka de AFM om een betalingsregeling ten aanzien van de verbeurde dwangsom verzocht.
9. De AFM heeft de Last op 10 juni 2015 gepubliceerd op haar website www.afm.nl. Daarnaast heeft de AFM publiciteit gegeven aan de Last via een RSS-feed, een news-alert en Twitter.
10. Bij e-mail van 11 juni 2015 is de AFM geïnformeerd over het terugtreden van mevrouw [REDACTED] als gemachtigde van Joceka. In haar plaats treedt vanaf dat moment de heer Hagers als gemachtigde op.

11. Op 17 juni 2015 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage I).
12. Bij brief van 24 juni 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM aan Joceka een invorderingsbeschikking gestuurd ter invordering van de verbeurde dwangsom van deze Last van EUR 50.000.
13. Bij brief van 25 juni 2015 heeft de AFM een betalingsregeling ten aanzien van de verbeurde dwangsom aan Joceka voorgesteld. Joceka heeft deze betalingsregeling bij brief van 3 juli 2015 geaccepteerd.
14. Bij e-mail en fax van 26 juni 2015 heeft de heer Hagers, advocaat bij Blenheim Advocaten, namens Joceka bezwaar gemaakt tegen de invorderingsbeschikking.
15. Bij brief van 2 juli 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM de beslistermijn met zes weken verlengd op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb.

II. Feiten en omstandigheden

16. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in de Last en het 'Rapport vastlegging feitelijke handelingen mbt het onaangekondigd onderzoek ter plaatse van de Autoriteiten Financiële Markten (AFM) bij Joceka B.V.' van 4 mei 2015 en alle overige op de zaak betrekking hebbende stukken. De feiten die zijn genoemd in voornoemde stukken moeten hier, voor zover zij niet zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
17. Joceka is een marketingbureau. In het register van de Kamer van Koophandel staan de activiteiten van Joceka als volgt omschreven: "*Organisatie-adviesbureaus Consultancy activiteiten, marketingactiviteiten*". Enig bestuurder van Joceka is de heer [A] (**de heer [B]**). De AFM beschikt over informatie die erop wijst dat Joceka mogelijk in strijd met artikel 2:96 Wft beleggingsdiensten en/of beleggingsactiviteiten (heeft) verricht en zich in samenwerking met [onderneming A] (**[onderneming A]**), een in Duitsland gevestigde beleggingsonderneming, schuldig (heeft) gemaakt aan *cold calling* (artikel 4:25, eerste lid, Wft jo artikel 82, eerste lid, Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (**BGfo**)). De AFM is, tevens op verzoek van de Duitse toezichthouder, Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (**BaFin**), een onderzoek gestart naar de activiteiten van Joceka om na te gaan of Joceka voldoet aan de vereisten van de Wft en in het bijzonder of van bovenstaande overtredingen daadwerkelijk sprake is (geweest). Op 14 april 2015 heeft de AFM daartoe een onaangekondigd onderzoek ter plaatse verricht.

Gebeurtenissen op 14 en 15 april 2015

18. Op 14 april 2015, omstreeks 10.00 uur, ving het onderzoek van de AFM bij Joeka aan toen twee toezichthouders de kantoorruimte van Joeka betraden (**de kantoorruimte**). De kantoorruimte bevond zich op de tweede verdieping van een bedrijfspand aan de Torenallee 26 in Eindhoven (**het bedrijfspand**). In dit bedrijfspand zijn meerdere (start-up)ondernemingen gevestigd. De kantoorruimte bestond uit een grote kantoorruimte en een aantal afzonderlijke kamers. De kantoorruimte heeft één toegangsdeur. Een plattegrond van de kantoorruimte is opgenomen in bijlage 22 bij de pleitnota van de zitting van 21 mei 2015. De twee toezichthouders lichtten het doel van het onderzoek toe aan de heer [B] door aan hem de aankondigingsbrief (kenmerk: [REDACTED]) te overhandigen, inclusief de "Werkwijze Autoriteit Financiële Markten met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens" (**de digitale werkwijze**) en door het onderzoek mondeling toe te lichten. De heer [B] gaf aan eerst zijn advocaat te willen vragen of hij medewerking aan het onderzoek moest verlenen. De heer [B] belde vervolgens enige tijd met zijn gemachtigde (de heer [REDACTED] van [REDACTED] advocaten), waarna hij aan de toezichthouders meedeelde dat hij volgens zijn gemachtigde medewerking moest verlenen aan het onderzoek van de AFM. De toezichthouders belden daarna de andere toezichthouders om door te geven dat zij naar binnen konden komen. De toezichthouders overhandigden nogmaals de digitale werkwijze aan de heer [B] en lichtten deze toe. Rond 10.35 uur kwamen de andere vier toezichthouders de kantoorruimte binnen.
19. Tussen 10.45 uur en 11.30 uur verkende een toezichthouder, begeleid door de heer [B], kort de ICT-omgeving van Joeka op de (desktop) computer in de werkkamer van de heer [B] (hierna: **kamer 3**, zie plattegrond) (**de Computer**). Op de vraag aan de heer [B] of de ICT-beheerder van Joeka ondersteuning kon leveren bij het digitale onderzoek, antwoorde de heer [B] dat hij de ICT-medewerker, de heer [D] (**de heer [D]**) onlangs had ontslagen. [REDACTED]. De heer [B] zei bezig te zijn om een nieuwe ICT-medewerker aan te nemen. Daarom wilde hij de heer [D] niet bellen en gaf hij zelf in kamer 3 een korte toelichting op de ICT-omgeving van Joeka.
20. In het gesprek over het ICT-systeem gaf de heer [B] onder meer het volgende aan. Er is weinig digitale informatie beschikbaar. Medewerkers voeren telefoongesprekken, maar deze gesprekken worden niet getaped en/of digitaal opgeslagen. Er is noch een centrale server, noch een centraal geregeld *Customer Relationship Management* systeem. Er wordt gewerkt met een aantal *stand alone* computers (computers die niet zijn aangesloten op een netwerk), waaronder de Computer.
21. Op het moment van de korte verkenning was de heer [B] ingelogd op zijn e-mail-account op de Computer. De heer [B] vertelde dat Joeka gebruik maakt van het systeem [REDACTED]. Dit systeem is via het internet te benaderen. De heer [B] legde uit dat [REDACTED] een systeem is waarmee Joeka nieuwsbrieven verstuurt en waarmee de verstuurde nieuwsbrieven kunnen worden gevolgd. De heer [B] stelde dat hij niet kon inloggen op het [REDACTED] systeem, omdat hij de toegang van het account had laten blokkeren vanwege het ontslag van de heer [D]. Na het telefonisch aanvragen van een nieuw

wachtwoord lukte het wel om in te loggen. Een van de toezichthouders zag dat de heer [B] op de Computer een e-mail ontving waarmee hij het wachtwoord opnieuw kon instellen. Alleen hijzelf en de medewerker [E] (**de heer [E]**) beschikken over een account; de heer [E] heeft ook toegang tot [REDACTED].

22. Na de korte verkenning van de ICT-omgeving van Joceka – net toen de toezichthouder op het punt stond om te starten met de inventarisatie van de informatie op de Computer – stuurde de heer [B] de toezichthouder weg bij de Computer, omdat hij wederom met zijn gemachtigde wilde bellen. De toezichthouders stelden de heer [B] daartoe in de gelegenheid. De toezichthouder die de eerste verkenning had uitgevoerd, kreeg de gemachtigde ook aan de telefoon. In het gesprek gaf de gemachtigde aan dat het absoluut niet is toegestaan dat (zijn) geprivilegieerde e-mails ingezien en/of gekopieerd worden door de toezichthouders. De toezichthouder lichtte toe dat het digitale onderzoek zou worden uitgevoerd conform de digitale werkwijze en dat daarmee onder andere een procedure zou worden doorlopen voor het schonen van privé- en geprivilegieerde gegevens. De toezichthouder sprak met de gemachtigde af dat de digitale werkwijze naar hem toe zou worden gestuurd, wat ongeveer een kwartier later per e-mail werd gedaan.
23. In de tussentijd maakten toezichthouders een inventarisatie van wat er in de kantoorruimte aanwezig was. Er werd onder meer genoteerd dat er enkele documenten met magneten aan de *whiteboards* hingen. De documenten betroffen afspraakbevestigingen voor huisbezoeken in het kader van het openen van effectenrekeningen.² Rond 11.00 uur constateerden de toezichthouders echter dat de documenten, die eerder nog op de *whiteboards* hingen, waren verwijderd.
24. Rond 11.10 uur gingen twee toezichthouders in gesprek met een werknemer van Joceka, de heer [F]. Om 11.20 uur gingen twee andere toezichthouders in gesprek met de heer [G], die als zzp'er werkzaamheden verrichtte voor Joceka. Het gesprek met de heer [F] werd rond 12.10 uur op verzoek van de heer [F] onderbroken voor een pauze en werd daarna niet meer hervat. Vervolgens vertrok de heer [F]. Rond dat tijdstip lieten de heer [B] en de commercieel directeur van Joceka, de heer [C] (**de heer [C]**) weten het niet eens te zijn met de gang van zaken rondom het onderzoek van de AFM. De heer [B] vroeg onder meer waarom de toezichthouders niet bij [onderneming A] op bezoek waren. De toezichthouders vertelden hem dat BaFin op dat moment met een onderzoek bezig was bij [onderneming A]. Daarop begon de heer [B] te telefoneren; het gesprek was in het Duits. Vervolgens liep de heer [B] een van zijn kantoorruimten in. Toen de heer [B] terugkwam, deelde hij de toezichthouders mede zich te beroepen op zijn zwijgrecht en dat zijn medewerkers geen medewerking hoefden te verlenen aan het onderzoek van de AFM. De toezichthouders gaven in reactie hierop aan dat er geen sprake was van een verhoor, dat de AFM bevoegd is inlichtingen te vorderen, en dat op (de medewerkers van) Joceka een medewerkingsplicht rust. Hierna gaf de heer [B] aan contact op te

² De toenmalige gemachtigde van Joceka heeft verklaard dat dit geen stukken van Joceka waren. Gelet op het feit dat deze stukken zich in de kantoorruimte van Joceka bevonden en er geen indicaties zijn dat er nog meer ondernemingen in de kantoorruimte gevestigd waren, acht de AFM deze verklaring echter onaannemelijk.

willen nemen met een advocaat die gespecialiseerd is in de Wft. Ook gaf hij zijn medewerkers de opdracht niet meer met de toezichthouders te spreken. Daarop gaven de toezichthouders de heer [B] een half uur de tijd om te telefoneren met de betreffende advocaat, mevrouw [REDACTED] van [REDACTED] Advocaten. Vervolgens stuurde de heer [B] de aankondigingsbrief van het onderzoek door naar mevrouw [REDACTED] en wachtte op haar telefoontje.

25. Omstreeks 12.45 uur zei de heer [B] wel te willen meewerken aan een interview, maar niet aan het digitaal onderzoek en het onderzoek naar de fysieke stukken die aanwezig zijn in de kantoorruimte. Daarna gaf de heer [B] plotseling aan dat het hem allemaal teveel werd. [REDACTED]
[REDACTED] en zijn huisarts te willen bellen. De toezichthouders gaven de heer [B] en de heer [C] de ruimte om de huisarts te bellen.
26. Rond 13.10 uur gaf de heer [C] aan dat hij met de heer [B] naar de Spoedeisende Hulp zou rijden om hem daar te laten onderzoeken. Op dat moment waren er geen andere werknemers van Joceka meer aanwezig in de kantoorruimte. Ook de toezichthouders moesten de kantoorruimte verlaten. De heer [C] zette het alarm aan en sloot de toegangsdeur van de kantoorruimte af. De toezichthouders zagen vervolgens dat de heer [B] en de heer [C] richting het parkeerterrein liepen.
27. Vanaf ongeveer 13.40 uur stonden er twee toezichthouders voor de deur van de kantoorruimte van Joceka te posten voor het geval iemand van het bedrijf zou terugkomen of de kantoorruimte zou proberen binnen te gaan. Zij hebben ook gecontroleerd of de deur op slot zat. Dit was het geval.
28. Tussen 14.00 uur en 15.30 uur hadden de toezichthouders enkele malen telefonisch contact met de heer [C]. De heer [C] gaf aan dat de heer [B] in het ziekenhuis [REDACTED] lag. Op de vraag van de toezichthouders of het mogelijk was een medische verklaring te verstrekken antwoordde de heer [C] dat hij aan de behandelend arts van de heer [B] een verklaring zou vragen. Deze verklaring werd rond 16.00 uur door de heer [C] aan de toezichthouders verstrekt. De doktersverklaring hield in dat de heer [B] die dag in het ziekenhuis was onderzocht. De toezichthouders gaven verder aan dat, hoewel de heer [B] in het ziekenhuis lag en dat de toezichthouders begrepen dat het ook voor de heer [C] een moeilijke en emotionele situatie was, hij wel in staat moest worden geacht om de toezichthouders toegang te verschaffen tot de kantoorruimte van Joceka en de gevraagde (digitale) informatie. De heer [C] antwoordde dat hij niet namens de heer [B] wilde en kon waarnemen. De toezichthouders gaven hierop aan dat de AFM overwoog een last onder dwangsom op te leggen aan Joceka en dat de dwangsom EUR 50.000 kon bedragen.
29. Vanaf 16.30 uur postten er geen toezichthouders meer voor de deur van Joceka. Er waren wel toezichthouders aanwezig in de buurt van een van de ingangen van het bedrijfspand.

30. Rond 16.50 uur arriveerde de heer [C] bij het bedrijfspand; hij wilde praten met de toezichthouders. Tijdens het gesprek, dat plaatsvond buiten het bedrijfspand waar Joceka was gevestigd, lichtten de toezichthouders nogmaals de inhoud van de aankondigingsbrief toe. Zij legden uit wat een (spoed)last onder dwangsom inhoudt. De heer [C] gaf vervolgens aan dat hij de zaak niet wilde laten escaleren en belde met de heer [B]– die inmiddels [REDACTED] – om te zeggen dat hij moest komen. Rond 17.25 uur kwam de heer [B] weer terug bij het bedrijfspand en verklaarde aan de toezichthouders dat hij wilde meewerken. Om 17.35 uur waren de toezichthouders met de heer [B] en de heer [C] terug bij de kantoorruimte van Joceka. De deur van de kantoorruimte werd van het slot gehaald en de heer [C] zette het alarm van de kantoorruimte uit.
31. De lijst met de te verstrekken informatie, die als bijlage bij de aankondigingsbrief was gevoegd, werd vervolgens met de heer [B] doorgenomen. Vanaf 17.45 uur begonnen de toezichthouders met het doornemen van fysieke documenten en het maken van scans.
32. Om circa 18.00 uur wilden de toezichthouders het digitale onderzoek hervatten. Ze vroegen de heer [B] toegang tot zijn e-mail-account en toegang tot het [REDACTED] systeem. De heer [B] ging hiervoor aan een bureau in de kantoorruimte (kamer 5 op de plattegrond) zitten, en dus niet op zijn eigen werkplek in kamer 3. Toen de heer [B] aangaf dat het hem niet lukte om toegang te krijgen tot zijn e-mail-account, stelden de toezichthouders voor dat hij vanaf de Computer zou inloggen. De toezichthouders, de heer [B] en de heer [C] liepen daarop naar kamer 3. Daar bleek dat de Computer van de heer [B] was verdwenen. Er lagen alleen nog een aantal losse kabels op de grond op de plek waar die ochtend de Computer had gestaan. Toen de toezichthouders aan de heer [B] vroegen waar de Computer was gebleven, antwoordde hij dat de heer [D] de Computer dan wel mee naar huis moest hebben genomen. Dit zou hij volgens de heer [B] wel vaker doen. De toezichthouders vroegen hoe dit mogelijk was, omdat de heer [B] die ochtend nog had verklaard dat de heer [D] was ontslagen en dus geen toegang meer had tot het kantoor. Hierop antwoorde de heer [B] dat hij het niet wist en het ook vreemd vond.
33. Na het binnentreden van de kantoorruimte rond 17.35 uur, tot aan het moment van de ontdekking van het verdwijnen van de Computer, waren uitsluitend de heer [B], de heer [C], en de toezichthouders in de kantoorruimte van Joceka aanwezig geweest. De toezichthouders gaven de heer [B] te kennen dat zij het onaannemelijk vonden dat de heer [D] de Computer zou hebben meegenomen, aangezien de toezichthouders vrijwel de hele dag in en om de kantoorruimte van Joceka waren geweest, het kantoor gedurende het ziekenhuisbezoek van de heer [B] was afgesloten waarbij het alarm was aangezet, er geen sporen van braak waren en er verder geen plausibele reden was waarom de heer [D] een computer mee naar huis zou nemen. Zij sommeerden de heer [B] er zorg voor te dragen dat de Computer zo snel mogelijk weer terugkwam. De heer [B] stuurde de heer [C] vervolgens naar de heer [D] om de Computer op te halen, maar die kwam enige tijd later onverrichter zake weer terug.

34. De heer [B] bood vervolgens aan om zijn telefoon te gaan halen³ zodat de toezichthouders via zijn telefoon zijn e-mailaccount zouden kunnen raadplegen. Omdat op dat moment de toezichthouders al het vermoeden hadden dat het een *Post Office Protocol 3* (POP3) e-mailaccount betrof, wat betekent dat hoogstwaarschijnlijk maar een zeer beperkt deel van de e-mail correspondentie terug te vinden is via een mobiele telefoon, maakten de toezichthouders geen gebruik van dit aanbod. De toezichthouders besloten daarom contact op te nemen met de heer [D] om vragen te stellen over de e-mailomgeving van Joceka. De toezichthouders stelden aan de heer [B] voor om de heer [D] te bellen en de heer [C] gaf het telefoonnummer aan een van de toezichthouders. Die probeerde de heer [D] te bellen met een vaste telefoon van Joceka. Er werd niet opgenomen. De toezichthouder vroeg vervolgens om de heer [D] met de mobiele telefoon van de heer [C] te bellen. Toen werd er wel opgenomen. De heer [D] verklaarde aan de toezichthouder dat hij de Computer niet had meegenomen en dat hij überhaupt geen werkzaamheden meer verrichtte voor Joceka. De heer [D] was wel bereid om op kantoor van Joceka hulp te bieden en vragen van de toezichthouders over de ICT-omgeving van Joceka te beantwoorden. Vrij snel daarna was de heer [D] ter plekke op het kantoor van Joceka. In het gesprek dat hij met de toezichthouders voerde, verklaarde hij het volgende:
- o Hij had als zzp'er in het verleden voor Joceka ICT-diensten verleend en deze werkzaamheden waren afgerond en overgedragen. Er was volgens de heer [D] geen sprake van een gebrouilleerde relatie met Joceka en de heer [B];
 - o Hij bevestigde dat er in de ICT-infrastructuur geen centrale server is, dat gebruik gemaakt wordt van een aantal *stand-alone* computers en dat gebruik wordt gemaakt van POP3 e-mail accounts bij een *hosting provider*. Het POP3 is een bekend en veel gebruikt protocol van 'pull'-mail. Dat betekent dat in het geval van het e-mail account van de heer [B], de e-mail berichten van de server van de *hosting provider* worden opgehaald en lokaal op de Computer worden opgeslagen. Om de e-mail correspondentie van de heer [B] uit het verleden in te zien is dus de Computer nodig;
 - o Hij was niet meer op de hoogte van de wachtwoorden van de computers en/of e-mailaccounts. Hij had een lijstje hiervan overgedragen aan de heer [E];
 - o Hij lichtte toe dat als het wachtwoord bekend is en met behulp van dit wachtwoord op een (wel beschikbare) computer opnieuw het e-mailaccount van in casu de heer [B] wordt geconfigureerd, alleen die e-mails toegankelijk worden die vanaf dat moment worden verstuurd of ontvangen. De historie van het betreffende e-mailaccount is dan niet beschikbaar.
35. Om de verklaringen van de heer [D] te verifiëren vroegen de toezichthouders aan de heer [B] om de heer [E] te bellen. De heer [E] gaf telefonisch aan dat de lijst met wachtwoorden in het kantortje naast het kantoor van de heer [B] te vinden was. Deze lijst was daar echter niet en de heren [E] en [B] wisten niet waar de lijst dan wel was gebleven.
36. Omdat alleen via de Computer toegang kon worden gegeven tot de digitale informatie op de Computer, waaronder de e-mailbox van de heer [B] en de andere bestanden, vorderen de

³ De heer [B] verklaarde dat hij zijn telefoon kwijt was en waarschijnlijk in de auto had laten liggen.

toezichthouders omstreeks 21.15 uur mondeling van de heer [B] wederom toegang tot de Computer ten behoeve van het digitaal onderzoek. De heer [B] gaf hierop aan geen gehoor te kunnen geven aan het verzoek, omdat hij de inlogcodes niet had en omdat de Computer was verdwenen. Rond 22.15 uur stelden de toezichthouders dat aangezien de Computer uit de kantoorruimte was verdwenen en de heer [B] niet wist door wie de Computer was meegenomen en waar deze was, het voor de hand zou liggen dat de heer [B] aangifte zou doen. In reactie hierop gaf de heer [B] aan dat hij verbaasd was over de verdwijning van de Computer en ook al had zitten denken aan het doen van aangifte. De heer [B] zegde toe op 15 april 2015 vóór 12:00 uur aangifte bij de politie te zullen doen, dan wel een afspraak tot het doen van aangifte te maken. De verklaring werd opgetekend in het bijzijn van vier toezichthouders en door de heer [C] om 23.00 uur ondertekend. Omstreeks 23.10 uur verlieten de toezichthouders het pand.

37. Op 15 april 2015 liet de heer [B] in de ochtend weten dat hij eerst met zijn gemachtigde wilde overleggen over het al dan niet doen van aangifte en dat hij nog geen afspraak had gemaakt bij de politie voor het doen van aangifte. De toezichthouders van de AFM lieten de heer [B] weten dat hij daarmee terug was gekomen op zijn schriftelijke toezegging van de avond daarvoor. Ook deelden zij hem mee dat de AFM zal overgaan tot het opleggen van een maatregel. Omstreeks 15.35 uur meldde de heer [B] dat hij op 16 april 2015 om 15.00 uur aangifte zou gaan doen op het politiebureau in Eindhoven.
38. Rond 16.20 uur namen de toezichthouders telefonisch contact op met de gemachtigde van [de heer B] en kondigen aan dat er diezelfde dag nog een maatregel verwacht kon worden met betrekking tot de Computer. In dat verband is met de gemachtigde van Joceka afgesproken dat zij voor de toezichthouders de hele dag bereikbaar zou zijn via haar e-mailadres en haar mobiele telefoonnummer. De toezichthouders spraken verder met de gemachtigde af dat zij per e-mail ook hun eigen contactgegevens aan haar zouden doorgeven.
39. Om 20.55 uur stuurde de AFM per e-mail aan de gemachtigde van Joceka de Last gericht aan Joceka, waarvan de begunstigingstermijn afliep op 15 april 2015 om 23.59 uur. De Last werd op hetzelfde tijdstip eveneens telefonisch aan de gemachtigde aangekondigd, waarbij werd opgemerkt dat toezichthouders van de AFM de gehele avond aanwezig zouden zijn in de nabijheid van de kantoorruimte van Joceka om het digitale onderzoek op de Computer op het kantoor van Joceka te kunnen verrichten. Rond 22.00 uur verzocht de gemachtigde om een verlenging van de begunstigingstermijn met ten minste 48 uur waardoor Joceka in de gelegenheid werd gesteld zelf of samen met de politie te achterhalen waar de Computer was gebleven en wie deze had ontvreemd. De AFM wees het verzoek af, omdat de AFM het gezien de omstandigheden – de weigerachtige houding van de heer [B] gedurende het hele onderzoek, het ontbreken van (waarneembare) sporen van braak en de tegenstrijdige verklaringen van de heer [B] – volstrekt onaannemelijk achtte dat er sprake was van een blijvende of tijdelijke onmogelijkheid als bedoeld in artikel 5:34 Awb om aan de Last te voldoen. De begunstigingstermijn werd wel met een half uur verlengd tot 16 april 2015, 00.30 uur,

vanwege de tijd die was verstreken sinds het verzoek van de gemachtigde van Joceka.⁴ Toen de toezichhouders kort na 00.30 uur op 16 april 2015 vertrokken bij het kantoor van Joceka was de Computer nog steeds niet teruggebracht en had de AFM geen toegang gekregen tot de gevraagde digitale gegevens van Joceka. Daarmee was niet aan de Last voldaan en was de opgelegde dwangsom van EUR 50.000 van rechtswege verbeurd.

Relevante gebeurtenissen na het onderzoek ter plaatse

40. Bij e-mail van 16 april 2015 heeft de gemachtigde van Joceka gesteld dat Joceka de avond ervoor bij medewerkers langs is geweest om te vragen of zij weten wat er met de Computer is gebeurd en om te vragen wie er bij de verdwijning daarvan betrokken was.
41. Bij e-mail van 7 mei 2015 heeft de gemachtigde van Joceka de AFM geïnformeerd dat de heer [B] een nieuw e-mailadres heeft, naar eigen zeggen omdat hij door het verdwijnen van de Computer niet meer in zijn oude mailbox kan.
42. Bij e-mail van 26 mei 2015 heeft de gemachtigde van Joceka de aangifte van de heer [B] aan de AFM verstrekt.
43. Tot op heden heeft de AFM de Computer niet ontvangen.

III. Bezwaar

44. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
 - A. De Last is onrechtmatig, omdat er sprake was van een criminal charge en de gevorderde informatie wilsafhankelijk materiaal is. Ook is er sprake van détournement de pouvoir.
 - B. De Last is onrechtmatig, omdat deze onjuist, te algemeen en in strijd met de waarheid is.
 - C. Er is voldaan aan de inspanningsverplichting, daardoor kan de dwangsom niet verbeurd worden.
 - D. Joceka is onmachtig om aan de last te voldoen, daardoor is de gevorderde medewerking onredelijk.
 - E. De begunstigingstermijn is onredelijk kort.
 - F. De dwangsom is onredelijk hoog
 - G. Het evenredigheidsbeginsel is geschonden
 - H. Joceka leidt onevenredige schade door publicatie van de Last.

⁴ Zie de e-mail van de AFM aan mevrouw [REDACTED] van 16 april 2015, 00.24 uur.

45. Tevens heeft Joceka bezwaar gemaakt tegen de invorderingsbeschikking. Dit bezwaar zal onder I behandeld worden.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m H

46. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden, licht de AFM kort toe waarom zij bevoegd is om een Last onder dwangsom op te leggen.
47. In het kader van haar taakuitoefening op grond van artikel 1:72 Wft is de AFM bevoegd om van een ieder inlichtingen te vorderen op grond van de artikelen 5:16 en 5:17 Awb. Op grond van artikel 5:20 Awb is een ieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Op grond van artikel 1:79, eerste lid, aanhef en sub d, Wft is de AFM bevoegd om bij overtreding van artikel 5:20 Awb een last onder dwangsom op te leggen. In casu voldeed Joceka niet aan haar medewerkingsplicht en was de AFM dus bevoegd om de Last op te leggen.

A. Criminal charge en wilsafhankelijk materiaal

48. Joceka voert in haar eerste bezwaargrond aan dat de Last onrechtmatig is omdat:
- Joceka niet gehouden is te voldoen aan de medewerkingsplicht, aangezien er voldoende aanleiding is te vermoeden dat er sprake is van een criminal charge en de gevraagde informatie wilsafhankelijk materiaal is. Het verstrekken van deze informatie is hierdoor in strijd met het nemo-tenetur beginsel
 - Er sprake is van détournement de pouvoir ofwel machtsmisbruik door de AFM wegens de hoogte van de dwangsom en de korte begunstigingstermijn van de Last.

Reactie AFM

49. Onderdeel ii van deze bezwaargrond wordt vanaf randnummer 68 behandeld
50. De AFM deelt het standpunt van Joceka onder i niet, omdat er ten tijde van het onderzoek geen sprake is van een criminal charge en bovendien betreft de gevorderde informatie wilsafhankelijk materiaal.
51. De AFM onderbouwt dit als volgt. Er is sprake van een criminal charge wanneer er jegens betrokkene een handeling wordt verricht waaruit hij redelijkerwijs kan afleiden dat hem een punitieve sanctie zal worden opgelegd. Hier was ten tijde van het onderzoek naar Joceka op 15 en 16 april 2015 nog helemaal geen sprake van. De AFM was namelijk aan het onderzoeken of er mogelijk sprake was van een overtreding door Joceka van de Wft. In het kader van dit onderzoek heeft zij op 14 en 15 april 2015 een onderzoek ter plaatse bij Joceka verricht. De strekking van het onderzoek blijkt ook uit de

brief met kenmerk [REDACTED], die bij aanvang van het onderzoek ter plaatse op 14 april 2015 is uitgereikt. Hierin is het volgende opgenomen:

'De toezichthouders van de AFM (de toezichthouders) stellen een onderzoek in bij Joceka B.V. (Joceka). Het doel van het onderzoek van de AFM is om na te gaan of Joceka voldoet aan de eisen die voortvloeien uit de Wft, in het bijzonder met betrekking tot het verlenen van beleggingsdiensten en het verrichten van beleggingsactiviteiten (artikel 2:96 Wft).'

Het onderzoek naar Joceka bevond zich derhalve in de fase van vaststelling van de feiten. Er was dan ook nog geen enkele conclusie getrokken over het handelen van Joceka en eventuele vervolgstappen. Er zijn dan ook jegens betrokkene geen handelingen verricht waaruit redelijkerwijs kon worden afgeleid dat er een punitieve sanctie zou worden opgelegd. Dat er eerder een onderzoek naar Joceka is uitgevoerd door de AFM doet hier niet aan af.

52. Nu er geen sprake is van een criminal charge dient Joceka aan haar medewerkingsplicht ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb te voldoen, ongeacht of het gevorderde materiaal als wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk materiaal kwalificeert. Derhalve is de Last niet onrechtmatig.
53. Ten overvloede merkt de AFM nog op dat de gevorderde Computer en de informatie op deze Computer kwalificeert als wilsonafhankelijk materiaal. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 24 april 2015⁵ het volgende overwogen:
- 'Het arrest van 12 juli 2013 definieert onder 3.6 'wilsonafhankelijk materiaal', onder verwijzing naar het arrest Saunders, als 'materiaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte'. Hieruit volgt dat de kwalificatie van materiaal als 'wilsonafhankelijk' dan wel 'wilsafhankelijk' – welk onderscheid samenhangt met het zwijgrecht van de betrokkene – is verbonden aan de aard van het materiaal (of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene).'*
- Wanneer het materiaal dus onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat, kwalificeert dit materiaal als wilsonafhankelijk materiaal. De Computer en de informatie op de Computer bestonden al ten tijde van het onderzoek ter plaatse en het opleggen van de Last. Zodoende is hier dus sprake van wilsonafhankelijk materiaal. Dit bevestigt de voorzieningenrechter ook in haar Uitspraak in rechtsoverweging 4.4.
54. Uit het voorgaande volgt dat de toezichthouders de Computer hebben gevorderd, in het kader van de uitoefening van het bestuursrechtelijk toezicht op de naleving van de Wft. Er was geen sprake van een 'criminal charge' als bedoeld in artikel 6 EVRM. Daarnaast dient de gevorderde informatie te worden gekwalificeerd als wilsonafhankelijk. Het nemo tenetur beginsel stond dan ook niet in de weg aan de medewerkingsplicht die op Joceka rustte.⁶

⁵ HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1117 r.o. 4.4.2.

⁶ Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 629.

55. De AFM is op grond van bovenstaande van oordeel dat het opvragen van de informatie waar de Last op ziet niet in strijd is met het nemo tenetur beginsel en de Last niet onrechtmatig is. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. Last is onrechtmatig

56. Joceka stelt dat de Last onrechtmatig is omdat de Last onjuist, veel te algemeen en in strijd met de waarheid is. In de Last is opgenomen dat aan Joceka verzocht is om de AFM toegang te verlenen tot de digitale systemen en dat de volgende dag rond 17.00 uur geconstateerd werd dat Joceka hier nog geen gevolg aan had gegeven. Joceka voert aan dat dit onjuist is, omdat de AFM wel degelijk toegang heeft gehad tot de digitale systemen van Joceka.

57. Tijdens de hoorzitting heeft Joceka nogmaals benadrukt dat de heer [B] wel degelijk medewerking heeft verleend aan het onderzoek. In de pleitnota, die gebruikt is tijdens de hoorzitting, is hierover het volgende opgenomen:

'Zoals ook door AFM aangegeven, zijn er diverse gegevens uit het digitale systeem van Joceka verzameld en gekopieerd, er zijn fysieke documenten overhandigd, er is ook toegang gegeven tot het [REDACTED], in gebruik van Joceka.'

5. Benadrukt moet worden dat Joceka zelfs heeft aangeboden om de e-mailberichten op de telefoon van de heer [B] aan de AFM te laten zien, maar dat was volgens de AFM niet nodig.'

Reactie AFM

58. De AFM onderschrijft deze stelling van Joceka niet.

59. Bij aanvang van het onderzoek ter plaatse op 14 april 2015 heeft de AFM de brief met kenmerk [REDACTED] uitgereikt waarin verzocht wordt om:
- 'toegang te geven tot de fysieke en digitale administratie, het e-mail- en chatsysteem, het systeem waarin Joceka cliëntgegevens administreert, het systeem waarin Joceka haar financiële administratie vastlegt en eventuele andere systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd en hen medewerking te verlenen voor het maken van kopieën daarvan.'*

In de bijlage bij deze brief is zonder compleet te zijn nader gespecificeerd welke informatie de toezichthouders willen ontvangen. In de Last is opgenomen dat de Last ziet op het volgende:

'De last onder dwangsom houdt in dat Joceka 15 april 2015 vóór 23.59 uur alsnog de gevorderde inlichtingen verstrekt en daarmee voldoet aan het informatieverzoek van 14 april 2015, zoals vervat in de brief van 14 april 2015 ([REDACTED]) en de daarbij gegeven mondelinge toelichting.'

60. In de Last wordt nader gespecificeerd wat de AFM vordert van Joceka en hoe zij dus aan de Last kon voldoen, hierin is namelijk het volgende opgenomen:

'Om de digitale gegevens zoals opgenomen in de brief van 14 april 2015 () te verstrekken, moet Joceka de AFM toegang geven tot:

de computer zoals omschreven in de mondelings verklaring van de heer [B] van 14 april 2015, ondertekend om 23.00 uur, door de computer fysiek ter beschikking te stellen aan de AFM.'

61. Nu in de Last expliciet is opgenomen dat de AFM (toegang tot) de Computer vordert, is de Last zeer specifiek en zeker niet algemeen van aard. Volgens de AFM was het voor Joceka duidelijk hoe zij aan de Last kon voldoen. De AFM vermag dan ook niet in te zien dat de Last onvoldoende bepaald zou zijn.
62. De AFM acht bepaalde informatie, die alleen via de Computer te verkrijgen valt, van wezenlijk belang voor haar onderzoek. Geen toegang geven tot de Computer bemoeilijkt dan ook het onderzoek. Joceka heeft de AFM echter zowel voor als tijdens – als na – de begunstigingstermijn van de Last ondanks herhaaldelijk verzoek geen toegang gegeven tot de Computer. Dat Joceka andere digitale informatie verstrekt zou hebben doet hier niet aan af. De informatie op de Computer, zoals het e-mailaccount van de heer [B], is immers niet te verkrijgen via andere computers en is ook niet op andere wijze door Joceka verstrekt.
63. In het door Joceka aangevoerde ziet de AFM geen enkele grond om te oordelen dat de Last onjuist dan wel in strijd met de waarheid zou zijn. Volgens de AFM steunt de Last op de hiervoor genoemde feiten die niet daadwerkelijk door Joceka zijn bestreden dan wel weerlegd.
64. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Bezwaargronden C tot en met E, en een gedeelte van bezwaargrond A

65. Omdat bezwaargronden C tot en met E en een gedeelte van bezwaargrond A met elkaar samenhangen, worden deze hieronder gezamenlijk behandeld.
66. Joceka betoogt dat de AFM onredelijk gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen, dan wel dat de dwangsom niet verbeurd had kunnen worden omdat (i) Joceka onmachtig is om aan de Last te voldoen, (ii) de begunstigingstermijn onredelijk kort was, en (iii) omdat Joceka heeft voldaan aan haar inspanningsverplichting.

Ad i) en ii)

67. Joceka voert aan dat Joceka niet in staat is (geweest) om aan de Last te voldoen, omdat de heer [B] niet weet waar de Computer is, noch wie de Computer heeft weggehaald. De heer [B] kan door zijn ziekenhuisopname aantoonbaar niets met de verdwijning te maken hebben gehad. De heer [B] heeft uitdrukkelijk geen opdracht heeft gegeven tot vervreemding van de Computer. Joceka benadrukt dat

de medische situatie van heer [B] ten tijde van het onderzoek zorgelijk was. Dit blijkt uit de omstandigheid dat hij niet naar de dokterspost, maar naar de Spoedeisende Hulp werd gebracht en vervolgens in het ziekenhuis [REDACTED]. Verder onderstreept Joceka dat de Computer voor haar veel geld waard is, omdat hier al haar leads op staan. Zij stelt dat het niet onaannemelijk is dat een (ex)-werknemer of zzp'er de Computer heeft weggenomen, nu het nieuws dat de AFM een onderzoek bij haar deed zo snel rond ging. De AFM wist dat Joceka onmachtig was om de Computer boven water te krijgen, daardoor is het onredelijk dat de AFM een last heeft opgelegd.

68. Voorts voert Joceka aan dat de begunstigingstermijn van de Last onredelijk kort was. Dat is in strijd met artikel 5:32a, tweede lid, Awb en artikel 5:24, tweede lid, Awb. De Last is omstreeks 21.00 uur, nadat de AFM per telefoon aan de gemachtigde van Joceka had aangekondigd dat de last er aankwam, per e-mail aan de gemachtigde verstuurd. Pas om 21.30 heeft de gemachtigde contact kunnen hebben met de heer [B] over de Last, waardoor Joceka slechts 3 uur had om aan de last te voldoen. Daarbij is de begunstigingstermijn onredelijk kort, omdat deze is ingegaan na reguliere werktijd, waardoor advocaten lastig te bereiken zijn voor het indienen van bezwaar; het indienen van bezwaar op zichzelf tijd kost, waar de gestelde termijn sowieso te kort voor is en omdat er geen noodzaak was om niet een langere termijn te kiezen. Ook omdat Joceka heeft aangegeven onmachtig te zijn om aan de Last te voldoen, en omdat de heer [B] door zijn ziekenhuisopname niets met de verdwijning van de Computer te maken kan hebben gehad, is de begunstigingstermijn onredelijk kort. Daardoor heeft de AFM zich schuldig gemaakt aan machtsmisbruik.

Reactie AFM

69. De AFM stelt allereerst vast dat de Last de termijn vermeldt waarbinnen Joceka aan de Last moest voldoen. De AFM vermag dan ook niet in te zien dat de Last in strijd zou zijn met artikel 5:24, tweede lid, Awb dat immers slechts bepaalt dat een Last een dergelijke termijn moet bevatten.
70. Anders dan Joceka is de AFM na haar heroverweging in bezwaar nog steeds van oordeel dat Joceka wel degelijk aan de Last kan en heeft kunnen voldoen. Uit de feitelijke gang van zaken op 14 en 15 april 2015 blijkt dat de AFM voldoende aanleiding had om over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom met een korte begunstigingstermijn. Naar het oordeel van de AFM volgt uit de feiten dat het volstrekt onaannemelijk is dat Joceka niet over de Computer kan en heeft kunnen beschikken. De AFM ziet in de Uitspraak van de voorzieningenrechter een bevestiging van dit oordeel. De AFM neemt daarbij het volgende in aanmerking:
- Gedurende het onderzoek op 14 april 2015 zijn in de ochtend geen voor de toezichthouders onbekende personen in de kantoorruimte geweest en hebben de toezichthouders steeds zicht gehad op de ingang van kamer 3;
 - Toen een van de toezichthouders een begin wilde maken met de inventarisatie van de Computer is hij door de heer [B] bij de Computer weggestuurd;

- De afspraakbevestigingen voor huisbezoeken in het kader het openen van effectenrekeningen die op 14 april 2015 in de ochtend aan de whiteboards in de kantoorruimte hingen, zijn diezelfde ochtend verwijderd;
- Op het moment dat in verband met het ziekenhuisbezoek van de heer [B] de kantoorruimte van Joceka moest worden verlaten, waren alleen nog de toezichthouders, de heer [B] en de heer [C] in het kantoor aanwezig. De heer [C] heeft vervolgens het alarm aangezet en de toegangsdeur afgesloten;
- Er zijn geen braaksporen aangetroffen in de kantoorruimte van Joceka en het alarm is gedurende de dag niet afgegaan;
- Bij het betreden van de kantoorruimte na het ziekenhuisbezoek heeft de heer [C] de deur van het slot gehaald en het alarm uitgezet;
- Na het ziekenhuisbezoek van de heer [B] waren alleen de heren [B] en [C] en de toezichthouders aanwezig in de kantoorruimte van Joceka;
- Toen de toezichthouders om circa 18.00 uur het digitale onderzoek wilden hervatten en de heer [B] om toegang tot zijn e-mail-account en het [REDACTED] systeem vroegen, ging de heer [B] achter een computer in de kantoorruimte zitten, en dus niet in kamer 3, terwijl hij wist c.q. redelijkerwijs moest weten dat hij enkel vanaf de Computer in kamer 3 toegang had tot de gevraagde gegevens;
- De heer [B] heeft gedurende het onderzoek volstrekt tegenstrijdige verklaringen afgelegd. In de ochtend van 14 april 2015 heeft hij aangegeven dat de heer [D] was ontslagen, dat hij met hem gebrouilleerd was geraakt en dat de heer [D] derhalve niet beschikbaar was om de AFM bij te staan in het digitale onderzoek. Toen de heer [B] geen verklaring kon geven voor het feit dat de Computer was verdwenen, heeft hij gezegd dat de Computer dan wel moest zijn meegenomen door de heer [D], aangezien hij dat wel vaker deed. Toen de AFM de heer [B] confronteerde met deze tegenstrijdigheden, heeft hij verklaard dat de Computer dan wel moest zijn ontvreemd uit de kantoorruimte.
- De heer [B] was blijkens de telefoonspecificatie (Bijlage 10 bij het aanvullend bezwaarschrift) in staat om diverse telefoontjes te plegen in de periode van zijn afwezigheid in verband met het ziekenhuisbezoek, althans er is in die periode acht maal met zijn mobiele telefoon gebeld. In totaal hebben deze gesprekken bijna 20 minuten geduurd. Zo is er kort na zijn vertrek vanuit het kantoorpand naar de Spoedeisende Hulp al telefonisch contact geweest met zijn gemachtigde.⁷ Ook is er een gesprek gevoerd met het bedrijf [REDACTED]. De AFM acht dit opvallend daar Joceka verklaart dat de gezondheidssituatie van de heer [B] [REDACTED] dat ervoor werd gekozen om naar de Spoedeisende Hulp van het ziekenhuis te gaan. Daarbij merkt de AFM op dat de door Joceka overlegde doktersverklaring niet bevestigt dat de heer [B] [REDACTED] en er slecht aan toe was. Er wordt slechts melding van gemaakt dat de heer [B] in het ziekenhuis is onderzocht. Het aantal telefoongesprekken dat tijdens de periode van ziekenhuisopname is gevoerd, relativeert daarnaast de ernst van de klachten.

⁷ Het telefoonnummer van de gemachtigde is: [REDACTED] (zie Bijlage 10 bij het aanvullend bezwaarschrift).

- De heer [B] heeft vier onduidelijke *stills* van de videobeelden van een van de vier bewakingscamera's laten maken van momenten die hij het meest verdacht vond. De AFM vindt het niet geloofwaardig dat de overlegde *stills* de meest duidelijke waren.

71. Gelet op de bovengenoemde feiten heeft de AFM bij het bepalen van de begunstigingstermijn tot uitgangspunt genomen dat Joeka binnen zeer korte tijd weer over de Computer zou moeten kunnen beschikken. Door Joeka een termijn van 3 uur te gunnen, en deze nog met een half uur te verlengen, om aan de Last te voldoen, heeft Joeka naar het oordeel van de AFM ruimschoots de tijd gehad om de Computer ter beschikking van de AFM te stellen. Bij het bepalen van de begunstigingstermijn heeft de AFM de ernst van het niet naleven van de medewerkingsplicht in aanmerking genomen, alsmede het risico dat naarmate er meer tijd zou verstrijken de Computer systematischer geschoond zou kunnen worden waardoor voor het onderzoek mogelijk relevante gegevens weggemaakt konden worden. Afhankelijk van de grootte van de harde schijf zijn er namelijk slechts enkele uren nodig om de gegevens op de Computer zodanig te wissen zodat het onmogelijk wordt om waar te nemen welke e-mails en documenten zijn verwijderd en welke eigenschappen daarbij horen. Er kan dan ook noch worden betoogd dat er geen noodzaak was om een relatief korte begunstigingstermijn vast te stellen, noch dat de AFM zich hierdoor heeft schuldig gemaakt aan machtsmisbruik.
72. Ook het argument van Joeka dat het tijdstip van oplegging van de Last mede maakt dat de begunstigingstermijn te kort zou zijn, snijdt geen hout. De heer [B] was al sinds 14 april 2015 bekend met het feit dat de AFM toegang wilde hebben tot de Computer. Joeka en haar gemachtigde wisten voorts sinds 15 april 2015, 16.20 uur dat de AFM bezig was met het voorbereiden van een maatregel die zag op het ter beschikking stellen van de Computer. De heer [B] had dus eerder actie kunnen nemen om de Computer ter beschikking te stellen. Voor wat betreft de bereikbaarheid van de gemachtigde: zij was volgens afspraak de hele dag bereikbaar. De AFM merkt in dit verband op dat ook het indienen van een bezwaarschrift de verplichting van Joeka om de Computer ter beschikking te stellen niet zou hebben opgeschort. De terzake gemaakte opmerkingen doen dan ook niet af aan de rechtmatigheid van de Last.
73. De AFM kan Joeka niet volgen in haar stelling dat de begunstigingstermijn te kort was vanwege het feit dat de heer [B] reeds eerder had aangegeven niet aan Last te kunnen voldoen. Als Joeka inderdaad onmachtig was om aan de Last te voldoen omdat zij niet over de Computer kon beschikken⁸, valt moeilijk in te zien welk doel een langere begunstigingstermijn zou kunnen dienen. De AFM tekent hierbij aan dat de Computer inmiddels meer dan drie maanden later nog steeds niet ter beschikking van de AFM is gesteld.
74. In bezwaar heeft Joeka met nieuwe argumenten getracht te onderbouwen dat zij niets met de verdwijning van de Computer te maken kan hebben gehad. Joeka's weergave van de gebeurtenissen

⁸ Hetgeen de AFM dus betwijfelt.

van 14 en 15 april 2015 is onvolledig en strookt op een groot aantal punten niet met de feitelijke gang van zaken. De AFM zal hieronder ingaan op de stellingen van Joceka.

75. Joceka stelt dat de Computer voor haar veel waard is, omdat hier naar schatting [REDACTED] leads op staan. Met deze stelling miskent Joceka echter dat de leads ook via het [REDACTED] systeem beschikbaar zijn. Het is dus niet noodzakelijk om de Computer in bezit te hebben om te beschikken over deze informatie. Dat blijkt ook uit de brief van 6 maart 2015 aan de heer [D] (Bijlage 7 bij het aanvullend bezwaarschrift) waarin de heer [B] de heer [D] sommeert geen gebruik te maken van de leads uit de database. In dit licht is het ook opmerkelijk dat de heer [B] een nieuw e-mailadres heeft aangevraagd met als reden dat hij geen toegang meer had tot zijn oude mailbox in verband met de verdwijning van de Computer. Op het moment dat het (nieuwe) wachtwoord voor het e-mail account bekend was, was de mailbox van de heer [B] (na configuratie) immers weer toegankelijk, met dien verstande dat de historie van het e-mailaccount niet meer beschikbaar was. De stelling dat de Computer veel waard is voor Joceka kan de AFM dan ook niet overtuigen.
76. Joceka voert voorts aan dat wellicht een van haar (ex-)medewerkers de Computer heeft ontvreemd. In haar reactie op deze stelling roept de AFM allereerst in herinnering dat toen de heren [C] en [B] de kantoorruimte verlieten, er verder niemand meer aanwezig was, de deur op slot werd gedraaid en het alarm aangezet. Er zijn voorts geen braaksporen aangetroffen en het alarm is gedurende de dag niet afgegaan. Het is dus zeer waarschijnlijk dat iemand die beschikte over een sleutel én de alarmcode, de Computer heeft meegenomen. Joceka heeft echter niet vermeld welke (ex)medewerkers er over de alarmcode konden beschikken. Op grond van alle omstandigheden, zoals hiervoor geschetst, handhaaft de AFM haar oordeel dat voldoende aannemelijk is dat de verdwijning van de Computer niet buiten Joceka om is gegaan.

Ad iii)

77. Joceka betoogt dat zij vanaf het moment dat de AFM haar medewerking vorderde aan haar inspanningsverplichting heeft voldaan. Ondanks zijn kwakkelende gezondheid heeft de heer [B] voor honderd procent meegewerkt aan het onderzoek van de AFM. Joceka beschrijft onder meer dat de heer [B] samen met de heer [C] in de avond van 15 april 2015 bij medewerkers zijn langs geweest om de Computer te traceren. Ook beschrijft Joceka dat de heer [B] in de ochtend contact met de politie heeft gezocht, maar nog niet direct aangifte kon doen, omdat eerst moest worden vastgesteld of er nog meer spullen ontvreemd waren. Voorts is de heer [B] vanaf 16 april 2015 druk doende geweest om de beelden van de bewakingscamera's boven water te krijgen. Ook heeft de heer [B] gepoogd te achterhalen wie het alarmsysteem heeft uitgedaan in de periode dat hij in het ziekenhuis heeft gelegen, of wie daarop was ingelogd. En op 17 april 2015 heeft de heer [B] een medewerker van [onderneming A] geholpen om aan de inlichtingenplicht jegens BaFin te voldoen. Joceka onderstreept

dat er geen sprake is van een resultaatsverplichting, maar van een inspanningsverplichting en verwijst in dat kader naar diverse uitspraken van de Raad van State.⁹

Reactie AFM

78. Volgens de AFM heeft Joeka niet voldaan aan de op haar rustende inspanningsverplichting. De stelling van Joeka dat de heer [B] alle medewerking heeft verleend aan het onderzoek van de AFM, maar door zijn gezondheidstoestand daarin werd gehinderd, is immers onjuist. De heer [B] wenste in eerste instantie in het geheel niet mee te werken. Pas na overleg met zijn advocaat werkte hij enige tijd mee, om, na een telefoongesprek, vervolgens weer te kennen te geven dat zijn medewerkers niet langer mochten meewerken aan het onderzoek en dat hij zich op zijn zwijgrecht beriep. De AFM merkt in dit kader nogmaals op dat (i) de heer [B] op het moment dat een toezichthouder een begin wilde maken met een inventarisatie van de Computer deze toezichthouder wegstuurde; (ii) toen de heer [B] door de toezichthouders werd gevraagd om toegang tot zijn e-mail-account en het systeem, hij niet achter de Computer plaatsnam, maar achter een andere computer in kamer 5 en (iii) de (mogelijk voor het onderzoek relevante) documenten van de *whiteboards* waren verwijderd. De AFM verwijst voorts naar hetgeen zij hiervoor heeft opgemerkt over de aanwijzingen die de ernst van de gezondheidsklachten relativeren.
79. Joeka suggereert dat zij voortvarend te werk is gegaan met betrekking tot de aangifte van de Computer. Uit het feitenrapport blijkt dat de heer [B] de AFM in de ochtend liet weten dat hij eerst met zijn gemachtigde wilde overleggen over het al dan niet doen van aangifte. Echter, uit het telefoongesprekoverzicht blijkt dat de heer [B] om 11:34 uur met de AFM belde en daarvoor reeds drie keer telefonisch contact had met zijn gemachtigde. De AFM kan dan ook niet anders dan concluderen dat de heer [B] de aangifte aan het traineren was. Ten overvloede merkt de AFM nog op dat de AFM de heer [B] niet heeft opgedragen om aangifte te doen van de Computer, maar dat slechts is aangegeven dat het in de rede zou liggen om aangifte te doen, als de heer [B] het vermoeden had dat de Computer was ontvreemd.
80. Ook het feit dat Joeka de videobeelden van de beveiligingscamera's heeft opgevraagd en contact heeft opgenomen met de alarmcentrale overtuigt de AFM er niet van dat Joeka niet weet waar de Computer is. Omdat het, naar hij stelt, de heer [B] vanwege privacy-wetgeving niet was toegestaan om de videobeelden in bezit te krijgen, heeft hij met een medewerker van het bedrijf waar de videobeelden worden bewaard, verzocht om vier *stills* af te drukken van de beelden die hij verdacht vond. Het betreft vier vage beelden waarop in ieder geval twee mannen van de achterkant te zien zijn. De AFM acht het onaannemelijk dat het niet mogelijk was om *stills* te maken waarop (ten minste een deel van) de gezichten te zien was geweest, temeer daar de personen in kwestie op enig moment ook

⁹ RvS, 8 december 2010, *ECLI:NL:RVS:2010:BO6638*; RvS, 10 augustus 2011, *ECLI:NL:RVS:2011:BR4653*; RvS, 2 mei 2012, *ECLI:NL:RVS:2010:BW4551*.

het bedrijvenpand binnen moeten zijn gekomen. Overigens merkt de AFM op dat zij geenszins uitsluit dat de Computer op 14 april 2015 (tijdelijk) elders in het kantoorpand is neergezet.

81. Heroverweging ten aanzien van deze onderdelen leidt dus niet tot een ander oordeel.

F. De dwangsom is onredelijk hoog

82. Joceka voert aan dat de dwangsom van EUR 50.000 onredelijk hoog is, omdat:
- dit bedrag voor Joceka enorm is. Joceka heeft gelet op het verbeuren van de dwangsom haar deuren voorlopig gesloten en haar medewerkers meegedeeld dat er voorlopig niet gewerkt kan worden. Ze kan hen immers niet meer uitbetalen indien ze de dwangsom moet betalen. Joceka verwijst naar haar financieel jaaroverzicht 2014 en een bankafschrift van een rekening van Joceka van 30 april 2015;
 - het bedrag gelet op het bovenstaande in geen verhouding meer staat tot de zwaarte van het geschonden belang. Aldus is er sprake van strijd met art. 5:32b Awb.

Reactie AFM

83. Naar vaste rechtspraak dient de hoogte van de opgelegde dwangsom in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het door overtreding geschonden belang en anderzijds de beoogde effectieve werking van de dwangsomoplegging. De financiële omstandigheden van de overtreder mogen in beginsel geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom.¹⁰ Dat het opleggen van de Last beweerdelijk gevolgen heeft voor de werknemers van Joceka, betreurt de AFM. Joceka had deze gevolgen echter kunnen voorkomen door te voldoen aan de Last.
84. Gelet op de ernst van het welbewust niet voldoen aan de medewerkingsplicht door Joceka, gekoppeld aan de noodzakelijke prikkel om Joceka te overtuigen omdat alsnog te doen, is de AFM van oordeel dat een dwangsom van EUR 50.000 zeker niet onevenredig hoog kan worden genoemd. De AFM wijst in dit verband op de door haar op haar website gepubliceerde, vergelijkbare lasten onder dwangsom, waar dezelfde dwangsom is bepaald. Van strijd met artikel 5:52b, derde lid, Awb is dan ook geen sprake.
85. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld CBB 27 oktober 2009, AB 2009/304.

G. Het evenredigheidsbeginsel is geschonden

86. Joceka voert aan dat alle (e-mail)correspondentie tussen Joceka en [onderneming A], voor zover AFM deze niet al tijdens het onderzoek heeft verkregen of in fysieke vorm meenam, ook via de Bafin bij [onderneming A] opgevraagd kan worden. Deze onderzoeken lopen immers gelijktijdig. Het in de last verzochte is daarom onevenredig en gelet op het hier aangevoerde in strijd met art. 5:13 Awb om dit van Joceka te vorderen.

Reactie AFM

87. De AFM volgt deze stelling van Joceka niet. Anders dan Joceka suggereert, maakt het feit dat de AFM mogelijk ook een deel van de (e-mail)correspondentie tussen Joceka en [] via BaFin zou kunnen achterhalen, niet dat de Last onevenredig is. Het enkele feit dat informatie mogelijk op andere wijze kan worden verkregen, leidt immers niet vanzelfsprekend tot de conclusie dat het dus onevenredig is om deze van Joceka te vorderen. Als deze redenering zou worden gevolgd, zou de AFM nimmer informatie kunnen vorderen die bij verschillende partijen kan worden verkregen. Ook in dit concrete geval vermag de AFM niet in te zien dat het vorderen van de informatie van Joceka onevenredig zou zijn. Joceka gaat er immers aan voorbij dat e-mailcorrespondentie tussen de heer [B] en zijn medewerkers of consumenten evenzeer relevant is dan wel kan zijn voor het onderzoek. Van strijd met artikel 5:13 Awb is dan ook geen sprake.
88. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

H. Onevenredige schade door publicatie

89. Joceka voert aan dat publicatie van de Last en het persbericht niet kan plaatsvinden omdat:
- publicatie onevenredige schade voor Joceka en de heer [B] berokkent, en dat het niet anoniem publiceren onevenredig is;
- Er is sprake van een individuele bijzondere situatie waarbij de door Joceka als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken. Door de publicatie zal haar naam geschaad worden en daardoor zal haar omzet volledig terug vallen en de huidige en toekomstige leads wegvallen. De heer [B] heeft bij de hoorzitting tevens benadrukt dat Joceka haar werkzaamheden gestaakt heeft. Hij liet foto's zien van een lege kantoorruimte. Bovendien is zij onmachtig aan de last te voldoen. Ook de heer [B] vreest voor zijn goede naam indien tot publicatie zal worden overgegaan. Volgens Joceka heeft de AFM onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de markt, naast het generieke doel dat is gediend met het openbaar maken van de Last¹¹, specifiek voor Joceka moet worden gewaarschuwd. Nu enkel een generiek doel van waarschuwen aan de orde kan zijn bij de publicatie, is de nu voorgenomen publicatie daar duidelijk mee in strijd.

¹¹ Namelijk het waarschuwen van het publiek wat er gebeurt als je niet voldoet aan de inlichtingenplicht van artikel 5:20 Awb.

De publicatie zal aldus in negatieve zin van invloed zal zijn op de bedrijfsvoering van Joceka. Op grond van art. 1:97 lid 4 sub b Wft dient de publicatie daarom in geanonimiseerde zin plaats te hebben.

- ii. het persbericht de suggestie wekt dat het reeds vaststaat dat Joceka *'op een onrechtmatige manier betrokken was bij het aanbieden om vermogen te laten beleggen door een Duitse beleggingsonderneming'*. Dit is echter nog geen vaststaand feit. Daarnaast lijkt er een deel van de volgende zin te ontbreken: *'Zij benadert zonder consumenten met het aanbod om zich te abonneren op een financiële nieuwsbrief'*. Hierdoor is Joceka van oordeel dat zij niet goed kan beoordelen of zij hiertegen maatregelen moet nemen;
- iii. in de Last niet is opgenomen wat de inhoud en de verwijzingen van het bericht van de AFM in de AFM-nieuwsbrief, de RSS-feed en het news-alert zijn.

Reactie AFM

Ad i)

- 90. De AFM deelt het standpunt van Joceka onder i niet, omdat zij op grond van artikel 1:99 Wft gehouden is tot publicatie van de last onder dwangsom over te gaan wanneer, zoals hier is gebeurd, een dwangsom is verbeurd. De AFM is dan ook van oordeel dat zij niet kan afzien van publicatie. Tevens is de AFM van oordeel dat Joceka geen onevenredige schade wordt berokkend door een niet-geanonimiseerde publicatie. De AFM komt als volgt tot haar oordeel.
- 91. Het uitgangspunt bij publicatie is dat een last onder dwangsom niet-geanonimiseerd wordt gepubliceerd. De publicatie wordt alleen geanonimiseerd indien aan één van de vier uitzonderingsgronden van artikel 1:97, vierde lid, Wft wordt voldaan. Joceka beroept zich op sub b van dit artikel namelijk dat *'betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend'* door de publicatie. De AFM is, met kennelijk Joceka, van oordeel dat de drie andere in artikel 1:97, vierde lid, genoemde uitzonderingsgronden zich in het onderhavige geval niet voordoen.
- 92. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in zijn uitspraak van 22 januari 2015 de volgende uitleg gegeven wanneer er sprake kan zijn van onevenredige schade: *"Aangezien het belang van de toezichthouder bij publicatie slechts wijkt voor het belang van de betrokken partijen in geval van "onevenredige" schade, is het College van oordeel dat het in zodanig geval om een individuele, bijzondere situatie dient te gaan, waarbij de door de financiële onderneming als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken."*¹²
Publicatie dient dus alleen geanonimiseerd plaats te vinden indien er sprake is van een individuele, bijzondere situatie en de schade door niet-geanonimiseerde publicatie uitzonderlijk is.

¹² ECLI:NL:CBB:2015:6, r.o. 7.3, onderstreping toegevoegd door de AFM.

93. De AFM vermag niet in te zien dat sprake is van een dergelijke bijzondere situatie. De AFM kwalificeert het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting van artikel 5:20 Awb als ernstig, omdat zij hierdoor in de uitoefening van haar toezichthoudende taken wordt belemmerd en zodoende niet kan onderzoeken of Joceka mogelijk in strijd met artikel 2:96 Wft en artikel 4:25, eerste lid, Wft actief is op de financiële markten. Een overtreding van deze artikelen, is een ernstige overtreding en wanneer deze overtreding plaatsvindt is het van groot belang dat deze zo snel mogelijk gestaakt wordt. De AFM acht het daarom van groot belang dat aan de markt bekend wordt gemaakt dat Joceka niet meewerkt aan dit onderzoek van de AFM. Naast het generieke doel van publicatie van een informatie last (men moet meewerken aan onderzoeken van de AFM), is hier dus tevens sprake van een specifiek doel, namelijk de markt te informeren dat Joceka niet meewerkt aan een onderzoek.
94. Joceka voert aan dat zij door het publiceren van de Last reputatieschade zal ondervinden en daardoor haar omzet zal terugvallen.
95. De AFM acht het niet onaannemelijk dat Joceka schade zal ondervinden van de publicatie van de omstandigheid dat zij niet voldoende heeft meegewerkt aan een informatieverzoek van de AFM. Zij heeft echter niet onderbouwd dat de schade die zij daar van ondervindt onevenredig of uitzonderlijk zou zijn. De AFM acht de schade die Joceka of de heer [B] mogelijk ondervindt door de niet-geanonimiseerde publicatie niet onevenredig of uitzonderlijk in verhouding tot de met de publicatie te dienen doelen, zoals hiervoor beschreven.
96. Daarnaast had Joceka kunnen voorkomen dat er een publicatie zou plaatsvinden, door aan de Last te voldoen. Zij stelt in haar bezwaar dat ze onmachtig is om aan de Last te voldoen, maar maakt dit volgens de AFM niet aannemelijk. Hiervoor heeft de AFM al overwogen dat zij het aannemelijk acht dat Joceka kan beschikken over de Computer en dus had kunnen voldoen aan de Last. De voorzieningenrechter overwoog in haar uitspraak van 4 juni 2015 hieromtrent tevens het volgende:
- [Redacted text]
- De AFM ziet in deze overweging een bevestiging van haar eigen oordeel.

97. Heroverweging ten aanzien van onderdeel i leidt dus niet tot een ander oordeel.

Ad ii)

98. Ten aanzien van onderdeel ii overweegt de AFM dat tijdens het onderzoek ter zitting bij de voorzieningenrechter op 21 mei 2015 is afgesproken om een aantal zinnen in het persbericht waar Joceka bezwaar tegen heeft, aan te passen dan wel te verwijderen. Publicatie heeft met inbegrip van deze wijzigingen plaatsgevonden. De door Joceka bestreden zinnen zijn vervangen door de volgende tekst: *‘Joceka is een marketingbureau, dat onder andere callcenter-activiteiten verricht. Zij benadert*

potentiële beleggers met het aanbod om zich te abonneren op een financiële nieuwsbrief. ' In bezwaar zal de AFM deze gewijzigde publicatie handhaven conform uitspraak van de voorzieningenrechter en dus het bezwaar van Joeka ten aanzien van dit punt honoreren.

99. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus tot een ander oordeel voor zover dit de aanpassing van het persbericht conform uitspraak van de voorzieningenrechter betreft.

Ad iii)

100. De AFM deelt het oordeel van Joeka onder iii niet, omdat in de Last wordt uitgelegd wat de AFM-nieuwsbrief, het news-alert en de RSS-feed zijn en dat hierin respectievelijk het persbericht is opgenomen dan wel een melding wordt gemaakt dat er een aanpassing op de website heeft plaatsgevonden. Er wordt niet meer informatie openbaar gemaakt dan er al in het persbericht bij en de geschoonde versie van de Last is gedaan.
101. Heroverweging ten aanzien van onderdeel iii leidt dus niet tot een ander oordeel.

I. Invorderingsbeschikking

102. Joeka voert ten aanzien van de invorderingsbeschikking dezelfde bezwaargronden aan als tegen de Last en verzoekt dit bezwaar op grond van artikel 5:39 Awb gezamenlijk met het bezwaar tegen de Last te behandelen.
103. Joeka verzoekt tevens om een reactie op de verzochte betalingsregeling.

Reactie AFM

104. De AFM voegt conform verzoek en op grond van artikel 5:39 Awb het bezwaar tegen de invorderingsbeschikking en tegen de Last samen.
105. De AFM heeft vastgesteld dat de begunstigingstermijn van de Last is verstreken op 16 april om 00.30 uur en dat Joeka de AFM voor het verstrijken van de begunstigingstermijn geen toegang heeft gegeven tot de Computer, zoals gevorderd in de Last. Daarmee staat vast dat Joeka niet aan de Last heeft voldaan, waardoor de dwangsom van rechtswege is verbeurd. Zoals hierboven gemotiveerd, treffen de bezwaargronden ten aanzien van de Last, behoudens een aanpassing van het persbericht, geen doel. De AFM handhaaft dan ook haar oordeel in de Invorderingsbeschikking dat niet aan de Last is voldaan.

106. Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 5:37 Awb¹³ blijkt dat de wetgever het standpunt heeft ingenomen dat een bestuursorgaan als de AFM verbeurde dwangsommen ook daadwerkelijk int, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Joeka heeft in haar bezwaarschrift geen bijzondere omstandigheden aangevoerd op grond waarvan de AFM zou moeten afzien van de invordering van de gehele dwangsom. Ook de AFM heeft dergelijke bijzondere omstandigheden niet kunnen vaststellen. De AFM handhaaft dan ook evenzeer haar besluit om de verbeurde dwangsom ook daadwerkelijk in te vorderen.
107. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.
108. Ten aanzien van het verzoek tot een betalingsregeling is een aparte beslissing genomen op 24 juni 2015. Dit onderwerp kan in deze beslissing op bezwaar verder onbesproken blijven.

V. Besluit

109. De AFM heeft besloten de last onder dwangsom te herroepen voor zover het een deel van de tekst van het persbericht bij publicatie betreft en laat het besluit voor het overige in stand. Tevens heeft de AFM besloten het besluit tot invordering in stand te laten. De motivering van de bestreden besluiten wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. Publicatie

110. Ingevolge artikel 1:99 Wft jo artikel 1:97, vijfde lid, Wft, is de AFM tevens gehouden de uitkomst van een ingediend bezwaar tegen een opgelegde last onder dwangsom zo spoedig mogelijk bekend te maken. Daarbij moet op grond van artikel 1:99, eerste lid, Wft jo artikel 1:97, vierde lid, 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 Joeka over deze beslissing informeren door middel van een voorgenomen besluit tot publicatie, waar Joeka door middel van een zienswijze op kan reageren.

¹³ Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3: "(...) dient het bestuursorgaan de beslissing om tot invordering over te gaan te motiveren. Doorgaans zal daartoe echter kunnen worden volstaan met de overweging dat er geen redenen zijn om van invordering af te zien. Een adequate handhaving vergt immers dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen ook worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien; het ligt op de weg van de overtreder om dergelijke omstandigheden onder de aandacht van het bestuursorgaan te brengen."

VII. 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]
Plaatsvervangend Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Bestuurslid

Bijlage I: Verslag hoorzitting van 17 juni 2015

Bijlage I

Verslag hoorzitting Jockeka B.V. (Joceka) inzake het bezwaar van 16 april 2015 tegen het besluit van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van 15 april 2015 met kenmerk JnVt-15042767. Het bezwaar is gericht tegen de last onder dwangsom die aan Joceka is opgelegd op grond van art. 5:20 Algemene wet bestuursrecht.

Bezwaar is door Joceka ingediend.

Amsterdam, 17 juni 2015, 11.00 uur ten kantore van de AFM.

Aanwezig

Namens bezwaarmaker:

De heer [B] CEO Joceka B.V.,
Mr. J. Hagers, advocaat Blenheim Advocaten
mr. H. Delescen, Blenheim Advocaten.

Namens de AFM:

mr. drs. [REDACTED], extern onafhankelijk voorzitter hoorcommissie
mr. drs. [REDACTED], afdeling Marktintegriteit en Handhaving
mr. [REDACTED], afdeling Juridische Zaken
mr. [REDACTED], afdeling Juridische Zaken (tevens verslag)

Hoorzitting

De heer [REDACTED] (de Voorzitter) opent de hoorzitting, heet iedereen welkom en geeft een korte inleiding. Hij omschrijft de functie die hij als externe voorzitter vervult en geeft het woord aan mevrouw [REDACTED] mevrouw [REDACTED] en mevrouw [REDACTED] die zichzelf voorstellen. Voorts geeft **de Voorzitter** 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.

De Voorzitter merkt op dat Joceka een nieuwe gemachtigde heeft, namelijk de heer Hagers. **De Voorzitter** geeft hem het woord. **De heer Hagers** meldt dat hij een pleitnota heeft (de Pleitnota) en overlegt kopieën daarvan aan de Voorzitter en mevrouw [REDACTED]. De Pleitnota is aan dit verslag gehecht en maakt daar integraal onderdeel van uit.

De heer Hagers draagt de Pleitnota in haar geheel voor.

De heer [B] licht toe dat hij gedurende de dag van het onderzoek ter plaatse naar het ziekenhuis moest. Hij heeft geen opdracht gegeven om de computer weg te halen en weet niet waar de computer nu is. Hij vindt het heel vervelend dat de focus nu ligt op de computer en niet op het onderzoek naar de activiteiten van Joceka. Hij geeft aan dat hij de schijn nu tegen heeft. Sinds 14 april heeft hij al zijn werkzaamheden voor Joceka gestaakt en al zijn

personeel naar het UWV gestuurd. Het gebeuren heeft een enorme impact op hem gehad. Iemand die vertrouwd was met de omgeving moet de computer hebben weggehaald. Het viel voor hem niet te verteren om met mensen door te gaan die zoiets hebben gedaan. Om deze reden kon hij niet meer verder met zijn personeel. Hij geeft aan dat de publicatie van de last *killing* voor hem was. Hij deed tot voor kort namelijk met veel verschillende partijen zaken en zijn naam is nu weg. De computer is nog niet terecht. De heer [B] merkt op dat het aan de politie is om hier onderzoek naar te doen en dat hij verder niets kan doen. Hij geeft aan dat hij het gevoel heeft dat de AFM hem de schuld geeft van het verdwijnen van de computer.

De Voorzitter vraagt wat de primaire bezwaargrond van het bezwaar is.

De heer Hagers geeft aan dat de primaire bezwaargrond is dat de begunstigingstermijn van de last veel te kort was en dat de AFM hiermee misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt. Hij vraagt zich af waarom de begunstigingstermijn niet tot 12.00 uur de volgende dag is gesteld. Een verlenging van de begunstigingstermijn met een half uur in de avond is niks aangezien dit na kantoortijd is en het onmogelijk is om vanuit huis dan nog een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen. Een begunstigingstermijn van drieënhalf uur is extreem; hij heeft nog nooit zo'n korte begunstigingstermijn gezien.

De Voorzitter vraagt om een toelichting bij de volgende alinea op pagina 9 van het aanvullend bezwaarschrift:

'Hier komt bij dat de door AFM aangehaalde reden voor het opleggen van de dwangsom onder een dergelijke korte begunstigingstermijn, inhoudende dat cliënte eerder niet heeft meegewerkt de gevorderde inlichtingen te verstrekken, gelet op ABRvS 3 oktober 2007, UN BB5206, niet bepalend mag zijn voor de lengte van de begunstigingstermijn.'

De Voorzitter vraagt hierbij of cliënte nou wel of niet heeft meegewerkt aan het onderzoek.

De heer Hagers geeft aan dat door de AFM in 2011 aan Joceka vragen zijn gesteld. Hier is toen antwoord op gegeven. De heer [B] werd erg overvallen door het onaangekondigde onderzoek op 14 april 2015. De meeste mensen zijn van slag door een onaangekondigd onderzoek ter plaatse. Zij vragen zich af wat hun rechten en plichten zijn, zo ook de heer [B].

De Voorzitter merkt op dat in de uitspraak van de voorzieningenrechter staat dat er nog geen invorderingsbeschikking is verstuurd. Wacht de AFM hiermee?

Mevrouw [REDACTED] geeft aan dat dit een aparte procedure betreft en dat de invorderingsbeschikking waarschijnlijk binnen nu en twee weken verzonden zal worden. Er is afgesproken dat de invorderingsbeschikking tevens per e-mail naar de heer Hagers verzonden zal worden.

De heer [B] geeft aan dat hij deze week zijn financiële gegevens naar de AFM heeft toegezonden en heeft verzocht om een betalingsregeling.

Mevrouw [REDACTED] reageert dat naar dit verzoek na het versturen van de invorderingsbeschikking gekeken zal worden.

De Voorzitter signaleert dat er een aparte rechtsgang openstaat ten aanzien van de invorderingsbeschikking. **De heer Hagers** legt de heer [B] uit dat tegen dit besluit ook apart bezwaar open staat.

De heer [B] toont een foto op zijn mobiele telefoon waarop een lege kantooruimte te zien is. Hij vertelt dat hij altijd naar eer en geweten heeft gewerkt en vaak samenwerkte met partijen die een vergunning van de AFM hebben. Hij geeft aan dat hij er ondersteboven van was dat de AFM met zoveel mensen binnenviel, dat hij met vragen zit en een gezin heeft dat hij moet onderhouden. Voor hem persoonlijk is het een groot drama en een nachtmerrie.

Mevrouw [REDACTED] vraagt hoe het zit met de beelden van de beveiligingscamera. Zijn er inmiddels meer beelden?

De heer [B] antwoordt dat de pandeigenaar de videotape niet wil afstaan in verband met privacy regels. Hij mocht wel de tape bekijken en daarvan screenshots maken. De heer [B] heeft van de beelden die hij verdacht vond een paar screenshots laten maken. De videobeelden worden ongeveer vier weken bewaard. Tot slot vraagt hij wat de status van het onderzoek is.

Mevrouw [REDACTED] antwoordt hierop dat het onderzoek nog loopt en naar verwachting nog lange tijd in beslag zal nemen.

Afsluitend

Op de vraag van **de Voorzitter** daartoe, geeft **Mevrouw [REDACTED]** aan, zonder dat zij daarmee een toezegging doet, dat zij ernaar streeft dat binnen de wettelijke termijn de beslissing op bezwaar wordt genomen.

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

Tot slot wijst **de Voorzitter** erop dat tegen de uiteindelijke beslissing op bezwaar beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.

Om 11.59 uur sluit **de Voorzitter**, onder dankzegging voor ieders bijdrage, de hoorzitting.