

OPENBARE VERSIE

De heer P. Kruissen
Hoefslag 15
6681 TK BEMMEL

Datum	12 maart 2015
Ons kenmerk	[REDACTED]
Pagina	1 van 36
Kopie aan	Dhr. Z. Scelilla en drs. H. Demmer
Telefoon	020 - 797 2690
Email	boetefunctionaris@afm.nl
Betreft	Bestuurlijke boete aan de heer P. Kruissen in verband met overtreding van artikel 2:96, eerste lid, Wft

Geachte heer Kruissen,

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten aan u een bestuurlijke boete van € 200.000 op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 2:96, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door AGA International B.V. (AGA). De boete wordt opgelegd omdat AGA in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 zonder vergunning van de AFM beleggingsdiensten heeft verleend en u als (middellijk) bestuurder van AGA feitelijk leiding heeft gegeven aan deze overtreding.

Hieronder wordt het besluit toegelicht. Paragraaf 1 geeft een weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan het besluit. In paragraaf 2 beoordeelt de AFM de feiten, waarbij ook uw zienswijze aan bod komt. Paragraaf 3 bevat het besluit en in paragraaf 4 staat hoe u bezwaar tegen dit besluit kunt maken.

1. Feiten en onderzoek

Eerst wordt in paragraaf 1.1 een overzicht gegeven van de (rechts)personen die in het onderzoek zijn betrokken. In paragraaf 1.2 noemt de AFM aan deze zaak gelieerde zaken. Het procesverloop wordt chronologisch weergegeven in paragraaf 1.3. Paragraaf 1.4 tot slot bevat de feiten die aanleiding vormen tot het besluit.

1.1. Betrokken (rechts)personen

- **AGA International B.V.**

AGA is op 5 februari 2010 opgericht en staat sinds 8 februari 2010 ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK) onder nummer 30281986. De bedrijfsomschrijving luidt: “*Het (bemiddelen*

bij) kopen/verkopen, huren/verhuren, beheer en financiering van roerende en onroerende zaken.” Global Return B.V. is sinds 5 februari 2010 enig aandeelhouder en bestuurder van AGA.

- **Global Return B.V. (Global Return)**

Global Return is op 7 december 2000 opgericht en staat sinds 8 december 2000 ingeschreven in het handelsregister van de KvK onder nummer 08092223. De bedrijfsomschrijving luidt: “*Ontwikkelen van-, het bemiddelen in- en de marketing van milieugerichte producten, alsmede het leveren van de daarbij behorende diensten.*” De heer Peter Kruissen (de heer Kruissen) is sinds 6 april 2004 enig aandeelhouder en bestuurder van Global Return.

- **De heer Peter Kruissen**

De heer Kruissen is geboren op ██████████.

De heer Kruissen is sinds 6 april 2004 enig aandeelhouder en bestuurder van Global Return en daardoor sinds 5 februari 2010 ook (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder van AGA.

In de periode 15 augustus 2008 tot 1 september 2012 was de heer Kruissen één van de bestuurders van Inhout Sales & More B.V. (Inhout)¹. Vanaf 1 september 2012 is de heer Kruissen enig bestuurder van Inhout. Inhout had sinds 11 december 2007 een vergunning van de AFM voor het bemiddelen in beleggingsobjecten.² Deze vergunning heeft de AFM op 9 september 2013 ingetrokken.

- **[A]**

[A] is op 16 maart 2012 opgericht en staat sinds 21 maart 2012 ingeschreven in het handelsregister van de KvK onder nummer ██████████. De bedrijfsomschrijving luidt: “*Het investeren en participeren in, het (doen) exploiteren en management van ondernemingen in de horeca; het aangaan van obligatieleningen ter financiering van de activiteiten van de vennootschap; beheeractiviteiten.*” [B] is sinds 16 maart 2012 bestuurder van [A].

- **[C]**

[C] is op 27 mei 2005 opgericht en staat sinds 31 mei 2005 ingeschreven in het handelsregister van de KvK onder nummer ██████████. De bedrijfsomschrijving luidt: “*Het (rechtstreeks en/of middellijk) verwerven en actief beheren van participaties in vennootschappen in binnen- en buitenland die direct of indirect de eigendom van percelen grond en de bebossing ervan en/of landbouw- of bosbouwkundig gebruik exploiteren, alsmede het stimuleren van de winning van landbouwkundige nevenproducten en de exploitatie van het vermarkten daarvan (in het bijzonder ook van koolstofdioxide (CO2)-rechten).*” [D] is sinds 16 november 2010 enig aandeelhouder van [C]. [E] is sinds 12 mei 2010 bestuurder van [C].

¹ Inhout is op 17 augustus 2007 ingeschreven in het handelsregister van de KvK onder nummer 34228005. De bedrijfsomschrijving luidt: “*Het bemiddelen in, en het adviseren omtrent, investeringsproducten, het verrichten van telemarketing activiteiten, alsmede het geven van opleidingen op het gebied van telemarketing Beheermaatschappij*”.

² Vergunningnummer 12010623.

Datum	12 maart 2015
Ons kenmerk	██████████
Pagina	3 van 36

1.2. Gelieerde zaken

Op 29 mei 2013 heeft de AFM aan Global Return en Inhout bestuurlijke boetes opgelegd voor overtreding van artikel 2:96, eerste lid, van de Wft. Global Return kreeg een boete van € 100.000 omdat zij in de periode van 15 november 2011 tot en met 30 december 2011 zonder vergunning van de AFM beleggingsdiensten heeft verleend. Inhout kreeg een boete van € 500 omdat zij in de periode van 14 september 2011 tot en met 12 januari 2012 zonder vergunning van de AFM beleggingsdiensten heeft verleend. De aan Inhout opgelegde boete is inmiddels onherroepelijk geworden. De Rechtbank Rotterdam heeft op 16 februari 2015 het beroep dat Global Return had ingesteld tegen de aan haar opgelegde boete ongegrond verklaard.

De AFM legde eerder, op 17 mei 2011, aan Inhout een boete op van € 6.000 wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid onder a en b, van de Wft, nu zij aan cliënten had geadviseerd te beleggen in teakhout, terwijl zij onvoldoende informatie had ingewonnen over de financiële positie, doelstellingen, risicobereidheid en/of kennis en ervaring van de cliënten. Deze boete is inmiddels onherroepelijk geworden.

1.3. Procesverloop

De AFM heeft op 30 oktober 2012 een gesprek gevoerd met de directie van [A]. Aanleiding voor dit gesprek was door de AFM verkregen informatie over een door [A] uitgeschreven obligatielening die is beschreven in een brochure (ongedateerd) en informatiememorandum (gedateerd maart 2012) met inschrijfformulier van [A]. De kenmerken van de obligatielening worden in paragraaf 1.4.1 beschreven. De AFM heeft van het gesprek een gespreksverslag gemaakt; zie nader paragraaf 1.4.4 voor de (relevante delen van de) verklaring.

De AFM heeft het gespreksverslag op 9 november 2012 ter ondertekening en controle aan [A] gestuurd. [A] heeft op 19 november 2012 het door haar deels aangepaste gespreksverslag voor akkoord ondertekend retour gezonden. Zie nader paragraaf 1.4.4 voor de (relevante delen van de) verklaring.

Door [F], bestuurder van [A], zijn per e-mail van 2 november 2012 (via het e-mailadres ██████████) aan de AFM kopieën verstrekt van de door [A] ontvangen facturen van AGA, Global Return en [C] voor betaling van commissie; in paragraaf 1.4.3 wordt een overzicht gegeven van de door AGA verzonden facturen. Ook is namens [A] bij deze e-mail een kopie verstrekt van de samenwerkingsovereenkomst tussen [A] en AGA van 16 maart 2012; in paragraaf 1.4.2 wordt deze overeenkomst – voor zover relevant – weergegeven.

Uit de verkregen informatie volgde dat AGA mogelijk orders ontving en doorgaf met betrekking tot de obligatielening. Deze activiteiten vielen mogelijk binnen de reikwijdte van artikel 2:96, eerste lid, Wft. Daarom is de AFM een onderzoek naar AGA gestart. Het doel van dit onderzoek was om te beoordelen of AGA in Nederland beleggingsdiensten verleent of heeft verleend zonder te beschikken over de daarvoor benodigde vergunning van de AFM en zonder dat AGA is of was uitgezonderd dan wel vrijgesteld van de verplichting om over een vergunning te beschikken.

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 4 van 36

De AFM heeft AGA per brief van 19 december 2012³ in kennis gesteld van de aanleiding tot het instellen van een onderzoek naar de activiteiten van AGA en van het vermoeden dat AGA artikel 2:96 Wft overtrad. De AFM heeft AGA in dit kader verzocht om nadere gegevens te verstrekken. Per e-mail van 8 januari 2013 heeft de heer Kruissen (via het e-mailadres [REDACTED]) gereageerd op het verzoek van de AFM. De relevante delen van deze reactie worden in paragraaf 1.4.4 weergegeven. De heer Kruissen zegde in deze e-mail toe alle gevraagde documenten die week per post aan de AFM te zenden.

Op verzoek van de AFM heeft ook [E], bestuurder van [C], per e-mail op 8 januari 2013 (via het e-mailadres [REDACTED]) aan de AFM verklaard over de samenwerking met [A] en AGA. De relevante delen van deze verklaring worden in paragraaf 1.4.4 weergegeven.

Bij brief van 16 januari 2013 heeft de AFM van [G] van de Afdeling Secretariaat van [A], met een begeleidende brief op briefpapier van [A], kennelijk in reactie op het verzoek van de AFM aan AGA van 19 december 2012, onder meer de volgende documenten ontvangen:

- de “Overeenkomst van Opdracht” tussen [A] en AGA (zie nader paragraaf 1.4.2);
- het informatiememorandum van de obligatielening (zie nader paragraaf 1.4.1);
- de brochure van de obligatielening;
- het inschrijfformulier van de obligatielening;
- een voorbeeld van een e-mail betreffende de verzending van een brochure aan een (potentiële) obligatiehouder.

Uit de beoordeling van de door of namens AGA aangeleverde informatie kwam naar voren dat de reactie van 16 januari 2013 op het verzoek van de AFM van 19 december 2012, ontoereikend was. Daarom heeft de AFM AGA op 22 januari 2013 een herhaald verzoek om informatie⁴ gestuurd.

Per e-mail van 1 februari 2013 heeft [H] van de Afdeling Compliance van Inhout B.V. (via het e-mailadres [REDACTED]) gereageerd op het nadere verzoek van de AFM. Relevante delen van deze reactie worden in paragraaf 1.4.4 weergegeven. [H] zegde in deze e-mail toe de gevraagde kopieën van bankafschriften van AGA per post na te zenden.

Op 5 februari 2013 heeft de AFM voorts van de heer Scelilla per brief (op blanco briefpapier) gedateerd 1 februari 2013 de bankafschriften van rekeningnummer [REDACTED] van AGA van 17 mei 2012 tot en met 2 januari 2013 ontvangen. Zie paragraaf 1.4.3 voor een overzicht van de door AGA van [A] ontvangen betalingen.

Per brief van 26 maart 2013 heeft [E] namens [C] een nadere verklaring aan de AFM gegeven over haar werkzaamheden voor [A] en de samenwerking met AGA. Als bijlage bij de brief zijn facturen van [C] aan [A] overgelegd. Relevante delen van de verklaring worden weergegeven in paragraaf 1.4.4.

De AFM heeft op 27 maart 2013 geconstateerd dat de website [REDACTED] nog steeds actief is en dat het inschrijfformulier nog steeds kan worden gedownload.

³ Met kenmerk: [REDACTED].

⁴ Met kenmerk: [REDACTED].

Op 29 april 2013 heeft de AFM aan AGA een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 2:96, eerste lid, Wft⁵ verstuurd met als doel dat AGA haar activiteiten in strijd met de Wft zou staken.

In reactie op het voornemen heeft de heer Kruissen per e-mail van 15 mei 2013 (via e-mailadres: [REDACTED]) aan de AFM bericht dat AGA “conform uw oordeel” in strijd met artikel 2:96, lid 1 Wft heeft gehandeld en haar activiteiten gestaakt heeft en zal houden totdat aan de toepasselijke regelgeving voldaan wordt.

Op 2 september 2013 heeft de AFM per brief⁶ aan AGA kenbaar gemaakt dat de reactie van 15 mei 2013 voor de AFM aanleiding is om geen gevolg te geven aan het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom.

Op 23 oktober 2014 heeft de AFM AGA per brief⁷ in kennis gesteld van het voornemen tot boeteoplegging aan AGA voor overtreding van artikel 2:96, lid 1, Wft en een kopie van het onderzoeksrapport van de AFM bijgevoegd. Op diezelfde dag heeft de AFM ook de heer Kruissen per brief⁸ in kennis gesteld van het voornemen tot boeteoplegging aan hem in persoon voor overtreding door AGA van artikel 2:96, lid 1, Wft, wegens het feitelijk leiding geven aan de overtreding van AGA.

Op 17 november 2014 heeft de heer Kruissen, bij monde van de heren Scelilla en Demmer, ten kantore van de AFM mondeling een zienswijze gegeven met betrekking tot het voornemen tot boeteoplegging. Bij die gelegenheid is de heer Kruissen tot uiterlijk 28 november 2014 in de gelegenheid gesteld om nadere gegevens omtrent zijn draagkracht bij de AFM aan te leveren.

Op 20 november 2014 is het door de AFM op 23 oktober 2014 verzonden voornemen tot boeteoplegging aan AGA retour gekomen.

Op 4 december 2014 is telefonisch door de AFM met de heer Scelilla besproken dat de termijn voor aanlevering van de draagkracht-gegevens werd verschoven naar uiterlijk 19 december 2014. Daarbij is de heer Scelilla gemeld dat het voornemen tot boeteoplegging aan AGA bij de AFM retour is gekomen en afgesproken dat de AFM het voornemen opnieuw maar dan via de heer Scelilla zou opsturen. Een en ander heeft de AFM diezelfde dag per e-mail aan de heer Scelilla (via het door hem opgegeven e-mailadres: [REDACTED]) bevestigd. Daarbij heeft de AFM de heer Scelilla gevraagd te controleren wat de oorzaak is geweest dat de brief niet is opgehaald op het KvK-adres van AGA en hem verzocht de AFM eventueel in kennis te stellen van een alternatief adres waarop AGA (in het vervolg) te bereiken is.

Op 9 december 2014 heeft de AFM het voornemen tot boeteoplegging aan AGA nogmaals verstuurd, dit keer aan de heer Scelilla voor AGA. In de begeleidende brief⁹ heeft de AFM de heer Scelilla nog eens gevraagd waarom de

⁵ Met kenmerk: [REDACTED]

⁶ Met kenmerk: [REDACTED]

⁷ Met kenmerk: [REDACTED]

⁸ Met kenmerk: [REDACTED]

⁹ Met kenmerk: [REDACTED]

post niet op het KvK-adres van AGA is opgehaald en op welk adres AGA te bereiken is. Op deze vraag heeft de AFM tot op heden geen antwoord ontvangen.

Op 19 december 2014 heeft de heer Demmer, namens AGA en de heer Kruissen, met de AFM gebeld en aangekondigd dat de draagkrachtgegevens verzonden waren en op maandag 22 december 2014 bij de AFM zouden zijn.

Op 29 december 2014 heeft de AFM een brief van de heer Demmer van 23 december 2014 met de draagkrachtgegevens van AGA en de heer Kruissen ontvangen.

1.4. Feiten die aanleiding vormen tot het besluit

Uit het door de AFM verrichte onderzoek blijkt dat [A] consumenten aanbod te beleggen in een obligatielening, ter investering in [REDACTED]. [A] als opdrachtgever heeft met AGA als opdrachtnemer een overeenkomst van opdracht gesloten waarin is vastgelegd dat AGA voor [A] consumenten zal benaderen om te investeren in deze obligaties. Dat heeft AGA voor [A] gedaan in de periode van 16 maart 2012 tot in ieder geval 30 april 2013. Naar aanleiding van het voornemen tot oplegging van een last onder dwangsom van 29 april 2013 heeft de heer Kruissen immers per e-mail van 16 mei 2013 aan de AFM bericht dat AGA haar activiteiten had gestaakt. In deze periode was de heer Kruissen (indirect) enig bestuurder van AGA. Uit bankafschriften blijkt dat AGA voor haar werkzaamheden, zoals ook in de overeenkomst van opdracht is geregeld, van [A] provisie heeft ontvangen.

De AFM zal hieronder de relevante kenmerken van de obligatielening weergeven (in paragraaf 1.4.1) en de relevante onderdelen uit de overeenkomst van opdracht lichten (in paragraaf 1.4.2). Daarna zal de AFM (in paragraaf 1.4.3) een overzicht geven van de door AGA aan [A] verstuurd facturen en van de door AGA van [A] ontvangen betalingen. Tot slot zal de AFM (in paragraaf 1.4.4) de relevante delen weergeven van de verklaringen die partijen hebben gegeven in antwoord op de in paragraaf 1.3 genoemde informatieverzoeken van de AFM.

1.4.1. De Obligatielening

[A] heeft ter investering in [REDACTED] [REDACTED]¹⁰ kapitaal van het publiek aangetrokken door het uitschrijven van een obligatielening “[A] [REDACTED]” (de Obligatielening). In een brochure en een memorandum van maart 2012 geeft [A] informatie over deze Obligatielening.

Hieruit blijkt dat de Obligatielening beschikt over de volgende kenmerken:

- een nominale waarde per obligatie van € [REDACTED];

¹⁰ [A] beschrijft haar doel in de brochure op pagina 1 als volgt: “[A] investeert in [REDACTED] [REDACTED] (...).” Het doel wordt nader omschreven op pagina 2, 4, 8 en 12 van het informatiememorandum, artikel 2.2 van bijlage 2 “Obligatievoorwaarden” bij het informatiememorandum en artikel 2 van bijlage 3 “Statuten [A] B.V.” bij het informatiememorandum van de obligatielening.

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 7 van 36

- een uitgifteprijs per obligatie van € [REDACTED] (inclusief eenmalig [REDACTED] % emissiekosten);
- een vaste couponrente per obligatie van [REDACTED] %;
- de couponrente wordt per jaar uitgekeerd (indien gewenst ook per kwartaal uit te keren);
- de ingangrente start vanaf de stortingsdatum;
- de looptijd bedraagt 5 jaar;
- een loyaliteitsbonus van [REDACTED] % van de hoofdsom, uitsluitend bij aflossing op de expiratedatum;
- een callbonus van [REDACTED] % van de hoofdsom bij tussentijdse aflossing door de emittent;
- de Obligatielening dient ter financiering van [REDACTED];
- een maximale fondsomvang van € [REDACTED];
- tussentijdse verhandelbaarheid van de obligaties.

Met betrekking tot de verhandelbaarheid wordt in de “Obligatievoorwaarden” (bijlage 2 bij het memorandum) in artikel 9 “Verhandeling en Levering van Obligaties” bepaald:

“9.2 De Obligaties zijn steeds tussentijds verhandelbaar. Voor de levering van de Obligaties is vereist het daartoe bestemde [A]-overdracht formulier van Obligaties of een andere door [A] daartoe voorgeschreven akte. (...)”

9.4 Voor levering van een of meerdere Obligaties aan derden is voorafgaande schriftelijke toestemming van [A] vereist. [A] is steeds bevoegd deze zonder opgaaft van redenen te weigeren.

9.5 Voor levering van Obligaties aan derden brengt [A] aan de leverende partij een administratievergoeding van 2% van de nominale waarde van desbetreffende Obligaties in rekening.”

Met betrekking tot de deelname wordt in het memorandum vermeld dat men zich kan inschrijven voor de obligaties door het (bijgevoegde) inschrijfformulier juist en volledig ingevuld aan [A] te sturen. De inschrijving sluit uiterlijk twaalf maanden na uitgifte van het informatiememorandum of zoveel eerder als op het maximum aantal obligaties ingetekend is.

1.4.2. De Overeenkomst

In de “Overeenkomst van Opdracht” tussen [A] en AGA van 16 maart 2012 (de Overeenkomst) is onder meer het volgende opgenomen:

“OVERWEGENDE DAT

A. Opdrachtgever met ingang van 1 januari 2012 voorbereidingen treft voor het aantrekken van vermogen bij derden voor investeringen in ondernemingen, projecten, diensten en producten [REDACTED]; (...)

C. Opdrachtgever een (versnelde) uitbreiding van het door haar te investeren vermogen in projecten op het gebied van [REDACTED] beoogt door het (versneld) extern aantrekken van additionele investeringen in [REDACTED] in de daartoe door Opdrachtgever te selecteren projecten zowel als in de eigen bedrijfsvoering van Opdrachtgever zelf;

D. De heer P. Kruissen in zijn verschillende hoedanigheden vanaf 1 januari 2012 met Opdrachtgever in gesprek is geweest over de verschillende mogelijkheden waarop hij de activiteiten van Opdrachtgever zou kunnen ondersteunen, en - uit dit overleg voortvloeiend - AGA formeel heeft aanvaard de opdracht tot het uitvoeren van werkzaamheden op het gebied van verkoop en bemiddeling, communicatie en marketing, administratie en beheer

met betrekking tot relaties, diensten en producten van Opdrachtgever ter ondersteuning het hiervoor onder C genoemde beleidsdoel (de 'Opdracht'); (...)

ZIJN OVEREENGEKOMEN

Artikel 1 Begrippen

1.1 (...)

Opdracht de opdracht tot het uitvoeren van werkzaamheden op het gebied van verkoop en bemiddeling, communicatie en marketing, administratie en beheer met betrekking tot relaties, diensten en producten van Opdrachtgever ter ondersteuning van een (versnelde) uitbreiding van het Opdrachtgever te investeren vermogen in projecten op het gebied van [REDACTED] zowel als in de eigen bedrijfsvoering van Opdrachtgever;

Opdrachtgever [A] i.o. (...);

Opdrachtnemer AGA; (...)

Artikel 2 Opdracht

2.1 AGA aanvaardt en voert voor Opdrachtgever uit, de opdracht van Opdrachtgever om Opdrachtgever te ondersteunen bij het aantrekken van financiering danwel te investeren vermogen voor de Opdrachtgever en de projecten en participaties van Opdrachtgever.

2.2 AGA zal, waar van toepassing, de uitvoerende werkzaamheden ten behoeve van de Opdracht (doen) verrichten - waar en uitsluitend voor zover deze betrekking heeft op Opdrachtgever- en daarmee instaan voor een adequate, volledige, en tijdige uitvoering daarvan - waarbij onder deze werkzaamheden binnen het kader van de Opdracht met name zijn begrepen:

(i) De berichtgeving aan derden van het gevoerde (investering) beleid van en namens Opdrachtgever en de kenmerken en risico's van de door Opdrachtgever aan derden aangeboden producten, investering- of financieringsarrangementen;

(ii) Het voeren van gesprekken met (potentiële) investeerders, joint-venture partners, venture capitalists, strategische partners en overige zakenrelaties van Opdrachtnemer, alsmede het toelichten van de activiteiten en (beleids-)doelen van Opdrachtgever bij investeerders, gekwalificeerde beleggers en hun adviseurs, experts of (mede-) beleidsbepalers;

(iii) Het adviseren omtrent beleidsdoelen en de voortgang van het behalen van dergelijke doelen, voor zover gerelateerd aan financiering, marketing en strategie;

(iv) Het gevraagd en ongevraagd verstrekken van adviezen ten aanzien van de strategie, marketing, public relations en alle overige publieke vormen van communicatie en informatieverstrekking, zowel ten aanzien van de vorm als ten aanzien van de daarbij te gebruiken media.

(v) Het adviseren omtrent advertentie- en andere mediabestedingen en -uitingen voor wat betreft plaatsing, frequentie en timing;

(vi) Het gevraagd en ongevraagd verstrekken van adviezen ten aanzien van de vormgeving en inrichting van de samenwerking(-structuur), administratieve routing, procedures en -verwerking van de voor de marketing en strategie relevante onderdelen van de Opdracht;

(vii) Het gevraagd en ongevraagd verstrekken van adviezen ten aanzien van human resources, personeel- en selectiebeleid, beloning- en bonusstructuur van de voor de marketing en strategie relevante onderdelen van de Opdracht;

(viii) Alle overige activiteiten of doen of (na-)laten welke AGA ter nuttig of noodzakelijk acht voor het (doen) uitvoeren van haar Opdracht.

2.3 Opdrachtnemer zal ervoor zorg dragen dat elke (vorm van) ontvangen originele documentatie (compleet met alle daarbij benodigde bescheiden (waaronder afschrift legitimatie), aanvullende overeenkomsten, waar en voor zover van toepassing) na volledige en rechtsgeldige ondertekening op zo kort mogelijke termijn – doch uiterlijk binnen 10 (tien) dagen na ontvangst - per post naar Opdrachtgever wordt gestuurd. Alvorens tot verzending over te gaan zal Opdrachtgever nagaan of, en voor zover nodig ervoor zorg dragen dat, desbetreffende documentatie volledig is ingevuld, en de opgave van alle gegevens van en door desbetreffende derde(n) daarin juist en volledig is.

2.4 Alle werkzaamheden van AGA uit hoofde van de Opdracht zoals vastgelegd in deze Overeenkomst, alsmede alle (eventueel) daaruit voortvloeiende werkzaamheden, taken, rechten of verplichtingen van of namens Opdrachtgever nemen een aanvang per Ondertekeningsdatum.

Artikel 3 Honorering

3.1 Binnen het kader van de Opdracht zal AGA Opdrachtgever met ingang van Ondertekeningsdatum, Opdrachtgever te dien aanzien adviseren tegen een maandelijks toe te kennen en uit te keren prestatie- of bonusvergoeding van 15% (vijftien procent) over het totaal van het door Opdrachtgever bij derde(n) aанgetrokken vermogen (in de vorm van inschrijvingen op obligaties, aandelen, deelnemingsrechten of welk ander financieel product of andere financiële dienst dan ook). (...)

Artikel 4 Aanvullende Bepalingen Opdracht

4.1 Gedurende de looptijd van deze Overeenkomst zal AGA gelden als exclusieve Opdrachtnemer van Opdrachtgever voor het uitvoeren van de Opdracht in de landen [REDACTED]. (...)

Artikel 5 Aanvullende Bepalingen Honorering

5.1 Partijen kunnen onderling overeenkomen dat Opdrachtgever, naast de hiervoor in Artikel 3 bedoelde Honoraria, aanvullende (onkosten-) vergoedingen, bonussen of andere voordelen of beloningen aan AGA toekent als onderdeel van de vergoeding voor het uitvoeren van de Opdracht. (...)

5.2 De Honorering zoals bedoeld in Artikel 3.1 zal zijn verschuldigd wanneer Opdrachtnemer het bedoelde vermogen van derden volledig op de eigen bankrekening(en) heeft ontvangen en alle door Opdrachtgever daartoe ter beschikking gestelde documentatie - waaronder met name het Inschrijf- of Bevestigingsformulier zowel als de identificatie van desbetreffende investeerder(s), pandhouder(s) of overig (deel-)gerechtigde(n) die daarmee in verband staan, in overeenstemming met de product- of dienstenvoorwaarden die daar alsdan betrekking op hebben, door Opdrachtgever ontvangen werd. (...)

8.1 Opdrachtnemer zal werken onder de naam van Opdrachtgever. (...)

13.1 Deze Overeenkomst wordt voor onbepaalde tijd aangegaan vanaf de Ondertekeningdatum en kan steeds door een Partij worden opgezegd per het einde van iedere maand met inachtneming van een opzegtermijn van 3 (drie) maanden. (...)"

De Overeenkomst is op 16 maart 2012 getekend door [F] van [B] voor [A] en door de heer Kruissen van Global Return voor AGA.

1.4.3. Betalingen AGA

De op 2 november 2012 door [A] aan de AFM verstrekte facturen die AGA voor betaling van de commissie van 16 mei 2012 tot en met 31 oktober 2012 aan [A] heeft verzonden geven het volgende totaaloverzicht:

FACTUREN AGA International B.V.				
Datum	Factuurnummer	Bedrag in €	Betreft	Bank rekening
16-05-2012	2012-01	15.750	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
31-05-2012	2012-02	10.125	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
29-06-2012	2012-03	22.975	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
17-07-2012	2012-05	8.000	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
31-07-2012	2012-05	750	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
01-08-2012	2012-06	2.850	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
30-08-2012	2012-07	10.125	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
06-10-2012	2012-08	14.407,50	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
12-10-2012	2012-09	30.000	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
18-10-2012	2012-09	3.000	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
22-10-2012	2012-10	12.000	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
26-10-2012	2012-11	7.500	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
31-10-2012	2012-12	11.250	Bemiddeling obligaties	[REDACTED]
	Totaal	148.733		

Uit de door de AFM op 5 februari 2013 van de heer Scelilla namens AGA ontvangen bankafschriften van (rekeningnummer [REDACTED] van) AGA over de periode 17 mei 2012 tot en met 2 januari 2013 blijken de volgende ontvangsten van [A], in een totaaloverzicht:

BANKAFSCHRIJFEN AGA International B.V.			
Datum	Bedrag in €	Omschrijving	Bankrekening
17-05-2012	15.750,00	Factuur 2012-01	[REDACTED]
01-06-2012	10.125,00	Factuur dd 31-05-2012	[REDACTED]
29-06-2012	22.975,00	Factuur 2012-03	[REDACTED]
18-07-2012	12.450,00	Factuur dd 17-07-2012	[REDACTED]
19-07-2012	8.000,00	Factuur 2012-05	[REDACTED]
01-08-2012	750,00	Factuur 2012-05	[REDACTED]
03-08-2012	2.850,00	Factuur 2012-06	[REDACTED]
31-08-2012	10.125,00	Factuur 2012-07	[REDACTED]
08-10-2012	14.407,50	Factuur 2012-08	[REDACTED]
12-10-2012	30.000,00	Factuur 2012-09	[REDACTED]
23-10-2012	15.000,00	Factuur 2012-09 2012-10	[REDACTED]
30-10-2012	6.250,00	Factuur 2012-11	[REDACTED]
12-11-2012	9.500,00	Factuur 2012-13/14	[REDACTED]
15-11-2012	10.500,00	Factuur 2012-12	[REDACTED]
20-11-2012	8.625,00	Factuur 2012-15	[REDACTED]
06-12-2012	4.500,00	Factuur 2012-16	[REDACTED]
14-12-2012	8.250,00	Factuur 2012-17	[REDACTED]
20-12-2012	6.375,00	Factuur 2012-18	[REDACTED]
02-01-2013	5.750,00	Factuur plus vs.	[REDACTED]
Totaal	202.182,50		

1.4.4. Verklaringen partijen

[A]

In het gesprek dat de AFM op 30 oktober 2012 voerde met de directie van [A] is namens [A] onder meer verklaard:

“[A] werft zelf geen investeerders, maar werkt hiervoor samen met één bemiddelaar, te weten inhoud uit Zeist van de heer Kruissen. [F] geeft desgevraagd aan dat hij gelooft dat de heer Kruissen persoonlijk over een vergunning van de AFM beschikt. Inhoud heeft een eigen lijst met potentiële investeerders uit [REDACTED] en benadert deze voor [A]. Indien de investeerders daadwerkelijk willen investeren, dan sturen zij het inschrijfformulier aan Inhoud die het doorstuurt naar [A]. De afhandeling van de aanvraag wordt vervolgens door [A] zelf verricht. Inhoud ontvangt voor het aanbrengen van investeerders bij [A] een vergoeding van 15% over het geïnvesteerde bedrag. Dit is vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst. (...)”

In het door [A] op 19 november 2014 aan de AFM retour gezonden gespreksverslag is deze alinea gecorrigeerd. Dan blijkt het te zijn gegaan om een samenwerking met (de heer Kruissen van) AGA, en niet met Inhoud:

“De onderneming [de AFM: [A]] heeft ook werkzaamheden uitbesteed, onder meer aan de heer P. Kruissen namens AGA International B.V. (Aga). [F] geeft desgevraagd aan dat hij gelooft dat de heer Kruissen persoonlijk ook betrokken is bij de onderneming Inhout, die over een AFM vergunning beschikt. Aga heeft een eigen lijst met potentiële investeerders uit [REDACTED] en communiceert daarmee (ook) over de onderneming. Indien deze daadwerkelijk willen investeren, dan sturen zij het inschrijfformulier zoals dat in het memorandum is opgenomen aan de heer Kruissen, die het formulier doorstuurt naar de onderneming. De afhandeling wordt vervolgens door [F] overzien. Aga ontvangt voor haar inspanningen een vergoeding van 15% over het door de onderneming aangetrokken vermogen. Dit is vastgelegd in een overeenkomst van opdracht. (...)”

AGA

In reactie op het informatieverzoek van de AFM van 19 december 2012 aan AGA, verklaart de heer Kruissen in zijn e-mail van 8 januari 2013 onder meer:

- “AGA international B.V. (hierna AGA) verricht sinds april 2012 activiteiten namens [A]. Zij verricht deze activiteiten uit hoofde van een ‘overeenkomst van opdracht’ waarin het [A] opdrachtgever is en AGA B.V. opdrachtnemer.”
- “Opdrachtnemer ondersteund opdrachtgever bij het aantrekken van financiering dan wel te investeren vermogen. Voor nadere invulling van deze werkzaamheden verwijs ik naar art 2 van de overeenkomst van opdracht.”
- “AGA heeft voor een vergoeding in de vorm van commissie dan wel provisie uitsluitend gewerkt voor het [A] en stelt dan ook dat zij op grond van deze bijzondere relatie als verbonden bemiddelaar niet vergunningplichtig is.”
- “De directeur van AGA is de heer P. Kruissen en zij heeft verder geen personeel in dienst.”
- “Zoals waarschijnlijk bekend is de heer Kruissen tevens directeur van Inhout Sales & More B.V. en Global Return B.V.”
- “Inhout Sales & More B.V. heeft een vergunning van de AFM voor het bemiddelen in beleggingsobjecten en met oog op deze vergunning acht de heer Kruissen zijn bedrijfsvoering bekwaam.”
- “AGA heeft in deze samengewerkt met [C] en de hieraan gelieerde natuurlijke/rechtspersonen. [C] voerde de werkzaamheden voor [A] uit vanaf het kantoor van AGA.”
- “De heer Kruissen deed voornamelijk het klantenbezoek en [E], als zijnde directeur van [C] hield zich meer bezig met de administratieve zaken.”
- “De activiteiten voor [A] zijn bijna afgerond, er staan nog enkele afspraken gepland.”
- “Alle klanten van [A] zijn in naam van [A] geworven door AGA op enkele klanten na die rechtstreeks, thans buiten AGA om in het fonds hebben deelgenomen.”
- “De werkzaamheden van alle facturen, waaronder ook de factuur van d.d. 18 juli 2012 zijn op basis van de overeenkomst van opdracht verricht. Deze werkzaamheden zijn te vinden onder artikel 2 van de overeenkomst van opdracht.”
- “AGA heeft geen overeenkomsten gesloten met cliënten, zij heeft enkel in naam van [A] werkzaamheden verricht en betalingen ontvangen van [A] conform de overeenkomst van opdracht.”

In reactie op het nadere informatieverzoek van de AFM van 22 januari 2013 aan AGA, verklaart [H] in zijn e-mail van 1 februari 2013 onder meer:

- *“De enige activiteiten die namens AGA zijn verricht zijn namens dan wel in opdracht van het [A]. Uitgaande van de ‘overeenkomst van opdracht’ verricht zij deze activiteiten vanaf 16 maart 2012. De laatste obligaties zijn inmiddels verkocht, dus AGA zit in de afrondende fase.”*
- *“Zoals in de eerste reactie aangegeven zijn bijna alle klanten door AGA bij [A] ondergebracht, op een enkeling na die rechtstreeks door de opdrachtgever is aangetrokken. De documenten van klanten verstrekt door AGA aan [A] zijn altijd een inschrijfformulier en een identiteitsbewijs dan wel een uittreksel van de Kamer van Koophandel.”*
- *“Zoals telefonisch besproken zijn er nog geen stukken van AGA aangaande ‘periodieke managementinformatie’. Zo heeft er nog geen algemene vergadering van aandeelhouders plaats gevonden.”*
- *“De tot op heden gevoerde correspondentie [AFM: met [A]] heeft voornamelijk mondeling plaats gevonden derhalve zijn er ook geen vastleggingen beschikbaar.”*
- *“AGA heeft geen schriftelijke samenwerkingsovereenkomst met andere partijen. Zoals eerder aangegeven heeft zij samen gewerkt met [C]. De werkzaamheden vonden plaats vanuit het kantoor van AGA, De heer Kruissen deed voornamelijk het klantenbezoek en [E], als zijnde directeur van [C] hield zich meer bezig met de administratieve zaken.”*

In reactie op het voornemen van de AFM tot oplegging van een last onder dwangsom aan AGA van 29 april 2013, verklaart de heer Kruissen in zijn e-mail van 15 mei 2013 onder meer:

- *“AGA international B.V. heeft conform uw oordeel gehandeld in strijd met art 2:96 lid 1 WFT, het verlenen van beleggingsdiensten.”*
- *“Na ontvangst van uw bericht heeft AGA international B.V. in overleg met [A], haar activiteiten gestaakt en zal deze gestaakt houden totdat er aan de toepasselijke wetgeving wordt voldaan.”*

[C]

[E] verklaart namens [C] in zijn e-mail van 8 januari 2013 aan de AFM onder meer:

- *“Sinds april 2012 verricht [C] activiteiten namens het [A]. Dit doet zij in samenwerking met en ten kantoren van AGA B.V. Deze activiteiten zijn uit hoofde van een “overeenkomst van opdracht” verricht, waarin het [A] opdrachtgever is en AGA B.V. opdrachtnemer. Daarnaast blijkt uit deze “overeenkomst van opdracht” dat de opdrachtgever alle inspanningen heeft verricht om haar product te laten voldoen aan de Wft.”*
- *“[C] heeft 2 personeelsleden, die werkzaamheden verrichtten zoals omschreven in artikel 2 van de “overeenkomst van opdracht” tussen AGA B.V. en het [A].”*

[E] verklaart namens [C] in zijn brief van 26 maart 2013 aan de AFM onder meer:

- *“De werkzaamheden die [C] voor en in naam van [A] heeft verricht hebben veelal betrekking op administratieve werkzaamheden (o.a. agendabeheer) en marketing ondersteunende werkzaamheden (benadering van veelal bestaande relaties voor verkoper buitendienst P. Kruissen en het mee helpen samenstellen van promotioneel materiaal van [A] zoals de brochure, de website e.d.)”*
- *“De 2 personeelsleden waren (er is inmiddels sinds eind januari 2013 niemand meer werkzaam voor [C]) [I] en [J]. Beiden hielden zich bezig met het benaderen en inplannen van buitendienstafspraken met veelal bestaande relaties. Daarnaast hielden [H] (compliance) en [K] (marketingondersteuning) zich op zelfstandige basis bezig met werkzaamheden ten behoeve van [A].”*

- “Sinds april 2012 verrichtte [C] activiteiten namens het [A]. [C] is bij al deze activiteiten zelf geen partij geweest. Samenwerking vond plaats met en ten kantoren van AGA B.V.”
- “In eerste instantie zou [C] de helft van de aandelen van AGA International B.V. verwerven. Nadat de overeenkomst van opdracht tussen [A] en AGA getekend is (waarbij de bestuurder van [C] aanwezig was), is erdoor beide partijen ([C] en AGA B.V.) besloten om ieder voor eigen rekening aan [A] te factureren. Zo is het ook doorgegeven aan [A]. Al deze afspraken zijn mondeling overeengekomen. Er is echter geen schriftelijke samenwerkingsovereenkomst tussen AGA B.V. en [C].”
- “Alle klanten zijn in en onder naam van [A] geworven en hebben enkel deelgenomen op basis van informatie van het [A] (brochure, inschrijf formulier en memorandum). [C] heeft geen overeenkomsten met cliënten afgesloten. [C] heeft nimmer beleggingsdiensten verricht of aangeboden noch documentatie van [A] in naam van [C] verstrekt. Eenieder die heeft deelgenomen in [A] heeft dit rechtstreeks gedaan door middel van het invullen van een inschrijfformulier van [A], kopie ID (en eventueel andere benodigde informatie voor [A]) en betaling van de deelname aan [A] op de bankrekening van [A].”
- “Na de eerste week van januari 2013 is [C] gestopt met de samenwerking met zowel AGA B.V. als [A] (er zijn nog wel een paar kleine facturen verstuurd).”

2. Beoordeling

2.1. Wettelijk kader

Toepasselijke normen rechtspersoon

In artikel 1:1 Wft wordt “beleggingsonderneming” gedefinieerd als “degene die een beleggingsdienst verleent of een beleggingsactiviteit verricht.”

In artikel 2:96, eerste lid, Wft is bepaald:

“Het is verboden in Nederland zonder een daartoe door de Autoriteit Financiële Markten verleende vergunning beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten.”

In artikel 1:1 Wft wordt onder “verlenen van een beleggingsdienst” onder meer verstaan:

“a in de uitoefening van een beroep of bedrijf ontvangen en doorgeven van orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten (...)”

Financieel instrument

In artikel 1:1 Wft wordt “financieel instrument”, voor zover relevant, als volgt gedefinieerd:

“a effect; (...)”

In artikel 1:1 Wft wordt “effect”, voor zover relevant, als volgt gedefinieerd:

“(...); b een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument; (...)”

Omtrent het element “*verhandelbaarheid*” wordt in de parlementaire geschiedenis van artikel 1:1 Wft als toelichting bij “*effect*” overwogen dat een voorwaarde voor de verhandelbaarheid van het instrument de mogelijkheid van overdraagbaarheid daarvan aan derden is. Voorts is van verhandelbaarheid sprake indien het instrument ‘gewoonlijk’ wordt verhandeld op de kapitaalmarkt. Niet doorslaggevend is of in een concreet geval een markt bestaat waarop verhandeling daadwerkelijk mogelijk is; het gaat erom dat de desbetreffende effecten gelet op hun eigenschappen kunnen worden verhandeld. Een indicatie voor deze verhandelbaarheid is de mate van standaardisatie van het effect. Naarmate die groter is, zal de mate van verhandelbaarheid doorgaans toenemen.¹¹ In de “Beleidsregel verhandelbaarheid” van de AFM over de uitleg van het begrip “*verhandelbaarheid*” in de definitie van “*effect*” in artikel 1:1 Wft wordt ook dit drietal voorwaarden voor verhandelbaarheid genoemd en nader uitgewerkt: standaardisatie, overdraagbaarheid en ‘verhandel’-mogelijkheden.¹²

Orders ontvangen en doorgeven

Bij de implementatie van de Richtlijn markten voor financiële instrumenten (MiFID) heeft de Nederlandse wetgever in de toelichting opgemerkt dat het begrip “*order*” ruim moet worden uitgelegd, “*namelijk als elk handelen voor een cliënt door een beleggingsonderneming dat er op gericht is om een overeenkomst tot stand te brengen die strekt tot verkoop of aankoop van een of meer financiële instrumenten voor rekening van die cliënt.*”¹³

In de uitoefening van een beroep of bedrijf

Over het element “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” wordt in de parlementaire geschiedenis het volgende overwogen:

*“Het element «in de uitoefening van een beroep of bedrijf» maakt duidelijk dat de betreffende activiteit alleen onder het bereik van dit voorstel valt voorzover het plaatsvindt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. In het merendeel van de gevallen zal eenvoudig vast te stellen zijn dat sprake is van de uitoefening van een beroep of bedrijf, bijvoorbeeld bij een onderneming die de financiële dienstverlening tot doel heeft. In andere gevallen zullen de specifieke omstandigheden van belang zijn bij de vaststelling of sprake is van professionele dienstverlening. Aanknopingspunten kunnen onder andere zijn de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat verlening van financiële diensten niet slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat degene die de financiële dienst verleent een beloning ontvangt voor zijn diensten, van de cliënt zelf of van een derde (bijvoorbeeld in de vorm van provisie). Een financiële dienst die op incidentele basis wordt verleend in het kader van een andere beroepswerkzaamheid van de dienstverlener, valt niet onder het bereik van dit voorstel. Het moet dan wel gaan om werkzaamheden die noodzakelijkerwijs rechtstreeks voortvloeien uit die andere beroepswerkzaamheid.”*¹⁴

¹¹ Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, p. 367 (NvW 4).

¹² Zie de “Beleidsregel verhandelbaarheid” van de AFM d.d. 14 februari 2011, gepubliceerd in de Stcrt. 2011, nr. 2634.

¹³ Kamerstukken II 2006/07, 31086, 3, p. 135 (MvT).

¹⁴ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 356-357 (NvW 4).

Toepasselijke normen feitelijk leidinggeven

Per 1 juli 2009 is in artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (WvSr) van overeenkomstige toepassing verklaard.

In artikel 51, tweede lid, WvSr is bepaald:

“Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

- 1°. tegen die rechtspersoon, dan wel*
- 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
- 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.”*

Volgens vaste jurisprudentie¹⁵ is sprake van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging door een rechtspersoon, indien:

- i) een functionaris wist van de verboden of soortgelijke gedraging door de rechtspersoon, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
- ii) hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- iii) maar maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

2.2. Zienswijze de heer Kruissen

In zijn op 17 november 2014 gegeven zienswijze heeft de heer Kruissen – samengevat – het volgende aangevoerd:

- **Afzien van boeteoplegging**

De heer Kruissen meent primair dat de AFM moet afzien van boeteoplegging. Daartoe voert hij verschillende argumenten aan.

AGA heeft vertrouwen ontleend aan afzien AFM opleggen stakingslast

In reactie op het voornemen van de AFM om aan AGA een stakingslast onder dwangsom op te leggen heeft AGA haar activiteiten gestaakt. Daarop heeft de AFM aan AGA kenbaar gemaakt dat dit aanleiding voor de AFM was om geen gevolg te geven aan het voornemen. Hieraan heeft de heer Kruissen het vertrouwen ontleend dat er geen maatregel meer zou volgen. Het bevreedt de heer Kruissen dan ook dat de AFM alsnog voornemens is om een boete op te leggen.

¹⁵ Strafrechtelijke jurisprudentie: bijv. HR 16 december 1986, NJ 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II), HR 8 juni 1999, NJ 1999, nr. 579 en HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584. Bestuursrechtelijke jurisprudentie: bijv. Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221, Rechtbank Rotterdam, 27 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:272 en Rechtbank Rotterdam, 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436.

Niet AGA maar Inhout beging de feiten; AGA is geen organisatie van kapitaal en arbeid

De heer Kruissen verwacht dat een eventueel aan hem op te leggen boete geen stand zal houden. Volgens hem is namelijk helemaal geen sprake van overtreding van artikel 2:96 Wft door AGA. AGA is een voortzetting van Global Return en heeft géén medewerkers; alles is uitgevoerd door medewerkers van Inhout. AGA is geen onderneming want het is geen organisatie van kapitaal en arbeid. Hoe kun je orders uitvoeren zonder medewerkers? AGA heeft een loonpost van slechts 13 duizend euro. De activiteiten zijn feitelijk uitgevoerd door Inhout. De overtreding werd dus feitelijk begaan door Inhout en niet door AGA. Inhout had een vergunning voor het aanbieden van beleggingsobjecten ex artikel 2:55 Wft. Nu al beschikt werd over deze vergunning meent de heer Kruissen dat AGA zij geen vergunning nodig heeft (gehad) voor het verlenen van beleggingsdiensten. [A] valt niet onder het toezicht van de AFM.

AFM valt in herhaling doordat reeds twee andere ondernemingen van de heer Kruissen zijn beboet

Door de heer Kruissen wordt in herinnering gebracht dat de AFM in 2011 en 2012 ook reeds bij Global Return en Inhout op de stoep stond en deze twee ondernemingen van de heer Kruissen heeft beboet voor overtreding van artikel 2:96 Wft. Is het dan nodig nu ook AGA en hemzelf te beboeten? Het stapelt zich op zo en het lijkt wat dubbel. De heer Kruissen concludeert dat sprake is van herhaling en werpt de vraag op of er geen sprake is van steeds beboeten voor hetzelfde verhaal, en dus schending van het *ne bis in idem*-beginsel.

• **Uitstel van boeteoplegging totdat er duidelijkheid is in de zaak Global Return**

Mocht de AFM toch overgaan tot het opleggen van een boete, dan wordt namens de heer Kruissen gemeend dat het in de rede ligt om daarmee te wachten totdat de Rechtbank Rotterdam uitspraak heeft gedaan in de zaak Global Return, die daar op 18 november 2014 dient. De stelling is namelijk (ook daar) dat géén sprake is van een vergunningplicht in de zin van artikel 2:96 Wft. Alsdan is er ook meer duidelijk over de (geringe) draagkracht van partijen.

• **Matiging boete**

Tot slot wordt namens de heer Kruissen gesteld dat een eventuele boete toch zeker zal moeten worden gematigd tot het minimum, nu de heer Kruissen geen enkele draagkracht meer heeft. Boeteoplegging heeft dan ook geen enkele zin. Van de zijde van de AFM wordt opgemerkt dat de AFM wel de beschikking moet hebben over de relevante gegevens omtrent de draagkracht, wil zij daarmee rekening kunnen houden. De heer Kruissen wordt in de gelegenheid gesteld om eventuele gegevens na te zenden.

• **Zienswijze met betrekking tot feitelijk leidinggeven door de heer Kruissen**

Met betrekking tot het feitelijk leidinggeven wordt namens de heer Kruissen aangevoerd dat hij niet kon weten dat AGA vergunningplichtig was in de zin van artikel 2:96 Wft en dat hij thans nog steeds van mening is dat zij niet vergunningplichtig was in deze zin. Verder wordt namens de heer Kruissen naar voren gebracht dat hij, zolang hij niet zeker was of AGA in overtreding was, met de activiteiten van AGA heeft willen doorgaan. Hij had anders misschien onnodig contracten moeten beëindigen, en de bedrijven waren wel zijn primaire bron van inkomsten. Eerder liep nog het bezwaar en nu nog het beroep in de zaak van Global Return. Dat heeft de heer Kruissen willen afwachten.

2.3. Beoordeling van de feiten

De AFM is van oordeel dat AGA in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 artikel 2:96, eerste lid, Wft heeft overtreden door zonder vergunning van de AFM beleggingsdiensten te verlenen en dat de heer Kruissen aan deze overtreding feitelijk leiding heeft gegeven. In de paragrafen 2.3.1 en 2.3.2 wordt uiteengezet op grond waarvan de AFM tot dit oordeel komt, waarbij ook wordt ingegaan op de door de heer Kruissen gegeven zienswijze ter zake. De overige aspecten van de zienswijze zullen worden behandeld in paragrafen 2.3.3 en 3.1.1.

2.3.1. Overtreding artikel 2:96, eerste lid, Wft door AGA

2.3.1.1. Inleiding

Op grond van artikel 2:96, eerste lid, Wft is het verboden om in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten. Onder het “*verlenen van een beleggingsdienst*” wordt blijkens artikel 1:1 Wft onder meer verstaan het “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf ontvangen en doorgeven van orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten*”.

De AFM oordeelt dat AGA beleggingsdiensten verleend heeft, waarvoor zij op grond van artikel 2:96, eerste lid, Wft vergunningplichtig was. Uit de in paragraaf 1.4 genoemde feiten en omstandigheden concludeert de AFM namelijk dat:

- a) de door [A] aangeboden Obligatielening is aan te merken als een effect en dus een financieel instrument in de zin van artikel 1:1 Wft;
- b) AGA in de periode 16 maart 2012 tot 30 april 2013 orders van cliënten met betrekking tot deze Obligatielening heeft ontvangen en doorgegeven aan [A] en
- c) AGA hierbij in de uitoefening van een beroep of bedrijf heeft gehandeld.

De AFM zal deze elementen a tot en met c hieronder nader bespreken.

2.3.1.2. Obligatielening is effect en financieel instrument

Zoals in paragraaf 2.1 is behandeld wordt volgens artikel 1:1 Wft onder “*financieel instrument*” onder meer begrepen een “*effect*”. Volgens datzelfde artikel moet vervolgens onder “*effect*” onder meer worden verstaan “*een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument*”. Van verhandelbaarheid is blijkens de toelichting in de parlementaire geschiedenis en de Beleidsregel verhandelbaarheid van de AFM sprake als het product overdraagbaar en (gewoonlijk) op de kapitaalmarkt verhandelbaar is. Naarmate de standaardisatie van het effect groter is, wordt aangenomen dat de verhandelbaarheid toeneemt.

Blijkens de brochure en het informatiememorandum van [A] en zoals beschreven in paragraaf 1.4.1 van dit besluit beschikt de Obligatielening van [A] over de volgende vaste elementen:

- een nominale waarde per obligatie van € ██████;

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 19 van 36

- een uitgifteprijs per obligatie van € [REDACTED] (inclusief eenmalig [REDACTED] % emissiekosten);
- een vaste couponrente per obligatie van [REDACTED] %;
- de couponrente wordt per jaar uitgekeerd (indien gewenst ook per kwartaal uit te keren);
- de ingangrente start vanaf de stortingsdatum;
- de looptijd bedraagt 5 jaar;
- een loyaliteitsbonus van [REDACTED] % van de hoofdsom, uitsluitend bij aflossing op de expiratedatum;
- een callbonus van [REDACTED] % van de hoofdsom bij tussentijdse aflossing door de emittent;
- de Obligatielening dient ter financiering van [REDACTED];
- een maximale fondsomvang van € [REDACTED];
- tussentijdse verhandelbaarheid van de obligaties;

De Obligatielening is aldus in grote mate gestandaardiseerd, wat doet vermoeden dat de Obligatielening ook overdraagbaar en verhandelbaar is. Dit wordt bevestigd in het in paragraaf 1.4.1 genoemde artikel 9 van de “*Obligatievoorwaarden*” van [A], waarin is vastgelegd dat de obligaties steeds tussentijds verhandelbaar zijn en omtrent de levering aan derden nadere regels zijn gegeven.

De obligaties zijn derhalve gestandaardiseerd, overdraagbaar en verhandelbaar. Hieruit volgt naar het oordeel van de AFM dat de door [A] aangeboden Obligatielening is aan te merken als een “*verhandelbare obligatie*” en dus als “*effect*” en daarmee ook als een “*financieel instrument*” in de zin van artikel 1:1 Wft. Dit wordt overigens niet door AGA betwist.

2.3.1.3. AGA heeft orders ontvangen en doorgegeven

Uit de considerans van de in paragraaf 1.4.2 deels geciteerde Overeenkomst volgt dat [A] met de heer Kruissen als bestuurder van AGA in gesprek is geweest over de mogelijkheden van samenwerking bij het door [A] gewenste aantrekken van vermogen ter investering in [REDACTED]. Dit overleg heeft geresulteerd in de Overeenkomst, waarin de door opdrachtnemer AGA aanvaarde opdracht van opdrachtgever [A] is vastgelegd in artikel 2. Daarin staat dat AGA [A] ondersteunt bij het aantrekken van financiering dan wel te investeren vermogen voor de projecten van [A] (onder 2.1). Daartoe zal AGA derden in kennis stellen van het investeringsbeleid van [A] en de kenmerken en risico's van de door [A] aangeboden producten. Ook zal AGA gesprekken voeren met (potentiële) investeerders en hen een toelichting geven over de activiteiten en doelen van [A] (onder 2.2). AGA zal ervoor zorgen dat de door de investeerders – volledig en juist ingevulde en ondertekende – originele documentatie inclusief benodigde bescheiden naar [A] wordt doorgestuurd (onder 2.3).

Voor deze werkzaamheden zal AGA blijkens artikel 3 van de Overeenkomst van [A] een commissie ontvangen van 15% van het totale door [A] bij derden aangetrokken vermogen. Volgens artikel 5 zal de commissie door [A] aan AGA zijn verschuldigd zodra AGA het vermogen van derden volledig op de eigen bankrekening heeft ontvangen en alle door [A] ter beschikking gestelde documentatie, waaronder het inschrijfformulier en de identificatie van desbetreffende investeerder(s), door [A] ontvangen is.

Artikel 4 van de Overeenkomst regelt dat AGA gedurende de looptijd van de Overeenkomst de exclusieve opdrachtnemer van [A] is voor het uitvoeren van de opdracht in de landen [REDACTED]. En in artikel 8 is

Datum	12 maart 2015
Ons kenmerk	██████████
Pagina	20 van 36

bepaald dat AGA daarbij zal werken onder de naam van [A]. De Overeenkomst is namens AGA ondertekend door de heer Kruissen op 16 maart 2012. In artikel 2.4 is geregeld dat alle werkzaamheden van AGA uit hoofde van de opdracht uit de Overeenkomst, alsmede alle (eventueel) daaruit voortvloeiende werkzaamheden een aanvang nemen per deze ondertekeningdatum.

De brochure en het informatiememorandum van [A] uit maart 2012 maken duidelijk dat [A] vermogen is gaan aantrekken door het uitschrijven van de in paragraaf 1.4.1 beschreven Obligatielening.

Uit de verklaringen van partijen blijkt dat het bepaalde in de Overeenkomst ook in werkelijkheid is uitgevoerd.

[A] heeft blijkens het in paragraaf 1.4.4 weergegeven gespreksverslag van 19 november 2014 verklaard dat zij werkzaamheden heeft uitbesteed aan de heer Kruissen namens AGA. AGA beschikte over eigen lijst met potentiële investeerders uit ██████████ en stelde hen in kennis van de Obligatielening van [A]. Indien zij daadwerkelijk wilden investeren, dan stuurden zij het inschrijfformulier uit het informatiememorandum van [A] aan de heer Kruissen, die het formulier op zijn beurt doorstuurde aan [A] voor de verdere afhandeling. AGA ontving voor haar inspanningen een vergoeding van 15% over het door [A] aldus aangetrokken vermogen. Een en ander gebeurde op basis van de Overeenkomst.

De heer Kruissen heeft in zijn in paragraaf 1.4.4 weergegeven e-mail van 8 januari 2013 verklaard dat AGA sinds april 2012 activiteiten namens [A] verrichtte uit hoofde van de Overeenkomst, dat in artikel 2 de werkzaamheden beschrijft. De heer Kruissen zelf deed voornamelijk het klantenbezoek. AGA ontving voor haar werkzaamheden een vergoeding in de vorm van commissie dan wel provisie. AGA heeft uitsluitend gewerkt voor [A]. Bijna alle klanten van [A] zijn – in naam van [A] – geworven door AGA, op enkele klanten na die rechtstreeks in het fonds hebben deelgenomen. Dit wordt bevestigd door de heer Scelilla namens AGA in zijn e-mail van 1 februari 2013. Hij voegt toe dat het bij de documenten van cliënten altijd ging om een inschrijfformulier en een identiteitsbewijs dan wel een uittreksel van de KvK, dat AGA aan [A] verstrekte. Correspondentie van AGA met [A] heeft vooral mondeling plaatsgevonden, waardoor daarvan geen vastleggingen beschikbaar zijn.

Gezien de in paragraaf 2.1 behandelde toelichting van de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de MiFID moet het begrip “order” ruim worden uitgelegd, namelijk als “*elk handelen voor een cliënt door een beleggingsonderneming dat er op gericht is om een overeenkomst tot stand te brengen die strekt tot verkoop of aankoop van een of meer financiële instrumenten voor rekening van die cliënt.*” De AFM meent dat uit de Overeenkomst en de genoemde verklaringen blijkt dat AGA voor [A] orders van cliënten heeft ontvangen en doorgegeven aan [A], met als doel de aankoop van een of meer Obligatieleningen voor rekening van deze cliënten te realiseren.

AGA heeft voor deze werkzaamheden bovendien, overeenkomstig de artikelen 3 en 5 van de Overeenkomst, provisie ontvangen. Blijkens het in paragraaf 1.4.3 gegeven overzicht gaat het hierbij om een totaalbedrag van ten minste € 202.182,50 door AGA van [A] ontvangen provisie. De heer Kruissen heeft op 8 januari 2013 verklaard dat alle werkzaamheden waarop de facturen van AGA zien en alle van [A] ontvangen betalingen hun grondslag vinden in de Overeenkomst.

De AFM concludeert dat AGA orders met betrekking tot de Obligatielening van [A] van cliënten heeft ontvangen en deze heeft doorgegeven aan [A]. Deze activiteiten zijn door AGA verricht vanaf het moment van ondertekening op 16 maart 2012 van de Overeenkomst, zoals ook volgt uit artikel 2.4 daarvan. Naar aanleiding van het voornemen van de AFM van 29 april 2013 tot het opleggen van een stakingslast, heeft de heer Kruissen in zijn e-mail van 15 mei 2013 laten weten dat AGA in overleg met [A] haar activiteiten gestaakt had (en zou houden totdat er aan de toepasselijke wetgeving wordt voldaan). De AFM stelt de periode dat AGA orders met betrekking tot de Obligatielening van cliënten heeft ontvangen en deze heeft doorgegeven aan [A] dus vast op 16 maart 2012 tot 30 april 2013, nu de overtreding in ieder geval tot die datum doorging.

Samenwerking met [C]

Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat AGA bij de werkzaamheden voor [A] heeft samengewerkt met [C] en dat [C] voor haar werkzaamheden ook facturen aan [A] verzonden heeft. Deze samenwerking doet volgens de AFM niet af aan bovenstaande conclusie; hieronder wordt dit toegelicht.

Van de zijde van AGA is over de samenwerking verklaard dat [C] de werkzaamheden voor [A] uitvoerde vanaf het kantoor van AGA. De heer Kruissen deed voornamelijk het klantenbezoek en [E], als directeur van [C], hield zich meer bezig met de administratieve zaken. AGA heeft geen schriftelijke samenwerkingsovereenkomst met andere partijen dan [A]¹⁶ en (dus) ook niet met [C].

Volgens [E] verrichtten de twee personeelsleden van [C] de activiteiten voor [A] uit hoofde van de Overeenkomst tussen AGA en [A], in het bijzonder artikel 2 daarvan. Daarnaast hielden [H] (compliance) en [K] (marketingondersteuning) zich op zelfstandige basis bezig met werkzaamheden ten behoeve van [A]. [E] verklaarde eveneens dat de werkzaamheden die de medewerkers van [C] voor en in naam van [A] hebben verricht veelal administratief van aard waren: het ging om onder andere agendabeheer en marketing-ondersteunende werkzaamheden, zoals het benaderen van veelal bestaande relaties voor de verkoper buitendienst Kruissen en het meehelpen met de samenstelling van promotioneel materiaal van [A] zoals de brochure en de website. Verder heeft [E] verklaard dat in eerste instantie [C] de helft van de aandelen van AGA zou verwerven, maar dat na het tekenen van de Overeenkomst AGA en [C] hebben besloten om ieder voor eigen rekening aan [A] te factureren. Dit is zo ook doorgegeven aan [A]. Al deze afspraken zijn mondeling overeengekomen. Na de eerste week van januari 2013 heeft [C] wegens slechte economische vooruitzichten haar activiteiten gestaakt en ook de samenwerking met AGA en [A] stop gezet, aldus [E].¹⁷

Tussen de op 2 november 2012 namens [A] aan de AFM verstrekte facturen van betaalde commissie bevinden zich ook facturen van [C], door [E] in een bijlage bij zijn brief van 26 maart 2013 aangevuld met de exemplaren tot en met 2 februari 2013. De AFM beschikt niet over de bankafschriften van [C].

[A] heeft in het gesprek met de AFM op 30 oktober 2012 niet verklaard over een samenwerking met [C]. Dat [A] voor de vervulling van haar doelstellingen niet uitsluitend met AGA samenwerkte kan wel volgen uit de

¹⁶ Zie de verklaring van de heer Kruissen in zijn e-mail van 8 januari 2013 en die van [H] namens AGA in zijn e-mail van 1 februari 2013, zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

¹⁷ Zie de verklaringen van [E] namens [C] in zijn e-mail van 8 januari 2013 en in zijn brief van 26 maart 2013 zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

verklaring van [A] dat zij ook werkzaamheden had uitbesteed, “*onder meer*” aan de heer Kruissen namens AGA. [A] vervolgt dan weer dat AGA beschikte over een eigen lijst met potentiële investeerders en dat de inschrijfformulieren van daadwerkelijk geïnteresseerden aan de heer Kruissen werden gestuurd, die de formulieren weer doorstuurde naar [A].¹⁸

De AFM maakt aldus op dat AGA en [A] mede gebruik hebben gemaakt van de diensten van [C], die voornamelijk administratieve werkzaamheden verrichtte. Daarvoor heeft [C] ook facturen aan [A] gestuurd en waarschijnlijk door [A] uitbetaald gekregen. Voor dit werk en deze uitbetaling bestond geen schriftelijke contractuele basis. Dat, naar [C] stelt, haar activiteiten (deels) zijn verricht uit hoofde van de Overeenkomst tussen AGA en [A] blijkt niet uit de Overeenkomst. Wat hiervan ook zij; de AFM concludeert dat de werkzaamheden van [C] er niet aan afdoen dat de door AGA verrichte werkzaamheden kwalificeren als het orders ontvangen en doorgeven. De werkzaamheden van [C] hebben de activiteiten van AGA mogelijk gefaciliteerd, maar dat doet – gezien de werkzaamheden van AGA – niet af aan het oordeel van de AFM.

Behandeling zienswijze “Niet AGA maar Inhoud beging de feiten”

De heer Kruissen heeft in zijn zienswijze aangevoerd dat niet hij maar Inhoud feitelijk de overtreding beging. AGA is een voortzetting van Global Return en heeft géén medewerkers; AGA heeft een loonpost van slechts 13 duizend euro. Alles is uitgevoerd door medewerkers van Inhoud. Hoe kan AGA orders uitvoeren zonder medewerkers?

De AFM vat dit argument op als te dienen ten betoge dat het element “*ontvangen en doorgeven van orders van cliënten*” uit de definitie van “*verlenen van een beleggingsdienst*” uit artikel 1:1 Wft ten aanzien van AGA niet bewezen kan worden. De AFM volgt dit standpunt van de heer Kruissen niet en zal kort toelichten waarom.

De AFM merkt op dat de heer Kruissen op 8 januari 2013 heeft verklaard dat AGA naast hemzelf als directeur verder geen personeel in dienst heeft (gehad) en dat de activiteiten van AGA feitelijk door medewerkers van Inhoud zijn uitgevoerd. Deze stelling wordt overigens niet door bewijsmiddelen ondersteund. Als evenwel wordt uitgegaan van de juistheid ervan en wordt aangenomen dat AGA behalve bestuurder Kruissen geen medewerkers in officiële dienst had, doet dit niet af aan de zojuist getrokken conclusie van de AFM.

Die conclusie was dat AGA orders met betrekking tot de Obligatielening van cliënten heeft ontvangen en deze heeft doorgegeven aan [A] in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013. Dit heeft de AFM – hier kort herhaald – gebaseerd op de Overeenkomst waarin deze opdracht van [A] aan AGA is vastgelegd en die is ondertekend door de heer Kruissen namens AGA, de verklaringen van partijen waaruit blijkt dat AGA inderdaad orders van cliënten met betrekking tot de Obligatielening aan [A] heeft doorgegeven, en het bewijs dat AGA hiervoor daadwerkelijk provisie heeft ontvangen. Hieruit volgt dat de betreffende werkzaamheden door en ten behoeve van AGA zijn verricht en aan AGA moeten worden toegerekend.

Dat AGA zelf geen medewerkers in dienst heeft genomen en (aldus) voor een deel van de feitelijke uitvoering van werkzaamheden mogelijk toegewezen was op medewerkers die officieel bij Inhoud in dienst waren, is een eigen

¹⁸ Zie het door [A] verbeterde gespreksverslag van 19 november 2014 zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

keuze van AGA. Hoe AGA haar bedrijfsvoering in deze zin inricht acht de AFM vooral een kwestie van organisatorische aard en niet van belang voor de vraag welke rechtspersoon de overtreding beging. Overigens merkt de AFM op dat de opdracht van [A] feitelijk door de heer Kruissen zelf als bestuurder van AGA is uitgevoerd.

Conclusie paragraaf 2.3.1.3

De AFM concludeert dat AGA in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 orders van cliënten met betrekking tot de Obligatielening heeft ontvangen en doorgegeven aan [A].

2.3.1.4. AGA heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf

Uit de in paragraaf 2.1 beschreven toelichting uit de parlementaire geschiedenis bij het element “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” is op te maken dat bij de vraag of daarvan sprake is de volgende aanknopingspunten van belang zijn: (i) de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, (ii) het niet-incidentele karakter van de dienstverlening, (iii) en het ontvangen van een provisie.¹⁹

De bedrijfsomschrijving van AGA in de KvK luidt: “*Het (bemiddelen bij) kopen/verkopen, huren/verhuren, beheer en financiering van roerende en onroerende zaken.*” Volgens de hierboven uitgebreid behandelde verklaringen heeft AGA actief potentiële cliënten benaderd door het afleggen van klantenbezoeken door de heer Kruissen. Inschrijfformulieren van daadwerkelijk geïnteresseerden zijn via de heer Kruissen doorgestuurd aan [A]. Voor haar werk heeft AGA regelmatig facturen aan [A] gestuurd, om uiteindelijk in totaal vanaf 16 maart 2012 tot en met januari 2013 € 202.182,50 aan provisie van [A] te ontvangen. Dat moet volgens de Overeenkomst min of meer het resultaat zijn van 15% van de in totaal door [A] via AGA binnengehaalde investeringen. Van incidentele dienstverlening is dus zeker geen sprake en er is – ruim – provisie ontvangen voor de dienstverlening. Er is dan ook voldaan aan het element dat AGA de orders *in de uitoefening van een beroep of bedrijf* heeft ontvangen en doorgegeven.

Behandeling zienswijze “AGA is geen organisatie van kapitaal en arbeid”

De heer Kruissen heeft in zijn zienswijze aangevoerd dat AGA geen organisatie van kapitaal en arbeid is. De factor ‘arbeid’ zou bij AGA ontbreken. Dit argument vat de AFM op als te zijn bedoeld ter ontkrachting van het element “*in beroep of bedrijf*”. De AFM volgt deze redenering niet. Zoals zojuist betoogd moeten de werkzaamheden van AGA geacht te hebben plaatsgevonden in de uitoefening van een beroep of bedrijf, nu sprake is van niet-incidentele dienstverlening waarvoor ruim provisie is ontvangen. De AFM ziet overigens niet in dat bij AGA geen sprake zou zijn van de factor ‘arbeid’. Immers: zoals zojuist nog eens aan de orde kwam zijn de orders ontvangen en doorgegeven door de heer Kruissen, bestuurder van AGA. Deze zienswijze van de heer Kruissen leidt dus niet tot een andere conclusie.

¹⁹ NvW 4, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 356-357.

2.3.1.5. Conclusie overtreding artikel 2:96, eerste lid, Wft door AGA

Uit het bovenstaande volgt dat AGA in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 in de uitoefening van een beroep of bedrijf orders van cliënten met betrekking tot de Obligatielening, zijnde een financieel instrument, heeft ontvangen en doorgegeven aan [A]. Deze activiteit wordt door artikel 1:1 Wft gekwalificeerd als het verlenen van een beleggingsdienst in de zin van art 2:96 en was dus vergunningplichtig. AGA beschikte niet over een vergunning en viel evenmin onder een uitzondering of vrijstelling. Daarmee heeft AGA in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 artikel 2:96, eerste lid Wft overtreden.

2.3.2. Feitelijk leidinggeven door de heer Kruissen

De AFM is van oordeel dat de heer Kruissen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding door AGA en zal hieronder toelichten hoe zij tot dit oordeel komt.

De in paragraaf 2.1 van dit besluit aangehaalde jurisprudentie leert dat voor de vraag of de heer Kruissen aan de overtreding feitelijk leiding heeft gegeven moet worden bekeken of:

- i) de heer Kruissen op de hoogte was van de verboden gedraging van AGA (het in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013 in de uitoefening van een beroep of bedrijf orders van cliënten met betrekking tot de Obligatielening ontvangen en doorgeven aan [A]) – of van een soortgelijke gedraging, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
- ii) hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- iii) maar hij maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

Aan deze criteria is voldaan, gelet op het volgende:

- i) Uit onderzoeksresultaten blijkt dat de heer Kruissen op de hoogte was van het feit dat AGA de voornoemde gedraging beging, althans dat hij bewust de aanmerkelijke kans op die verboden gedraging heeft aanvaard

De heer Kruissen was, middels Global Return, enig aandeelhouder en bestuurder van AGA vanaf 5 februari 2010 tot op heden. Uit het uittreksel van de KvK blijkt verder dat de heer Kruissen in deze alleen c.q. zelfstandig bevoegd was. Het is op voorhand aannemelijk dat de heer Kruissen in zijn hoedanigheid van alleen en zelfstandig bevoegd middellijk bestuurder van AGA betrokkenheid heeft gehad bij de verboden gedragingen van AGA.

Daarbij komt dat uit de verklaring van de heer Kruissen op 8 januari 2013 blijkt dat hij in de praktijk directeur en enig werknemer bij AGA is geweest en dat hij zelf voornamelijk de klantenbezoeken deed.²⁰ [H] heeft dit in zijn verklaring van 1 februari 2013 bevestigd en het klantbezoek door de heer Kruissen onderscheiden van de meer administratieve werkzaamheden door de heer [E] van [C].²¹ Laatstgenoemde heeft de heer Kruissen in zijn

²⁰ Zie de verklaring van de heer Kruissen van 8 januari 2013, zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

²¹ Zie de verklaring van [H] namens AGA in zijn e-mail van 1 februari 2013, zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

verklaring in dit verband aangeduid als “*verkoper buitendienst*”.²² Met zijn activiteiten heeft de heer Kruissen zelf uitvoering gegeven aan de crux van het aan AGA verweten “*orders ontvangen en doorgeven*”.

Tot slot blijkt ook uit de inhoud van de Overeenkomst dat de heer Kruissen op de hoogte was van de (verboden) gedraging van AGA. In de considerans is overwogen dat de heer Kruissen met [A] in gesprek is geraakt over de samenwerking die uiteindelijk in de Overeenkomst is neergelegd en in de praktijk heeft plaatsgevonden. De Overeenkomst is door de heer Kruissen namens AGA als opdrachtnemer ondertekend. Met de zojuist genoemde klantenbezoeken en het daarna doorgeven van inschrijvingen voor de Obligatielening heeft de heer Kruissen in de praktijk zelf de belangrijkste onderdelen van de in artikel 2 van de Overeenkomst neergelegde opdracht (onder 2.1, 2.2 en 2.3)²³ vervuld.

Uit deze feiten en omstandigheden blijkt niet alleen dat de heer Kruissen op de hoogte was van de verboden gedraging van AGA, maar sterker dat hij deze verboden gedraging in de kern zelf verrichtte.

Behandeling zienswijze: geen wetenschap vergunningsplicht

De AFM besteedt hier graag aandacht aan de door de heer Kruissen gegeven zienswijze met betrekking tot het feitelijk leidinggeven, voor zover deze erop neerkomt dat hij niet kon weten dat AGA vergunningplichtig was in de zin van artikel 2:96 Wft en dat hij thans nog steeds van mening is dat AGA niet vergunningplichtig was.

De AFM stelt voorop dat bij de beantwoording van de vraag of de heer Kruissen als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken, zijn (voorwaardelijk) opzet slechts gericht hoeft te zijn op de feitelijke gedragingen (kleurloos opzet) en niet ook op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).²⁴ De vraag of de heer Kruissen wist dat met de gedragingen van AGA, waarvan zojuist is vastgesteld dat hij daarvan niet alleen op de hoogte was maar deze zelf bewust verrichtte, de wet werd overtreden is hier dus niet relevant.

Ten overvloede merkt de AFM evenwel op dat uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de heer Kruissen zeer goed wist dat sprake was van een (vermoedelijke) overtreding van artikel 2:96 van de Wft door AGA. Uit informatie inzake Global Return²⁵ blijkt dat de heer Kruissen, voordat deze onderneming van hem voor overtreding van ditzelfde artikel in 2013 werd beboet, reeds in februari 2012 via een informatieverzoek van de AFM is gewezen op een mogelijke overtreding door Global Return van artikel 2:96 Wft. Los van het gegeven dat de heer Kruissen geacht mag worden zelf al bekend te zijn met de norm, is hij op het bestaan van de norm dus nog eens gewezen. Toch is hij daarna op 16 maart 2012 begonnen met het verlenen van beleggingsdiensten via AGA zonder de ingevolge artikel 2:96 Wft vereiste vergunning. Zelfs de brief van de AFM van 19 december 2012, waarin nu ook AGA op een mogelijke overtreding van artikel 2:96 Wft is gewezen, heeft de heer Kruissen de activiteiten in strijd met de wet niet doen staken. Pas na het voornemen van de AFM van 29 april 2013 tot het opleggen van een stakingslast heeft de heer Kruissen voor AGA haar activiteiten gestaakt.

²² Zie de verklaring van [E] namens [C] van 26 maart 2013, zoals weergegeven in paragraaf 1.4.4.

²³ Zie de tekst van de Overeenkomst in paragraaf 1.4.4.

²⁴ Zoals nog eens bevestigd door de Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326.

²⁵ Zoals – voor zover in het kader van dit besluit relevant – weergegeven in paragrafen 1.1 en 1.2.

De heer Kruissen was zich aldus bewust, niet alleen van de feitelijke gedragingen van AGA (die hij zelf verrichtte), maar daarenboven van de overtreding van artikel 2:96 Wft die deze gedragingen – in ieder geval naar de mening van de AFM – opleverden.

- ii) Uit onderzoeksresultaten blijkt dat de heer Kruissen bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedragingen door AGA te voorkomen en/of beëindigen

Gezien de positie van de heer Kruissen als middellijk bestuurder van AGA acht de AFM hem bevoegd geweest de gedragingen te voorkomen of beëindigen. Nu hij eveneens zelf de bewuste gedragingen verrichtte lag het reeds daarom in zijn macht deze te voorkomen of beëindigen. De gehoudenheid in te grijpen volgt enerzijds uit deze positie van de heer Kruissen en anderzijds uit zijn hierboven onder i) beschreven wetenschap.

- iii) Uit onderzoeksresultaat blijkt niet dat de heer Kruissen maatregelen heeft genomen om de overtreding te voorkomen dan wel beëindigen.

De heer Kruissen heeft geen maatregelen genomen ter voorkoming van de gedragingen van AGA. Sterker nog heeft de heer Kruissen, als aangegeven in zijn zienswijze, de activiteiten van AGA zelf gestart en beoogd voort te zetten in weerwil van de aanmaningen van de AFM, in ieder geval totdat de rechter inzake Global Return een uitspraak zou hebben gedaan waaruit zou blijken dat hij hiermee de wet werd overtrad.

Conclusie feitelijk leidinggeven

Uit het voorgaande volgt dat de heer Kruissen is aan te merken als feitelijk leidinggever aan de overtreding van artikel 2:96, eerste lid, Wft door AGA gedurende de periode 16 maart 2012 tot 30 april 2013.

Overige opmerkingen

De AFM komt graag nog separaat terug op twee aspecten die hierboven reeds kort de revue passeerden.

Behandeling zienswijze: onnodige beëindiging contracten

Zoals zojuist onder iii) aangestipt is namens de heer Kruissen naar voren gebracht dat AGA haar werkzaamheden heeft gestart en vervolgens niet heeft gestaakt, nu de heer Kruissen de uitkomst van het beroep in de zaak Global Return heeft willen afwachten alvorens te concluderen dat daadwerkelijk een vergunning is vereist. Ter gelegenheid van de mondelinge zienswijze is hieraan namens de heer Kruissen nog toegevoegd dat hij, zolang hij niet zeker was dat hij in overtreding was, met de activiteiten van AGA willen doorgaan omdat hij anders misschien onnodig contracten had moeten beëindigen, terwijl de ondernemingen (de AFM maakt op: zowel AGA als Global Return) wel zijn primaire bron van inkomsten waren.

De AFM ziet ook dat enerzijds de heer Kruissen een (groot) financieel belang bij voortzetting van de onderneming had en dat anderzijds een door de AFM geconstateerde wetsovertreding en daarvoor opgelegde boete nog niet definitief is totdat zij onherroepelijk vaststaat. Het is evenwel niet aan een marktdeelnemer om zijn belang bij

voortzetting van een door de AFM geconstateerde wetsovertreding te laten prevaleren boven dat van de AFM en de markt bij staking daarvan, totdat de hoogste rechter een uitspraak over de zaak gedaan heeft. Het is de verantwoordelijkheid van een marktdeelnemer om te allen tijde binnen de grenzen van de relevante wetgeving te handelen. (Groot) financieel belang doet niet af aan die verantwoordelijkheid. De AFM stelt vast dat AGA en de heer Kruissen met het starten en niet staken van de werkzaamheden een risico hebben genomen, en dat dat risico – gezien de eigen verantwoordelijkheid om binnen de grenzen van de relevante wetgeving te handelen – voor hun rekening dient te blijven.

Verwijtbaarheid en recidive van de heer Kruissen

Een tweede punt van extra aandacht is de verwijtbaarheid en recidive van de heer Kruissen.

Zoals door de heer Kruissen nota bene in zijn eigen zienswijze nog eens naar voren gebracht is de overtreding en beboeting van AGA een herhaling ten opzichte van de aan Inhout en Global Return opgelegde boetes voor overtreding van artikel 2:96 Wft. Dat levert geen schending op van het *ne bis in idem*-beginsel; het gaat immers om – wederom – een nieuwe gedraging door een nieuwe rechtspersoon. Gemeenschappelijke deler van deze ondernemingen is dat zij de heer Kruissen als bestuurder hebben. Te zijnen aanzien is dus wel degelijk sprake van herhaling, zij het niet in de zin van *ne bis in idem* maar eerder van recidive. Deze recidive is wellicht niet officieel, nu de AFM de heer Kruissen niet eerder heeft beboet voor zijn rol als leidinggever bij de overtredingen van Inhout en Global Return. Gebleken is evenwel dat de heer Kruissen zich door niets laat weerhouden in het steeds opnieuw overtreden van de(zelfde) wet.

De AFM acht het van het grootste belang dat de heer Kruissen naast AGA ook persoonlijk wordt aangesproken op zijn gedrag. In dit geval is bij uitstek aparte beboeting van de leidinggever op zijn plaats. De aan AGA verweten gedragingen heeft de heer Kruissen feitelijk zelf en met vol opzet bewerkstelligd, terwijl hij wist of op zijn minst de aanmerkelijke kans aanvaardde dat, zoals door de AFM aangegeven, hiermee – wederom – de wet werd overtreden.

2.3.3. Reactie op resterende aspecten zienswijze AGA en de heer Kruissen

In de vorige paragraaf is ingegaan op de zienswijze van de heer Kruissen voor zover deze betrekking heeft op het feitelijk leidinggeven zelf. In paragraaf 3.1.1 zal de zienswijze omtrent de hoogte van de boete worden behandeld. De resterende in de zienswijze namens de heer Kruissen geopperde punten komen in deze paragraaf aan de orde.

- Behandeling zienswijze “De heer Kruissen heeft vertrouwen ontleend aan afzien AFM opleggen stakingslast”
De heer Kruissen voert – kort gezegd – aan dat hij aan het feit dat de AFM geen gevolg meer gaf aan haar voornemen tot het opleggen van een stakingslast, het vertrouwen heeft ontleend dat geen boete meer zou worden opgelegd. De AFM merkt op dat de reden om geen stakingslast meer aan AGA op te leggen lag in het feit dat AGA in reactie op het voornemen haar gedragingen in strijd met artikel 2:96 Wft gestaakt had. Dat gegeven staat op geen enkele manier in de weg aan de oplegging van een boete voor overtreding van artikel 2:96 Wft en voor het feitelijk leidinggeven daaraan.

- Behandeling zienswijze “Uitstel van boeteoplegging totdat er duidelijkheid is in de zaak Global Return”
Afgezien van het feit dat de AFM geen aanleiding zag om de boeteoplegging aan AGA op te schorten in afwachting van een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Global Return, heeft de rechtbank op 16 februari 2015 in die procedure uitspraak gedaan waarbij het beroep van Global Return ongegrond is verklaard.

3. Besluit

3.1. Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan de heer Kruissen een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leiding geven aan de overtreding door AGA van artikel 2:96, eerste lid, Wft in de periode van 16 maart 2012 tot 30 april 2013.

3.1.1. Hoogte van de boete

Wettelijk systeem: basisbedrag van € 2.000.000

Op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) valt (feitelijk leidinggeven aan een) overtreding van artikel 2:96, eerste lid Wft in de derde categorie en geldt daarvoor aldus een basisbedrag van € 2.000.000.

Ernst en duur van de overtreding

Dit basisbedrag kan worden verlaagd dan wel verhoogd met ten hoogste 50% indien de ernst of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.²⁶

Hoewel de heer Kruissen gedurende een relatief lange tijd, namelijk in de periode van 16 maart 2012 tot in ieder geval 30 april 2013, feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding door AGA van artikel 2:96, eerste lid Wft, ziet de AFM hierin geen aanleiding de boete aan de heer Kruissen te verhogen. Gelet op de periode van overtreding is er zeker geen aanleiding voor een verlaging van het basisbedrag.

Verwijtbaarheid overtreder

De AFM kan daarnaast basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.²⁷

De AFM merkt op dat de heer Kruissen ook op de hoogte moet zijn geweest van de norm uit artikel 2:96 Wft. De andere ondernemingen van de heer Kruissen: Global Return en Inhout, die op 19 mei 2013 door de AFM voor overtreding van dit artikel zijn beboet, zijn immers reeds in februari 2012 door de AFM aangesproken in verband met een mogelijke overtreding van dit artikel. Desondanks is de heer Kruissen, dit keer via AGA, in maart 2012 weer begonnen met het verlenen van beleggingsdiensten, zonder de volgens artikel 2:96 Wft daarvoor vereiste

²⁶ Dit volgt uit artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

²⁷ Dit volgt uit artikel 2, derde lid, Bbbfs.

vergunning. Toen de AFM in december 2012 vervolgens ook AGA wees op het vermoeden dat artikel 2:96 Wft werd overtreden, heeft AGA daarop evenmin haar werkwijze aangepast of een benodigde vergunning aangevraagd. Pas toen AGA in april 2013 van de AFM een voornemen tot het opleggen van een stakingslast ontving, heeft zij haar activiteiten in strijd met de wet gestaakt.

Ondanks de verantwoordelijkheid om in overeenstemming met de wet te handelen, en ondanks verschillende signalen dat vennootschappen van de heer Kruissen in strijd met de vergunningplicht handelden, heeft de heer Kruissen keer op keer aan financieel gewin de voorrang gegeven. In die situatie is geen sprake van ‘gemiddelde’ verwijtbaarheid. Hierin ziet de AFM reden de boete op grond van verhoogde verwijtbaarheid met 25% te verhogen. Daarmee komt dit bedrag op € 2.500.000.

Draagkracht en evenredigheid

De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de draagkracht van de overtreder.²⁸

In het boetevoornemen van 23 oktober 2014 heeft de AFM het volgende opgenomen over de draagkracht:

*“Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de AFM voorts rekening met uw draagkracht. Daartoe verzoekt de AFM u om vóór **11 november 2014** de bijgevoegde vragenlijst, voor zover relevant, volledig ingevuld en voorzien van de nodige bijlagen terug te sturen.*

LET OP: *De AFM kan alleen rekening houden met uw draagkracht, als u de informatie verstrekt die daarvoor nodig is. Het is van belang dat u nu alle benodigde informatie verstrekt voor de vaststelling van uw financiële positie. De AFM vraagt namelijk alleen in deze fase van het proces om uw financiële informatie. Het is van belang dat de informatie volledig is, omdat de AFM alleen met een volledig beeld van uw financiële situatie rekening kan houden bij het bepalen van een boetehoogte.”*

Omdat de AFM geen financiële informatie had ontvangen, is tijdens de zienswijzezitting nogmaals benadrukt dat de AFM alleen rekening kan houden met de draagkracht als de heer Kruissen de toegestuurde vragenlijst en de daarin genoemde documenten verstrekt. De op dat moment door de AFM gegeven termijn tot 28 november 2014 is op 4 december 2014 telefonisch verlengd tot 19 december 2014. Uiteindelijk heeft de AFM op 29 december 2014 van de gemachtigde van de heer Kruissen een brief ontvangen met een verzoek om vermindering van de boete wegens beperkte draagkracht. Daarbij is niet de verzochte vragenlijst verstrekt, en slechts een (zeer) beperkt deel van de in die vragenlijst genoemde documenten. De AFM ontving slechts een fiscaal rapport 2012 voor respectievelijk de heer P. Kruissen en [L], de jaarrekening 2013 van AGA en Global Return en een negatieve beschikking van de fiscus inzake een verzoek van Global Return om kwijtschelding van belastingschulden. Afgezien van het feit dat daarmee niet is voldaan aan het herhaalde verzoek van de AFM om het vragenformulier en de daarin genoemde documenten te verstrekken, is bij de wel verstrekte documenten geen bewijs gevoegd waaruit blijkt dat voor de heer P. Kruissen en [L] bij de belastingdienst aangifte is gedaan conform de betreffende fiscale rapporten.

²⁸ Volgens artikel 5:46 van Algemene wet bestuursrecht (Awb) en artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 30 van 36

Met het weigerachtig zijn in het verstrekken van de vragenlijst en de daarin genoemde informatie beperkt de heer Kruissen de mogelijkheden van de AFM om te boete naar beneden bij te stellen op basis van beperkte draagkracht. De AFM ziet aanleiding om de boete vast te stellen op € 200.000, gezien het beeld dat naar voren komt uit de wel beschikbare informatie. De AFM licht dit als volgt toe.

De AFM heeft tijdens haar onderzoek geconstateerd dat AGA over de periode van 16 maart 2012 tot en met 2 januari 2013 in totaal € 202.182,50 heeft ontvangen voor haar illegale activiteiten, terwijl de overtreding in ieder geval voortduurde tot 30 april 2013.²⁹

Uit de (beperkte) financiële informatie die door de heer Kruissen is verstrekt, ontstaat een beeld waarin ondernemingen die alle worden bestuurd door de heer Kruissen³⁰ (als enig bestuurder), onderling rekening-courantverhoudingen aangaan, die vervolgens worden afgewaardeerd. Uiteindelijk komt het geld bij de heer Kruissen terecht, doordat Global Return een rekening-courant met de directie (de heer Kruissen) van € 272.468 afwaardeert.³¹

De betalingen waaruit het beeld naar voren komt zijn de volgende. In de jaarrekening 2013 van Global Return is opgenomen dat er eind 2013 een kortlopende schuld bestond van € 237.559 aan “rekening-courant groepsmaatschappijen”. Volgens de nadere specificatie van de kortlopende schulden gaat het hier onder meer om schulden van Global Return aan groepsmaatschappijen Inhout (€ 155.858), [M]³² (€ 33.670) en AGA International B.V. (€ 47.881)³³. Blijkens de jaarrekening 2013 van AGA is de vordering op Global Return afgewaardeerd naar € 1. Ook tussen de groepsmaatschappijen van de heer Kruissen worden rekening-courantverhoudingen aangegaan, die vervolgens worden afgeboekt. Zo blijkt uit de jaarrekening 2013 van AGA van een vordering op Inhout met een nominale waarde van € 113.024, die in 2013 wordt afgewaardeerd naar € 1.

Hoewel deze informatie geen volledig beeld geeft, is uit de jaarrekening 2013 van Global Return wel duidelijk dat de heer Kruissen uiteindelijk € 272.469 ontvangt. De jaarrekening laat zien dat Global Return een vordering op de “rekening-courant directie” van € 276.113 eind 2012, in 2013 heeft teruggebracht tot € 1. De nadere specificatie van de vorderingen maakt duidelijk dat het hier gaat om de “rekening-courant P. Kruissen”, dat over deze rekening-courantverhouding 4% rente is berekend en de nominale waarde van de vordering € 272.469 is. In de jaarrekening 2013 van Global Return is voorts te traceren dat de vordering op de directie ten laste van het resultaat 2013 is geboekt, met de omschrijving “Afwaaarding vordering P. Kruissen” voor een bedrag van € 272.468

²⁹ Uit de jaarrekening 2013 van AGA maakt de AFM op dat AGA over die twee jaren een netto-omzet had van in totaal € 304.058. Uit de verstrekte informatie kan de AFM niet opmaken welk deel van de omzet is toe te schrijven aan de illegale activiteiten (en welke kosten zijn toe te schrijven aan die activiteiten).

³⁰ De heer Kruissen is direct of indirect bestuurder van deze vennootschappen.

³¹ Omdat de heer Kruissen zijn aangifte inkomstenbelasting 2013 niet verstrekt, blijkt niet of hij over deze inkomsten loonbelasting heeft betaald.

³² [M] is ingeschreven in het handelsregister van de KvK onder nummer [REDACTED]. De bedrijfsomschrijving luidt: “[REDACTED]”

[REDACTED] De heer Kruissen is sinds 2 juni 2008 enig bestuurder van [M].

³³ Opmerkelijk is overigens dat uit de jaarrekening 2013 van AGA blijkt dat zij haar vordering van € 45.779 op Global Return eind 2013 heeft afgewaardeerd, terwijl Global Return zelf deze post in haar jaarrekening 2013 nog wel als schuld opvoert. Omdat de heer Kruissen in 2013 enig bestuurder was van Global Return, en indirect enig bestuurder van AGA, kon er bij Global Return geen twijfel over bestaan dat de vordering bij AGA was afgewaardeerd, en dus ook niet meer bij Global Return het resultaat negatief kon beïnvloeden.

(zijnde het resultaat van de nominale vordering € 272.469 minus de resterende € 1). Global Return heeft aldus € 272.469 aan de heer Kruissen overgemaakt en deze schuld vervolgens – op 1 euro na – afgeboekt.

Enerzijds ontvangt AGA derhalve ten minste € 202.182,50 voor de illegale activiteiten, terwijl in de structuur van vennootschappen die door de heer Kruissen worden bestuurd, herhaaldelijk sprake is van het onderling aangaan van rekening-courantverhoudingen, die vervolgens worden afgewaardeerd. Doordat ook sprake is van een rekening-courantverhouding tussen Global Return en haar directie (namelijk de heer Kruissen), ontvangt de heer Kruissen in 2013 in privé € 272.469. In deze situatie ziet de AFM aanleiding om de boete voor de heer Kruissen bij te stellen tot een bedrag niet lager dan de opbrengsten van AGA uit de illegale werkzaamheden, afgerond € 200.000. Waar de heer Kruissen blijkens de door hem verstrekte fiscale rapporten 2012 niet in staat zou zijn om een dergelijke boete te voldoen, moet daarnaast worden geconstateerd dat de hierboven genoemde zeer substantiële inkomsten in deze rapporten niet zijn verdisconteerd. Dit geldt nog afgezien van de vraag of er daadwerkelijk over 2012 aangifte is gedaan conform de verstrekte fiscale rapporten. De heer Kruissen heeft bovendien nagelaten om de toegestuurde vragenlijst in te vullen en de daarin genoemde documenten te verstrekken. Al met al kunnen de aangevoerde draagkrachtgegevens wat de AFM betreft slechts leiden tot een matiging van het boetebedrag tot de genoemde € 200.000.

Overigens merkt de AFM op dat het eventuele gevaar van een dubbele straf door volle beboeting van zowel de rechtspersoon als de leidinggever, in casu niet aan de orde is. De aan AGA opgelegde boete is juist gematigd tot € 10.000 wegens geringe draagkracht. Daarbij komt dat het bedrag van € 272.469 dat aan de heer Kruissen ten goede is gekomen en door hem nooit aan Global Return is terugbetaald, eraan bijdraagt dat AGA nauwelijks nog liquide is. De uitkomst acht de AFM bovendien materieel bezien redelijk. Hoewel AGA als rechtspersoon geadresseerde van de norm uit artikel 2:96, eerste lid Wft is, is het primair de heer Kruissen die met verschillende vennootschappen steeds artikel 2:96 Wft overtreedt en dus ook van de overtreding door AGA weer een bijzonder verwijt te maken valt.

3.1.2. Betaling van de boete

Het bedrag van € 200.000 dient te worden overgemaakt op bankrekening [REDACTED] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [REDACTED]. De heer Kruissen ontvangt geen afzonderlijke factuur voor de betaling van dit bedrag.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.³⁴ Als de heer Kruissen bezwaar maakt tegen dit besluit, wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als de heer Kruissen na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.³⁵ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, is de heer Kruissen wel de wettelijke rente verschuldigd.³⁶

³⁴ Dit volgt uit artikel 4:87, eerste lid en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Awb.

³⁵ Dit volgt uit artikel 1:85, eerste lid, Wft.

³⁶ Dit volgt uit artikel 1:85, tweede lid, Wft.

3.2. Besluit tot openbaarmaking van de boete

3.2.1. Inleiding

Omdat de AFM aan de heer Kruissen een boete oplegt voor feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 2:96, eerste lid, Wft, moet de AFM het boetebesluit op grond van artikel 1:97 Wft na bekendmaking openbaar maken³⁷, niet eerder dan vijf werkdagen nadat dit aan de heer Kruissen is toegestuurd.³⁸ Verder moet de AFM, indien van toepassing, zo spoedig mogelijk de indiening van een bezwaar of beroep door de heer Kruissen tegen de bestuurlijke boete alsmede de uitkomst(en) daarvan bekend maken.³⁹

3.2.2. Mogelijk anonieme publicatie

De wetgever heeft het openbaar maken van bestuurlijke boetes verplicht om deelnemers op de financiële markten te informeren en te waarschuwen. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁴⁰ Met de publicatieverplichtingen als opgenomen in art. 1:97 Wft wordt zo spoedig mogelijk inzicht verschaft in de actuele stand van de boeteprocedure. Onder bepaalde omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft anoniem plaats te vinden. Dit is het geval indien voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking:

- voor zover de boete wordt opgelegd aan een natuurlijk persoon, bekendmaking van persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn;
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
- een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd; of
- de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

De AFM ziet geen reden om de openbaarmaking in anonieme vorm plaats te laten vinden. Er is geen sprake van één van de bovengenoemde omstandigheden die aan volledige openbaarmaking in de weg staat. Van volledige openbaarmaking kan daarom niet worden afgezien. Dit wordt als volgt toegelicht.

Het besluit om over te gaan tot volledige openbaarmaking van het boetebesluit en, voor zover van toepassing, van het feit dat bezwaar is ingesteld, is getoetst aan de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat de bekendmaking van de gegevens als opgenomen in het boetebesluit onevenredig zou zijn, of dat aan de heer Kruissen of eventuele andere betrokken partijen door niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend.

Voor zover sprake is van schade door de openbaarmaking van de aan de heer Kruissen opgelegde boete, valt deze schade veeleer toe te schrijven aan de overtreding van de norm door de heer Kruissen, dan aan het geven van bekendheid aan de voor de overtreding opgelegde sanctie. Daarbij is het in het bijzonder van belang dat de markt

³⁷ Dit volgt uit artikel 1:97, eerste lid onder b Wft.

³⁸ Dit volgt uit artikel 1:97, tweede lid Wft.

³⁹ Dit volgt uit artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

⁴⁰ Vergelijk PG 29708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

wordt gewaarschuwd tegen de heer Kruissen. De AFM concludeert dat hij een marktspeler is die er niet voor terugdeinst in weerwil van wet- en regelgeving zijn praktijken op te bouwen en voort te zetten. Met een geanonimiseerde publicatie zou aan dit belang van waarschuwing van de markt worden voorbijgegaan. Aldus acht de AFM een niet-anonieme publicatie van de boete in het geval van de heer Kruissen niet onevenredig. Daarbij zij nog opgemerkt dat de heer Kruissen, ondanks de daartoe door de AFM tijdens de zienswijze nadrukkelijk geboden nadere mogelijkheid, geen zienswijze heeft gegeven over de voorgenomen (wijze van) publicatie.

Evenmin heeft de AFM kunnen vaststellen dat bij niet-anonieme openbaarmaking een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

3.2.3. Wijze van publicatie

De AFM publiceert de boete door de volledige tekst van het boetebesluit (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te plaatsen, onder begeleiding van onderstaand persbericht. Van het persbericht wordt een Engelse vertaling opgenomen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst⁴¹ en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁴² en een news-alert⁴³. Bij het persbericht zal een hyperlink worden opgenomen naar een eventuele uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl. De AFM kan daarnaast het besluit publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke en/of regionale dagbladen.

De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht en/of de advertentie opgenomen:

“Boete voor de heer Kruissen voor feitelijk leidinggeven aan overtreding AGA International

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 4 maart 2015 een bestuurlijke boete opgelegd van € 200.000 aan de heer P. Kruissen, woonachtig te Bemmelen, voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van AGA International B.V. (AGA). AGA heeft onder leiding van de heer Kruissen beleggingsdiensten verleend zonder te beschikken over een vergunning van de AFM en daarmee in strijd gehandeld met artikel 2:96, eerste lid, Wft.

Overtreding AGA

AGA heeft vanaf 16 maart 2012 samengewerkt met een obligatie-aanbieder, die consumenten aanbod te beleggen in obligatieleningen. Het ingelegde geld was bedoeld om in horecabedrijven en evenementen te investeren. AGA trok in opdracht van deze obligatie-aanbieder geïnteresseerde consumenten aan en gaf orders van daadwerkelijke investeerders aan haar door.

AGA heeft voor deze activiteiten, die zij tot 30 april 2013 verricht heeft, ruim € 200.000 aan provisie van de obligatie-aanbieder ontvangen. Het ontvangen en doorgeven van orders van beleggers in obligatieleningen is het verlenen van een beleggingsdienst. Daarvoor is een vergunning van de AFM verplicht en die had AGA niet.

⁴¹ Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

⁴² Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁴³ Persbureaus en andere instellingen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via zogenaamde ‘news-alerts’.

Het is belangrijk dat beleggingsondernemingen beschikken over een vergunning van de AFM. Een vergunning biedt extra bescherming aan consumenten. Voordat de AFM een vergunning verleent, toetst zij onder meer of de beleggingsonderneming voldoet aan de eisen van betrouwbaarheid, deskundigheid en integriteit. Bovendien moet een beleggingsonderneming met een vergunning zich houden aan de zogenoemde doorlopende gedragsregels. Deze gaan onder meer over de zorgvuldige dienstverlening aan consumenten.

Feitelijk leidinggeven door de heer Kruissen

De heer Kruissen was in de praktijk directeur en enig werknemer van AGA. Hij wierf via klantbezoeken consumenten die mogelijk wilden investeren in de obligatielening. Hij gaf vervolgens namens AGA de orders van daadwerkelijk geïnteresseerden door aan de obligatie-aanbieder.

Dit is niet de eerste keer dat een onderneming van de heer Kruissen de Wft overtreedt. Hij gaf ook leiding aan Global Return en Inhout Sales & More. Deze twee ondernemingen zijn reeds in februari 2012 door de AFM aangesproken op een mogelijke overtreding van eveneens artikel 2:96, eerste lid, Wft, omdat ze ook zonder verplichte vergunning opereerden. De AFM heeft beide bedrijven beboet op 19 mei 2013. De heer Kruissen begaat met zijn ondernemingen steeds opnieuw dezelfde overtreding. Dit maakt het leiding geven aan de overtreding van AGA extra verwijtbaar.

Boetehoogte

De overtreding van AGA, het verlenen van beleggingsdiensten zonder dat de AFM daarvoor een vergunning heeft verleend, wordt als een zware overtreding aangemerkt. Daarvoor geldt als basis een boetebedrag van € 2 miljoen. Dit bedrag kan worden verhoogd of verlaagd als de ernst en/of duur van de overtreding of de mate van verwijtbaarheid van de overtreder daartoe aanleiding geven. In het geval van de heer Kruissen ziet de AFM aanleiding het boetebedrag op te hogen met 25 procent op grond van een verhoogde mate van verwijtbaarheid.

Daarnaast moet de AFM bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening houden met de draagkracht van de overtreder. De heer Kruissen heeft de AFM geen volledig inzicht gegeven in zijn financiële situatie. Wel is duidelijk dat de opbrengsten voor AGA uit de overtreding ruim € 200.000 zijn, en dat die gelden niet meer in AGA aanwezig zijn. Tegelijkertijd blijkt dat, door betalingen tussen vennootschappen van de heer Kruissen, er een bedrag van € 272.468 aan de heer Kruissen ten goede is gekomen. De AFM vindt het daarom passend dat de heer Kruissen een boete krijgt die op zijn minst gelijk is aan het voordeel dat hij in AGA heeft behaald met zijn werkwijze. De AFM heeft de boete op € 200.000 vastgesteld.

Het besluit van de AFM kan door belanghebbende(n) ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

Het volledige besluit kunt u hiernaast downloaden in PDF-formaat. Bij vragen of klachten kunt u contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0800-5400 540 (gratis).

De AFM bevordert eerlijke en transparante financiële markten. Wij zijn de onafhankelijke gedragstoezichthouder op de markten van sparen, lenen, beleggen en verzekeren. De AFM bevordert zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten en ziet toe op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten. Ons streven is het vertrouwen van consumenten en bedrijven in de financiële markten te versterken, ook internationaal. Op deze manier draagt de AFM bij aan de welvaart en de economische reputatie van Nederland.”

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 35 van 36

Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.

Bij het persbericht op de website wordt onderstaande tabel geplaatst, met de datum van het boetebesluit. Als u bezwaar maakt tegen het boetebesluit, zal de AFM dat bekend maken door in de tabel ook de datum op te nemen waarop het bezwaarschrift is ontvangen.

Stand van zaken						
Boete is opgelegd	Bezwaar		Beroep		Hoger Beroep	
	Ingesteld	Beslissing genomen	Ingesteld	Uitspraak gedaan	Ingesteld	Uitspraak gedaan
[datum]	[datum]					

De bijlage bij dit besluit bevat de volledige tekst van het besluit dat op de website van de AFM openbaar zal worden gemaakt, geschoond van vertrouwelijke informatie. Mocht u van mening zijn dat er desondanks vertrouwelijke tekst in staat die geschoond zou moeten worden, dan verneemt de AFM dat graag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen 3 werkdagen na bekendmaking van dit besluit.

Publicatie vindt niet eerder plaats dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot boeteoplegging aan de heer Kruissen bekend is gemaakt. De publicatie wordt opgeschort als de heer Kruissen verzoekt om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 Awb. Publicatie wordt dan in elk geval opgeschort, totdat de voorzieningenrechter een uitspraak heeft gedaan.⁴⁴

Als de heer Kruissen om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt de AFM dit per e-mail ([REDACTED]) aan haar door te geven en het verzoek om voorlopige voorziening per fax toe te sturen (faxnummer [REDACTED]). Als de heer Kruissen niet overgaat tot het vragen van een voorlopige voorziening, zal de AFM de boete openbaar maken op de wijze als hiervoor toegelicht.

3.2.4. Nadere publicatiemomenten

Als de heer Kruissen tegen een eventuele boete rechtsmiddelen aanwendt, is de AFM op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft verplicht om zo spoedig mogelijk inzicht te geven in de actuele stand van die procedure. De AFM dient de uitkomst van een bezwaarprocedure bekend te maken, alsmede dat (hoger) beroep is ingesteld en de uitkomst daarvan. Onverminderd deze publicatie, dient de AFM op grond van artikel 1:98 Wft de eventuele boete ook openbaar te maken, nadat deze definitief is geworden (nadat bezwaar of beroep niet langer openstaat). Deze brief ziet niet op deze latere publicaties op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft en artikel 1:98 Wft. In een later stadium zult u over nadere publicaties worden geïnformeerd.

⁴⁴ Dit volgt uit artikel 1:97 lid 3 Wft.

Datum 12 maart 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 36 van 36

4. Hoe kunt u bezwaar maken?

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, [REDACTED] Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per fax (faxnummer [REDACTED]), per e-mail (e-mailadres [REDACTED]) of met het bezwaarformulier op de website van de AFM ([REDACTED]) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht. Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen dan de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Plaatsvervangend boetefunctionaris

[was getekend]
Assistent boetefunctionaris