

Openbare versie

Van Iersel Luchtman Advocaten

mr. S.C.H.M. Leijten

XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX

Datum	
Ons kenmerk	
Pagina	1 van 34
Telefoon	XXXXXXXXXXXX
E-mail	XXXXXXXXXXXX
Betreft	Beslissing op bezwaar N. van Boort

Geachte heer Leijten,

Bij besluit van 21 december 2016 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan de heer N. van Boort (**de heer Van Boort**) als bestuurder van Infare UK Ltd. (**Infare UK**) een last onder dwangsom met kenmerk [REDACTED] (**Last**) opgelegd met als doel dat de heer Van Boort bepaalde informatie aan de AFM verstrekt. Tegen de Last heeft de heer Van Boort bezwaar gemaakt. Bij besluit van 31 mei 2017 met kenmerk [REDACTED] heeft de AFM beslist omtrent de invordering van de dwangsom en de verbeurde dwangsom ingevorderd (**Invorderingsbeschikking**). Ingevolge artikel 5:39, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) richt het bezwaar zich eveneens tegen de Invorderingsbeschikking.

De AFM heeft besloten de Last en de Invorderingsbeschikking in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

I. Procedure

1. De AFM heeft aan de heer Van Boort een last onder dwangsom opgelegd als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) omdat de heer Van Boort geen gevolg heeft gegeven aan het informatieverzoek van de AFM van 13 september 2016. De Last houdt in dat de heer Van Boort binnen tien werkdagen na dagtekening (**Begunstigingstermijn**) van de Last alsnog volledig voldoet aan het informatieverzoek van de AFM. In de Last is bepaald dat, als de heer Van Boort niet binnen de Begunstigingstermijn aan de last voldoet, een dwangsom wordt verbeurd. Deze dwangsom bedraagt € 5.000,- (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of gedeelte daarvan dat de heer Van Boort een of meer

van de gevraagde gegevens niet heeft verstrekt, tot een maximum van € 50.000,- (zegge: vijftigduizend euro). De AFM heeft bij de Last tevens op grond van de artikelen 1:97, vierde lid en 1:98, eerste lid, Wft besloten tot niet geanonimiseerde publicatie van de Last bij verbeurte van de dwangsom.

2. Bij e-mail van 27 december 2016 heeft de heer Van Boort pro forma bezwaar gemaakt tegen de Last en verzocht om een nadere termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar.
3. Bij fax van 28 december 2016 heeft de heer Van Boort een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening (**Verzoek**) bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (**Voorzieningenrechter**) ingediend, inhoudende schorsing van zowel de Last als de openbaarmaking van de Last.
4. Bij e-mail van 29 december 2016 heeft de AFM de Begunstigingstermijn van de Last tot en met vijf werkdagen na de uitspraak van de Voorzieningenrechter verlengd en de publicatie met eenzelfde termijn opgeschort.
5. Bij brief van 2 januari 2017 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar verlengd tot vier weken na de uitspraak van de Voorzieningenrechter.
6. Bij fax van 4 januari 2017 heeft de heer Van Boort bij de Voorzieningenrechter de gronden van het Verzoek ingediend (**Aanvullend verzoekschrift**).
7. Het Verzoek is op 6 februari 2017 achter gesloten deuren ter zitting behandeld.
8. Bij uitspraak van 20 februari 2017¹ (**Uitspraak**) heeft de Voorzieningenrechter het verzoek om voorlopige voorziening gedeeltelijk toegewezen en de Last geschorst voor zover die ertoe strekt dat bij het verbeuren van een dwangsom de namen Van Boort en Infare UK openbaar worden gemaakt. De Voorzieningenrechter heeft de Begunstigingstermijn van de Last verlengd tot en met 27 februari 2017. De Voorzieningenrechter heeft het Verzoek voor het overige afgewezen.
9. Bij brief en e-mail van 23 februari 2017 heeft de heer Van Boort een antwoord gestuurd op de door de AFM in het informatieverzoek van 13 september 2016 (kenmerk [REDACTED]) gestelde vragen.
10. Bij e-mail van 23 februari 2017 heeft de AFM aan de heer Van Boort meegedeeld dat hij drie vragen van het informatieverzoek van 13 september 2016 niet (volledig) heeft beantwoord en dat hij deze vragen voor 28 februari 2017 (volledig) dient te beantwoorden.
11. Bij e-mail van 24 februari 2017 heeft de heer Van Boort aan de AFM een aanvullend antwoord op het informatieverzoek van 13 september 2016 gestuurd.

¹ Rechtbank Rotterdam, 20 februari 2017, zaaknr. ROT 16/8421 BC VE01, ECLI:NL:RBROT:2017:1706.

12. Bij e-mail van 2 maart 2017 heeft de AFM aan de heer Van Boort meegedeeld dat hij de informatie met betrekking tot vraag 10 (bankafschriften) niet heeft verstrekt en dat hierdoor dwangsommen verbeuren. Ook is meegedeeld dat de AFM zal overgaan tot publicatie van de Last.
13. Op 3 maart 2017 heeft de AFM de Last anoniem op haar website gepubliceerd.
14. In de periode vanaf 2 maart 2017 tot en met 15 maart 2017 is tussen de AFM en de voormalige gemachtigde van de heer Van Boort gecorrespondeerd over de publicatie van de Last en het niet (kunnen) voldoen aan de Last door de heer Van Boort. Daarbij heeft de heer Van Boort aan de AFM verzocht om in overleg te bezien of het mogelijk is in deze zaak tot een schikking te komen. De AFM heeft geen gevolg gegeven aan het verzoek tot overleg.
15. Bij brief van 16 maart 2017 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar verlengd tot en met 3 april 2017.
16. Bij e-mail van 30 maart 2017 heeft de huidige gemachtigde (**Gemachtigde**) aan de AFM meegedeeld dat de belangen van de heer Van Boort niet meer door zijn voormalige gemachtigden, maar vanaf 30 maart 2017 door hem worden behartigd. Daarbij is verzocht om een aanvullende termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar.
17. Bij brief van 30 maart 2017 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar verlengd tot en met 13 april 2017.
18. De gronden van het bezwaar zijn door de Gemachtigde bij brief van 13 april 2017 (**Aanvullend bezwaarschrift**) ingediend.
19. Op 16 mei 2017 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (Bijlage).
20. Op 22 mei 2017 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de beslissing op bezwaar op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb met zes weken verdaagd tot en met 5 juli 2017.
21. Bij e-mail van 30 mei 2017 heeft de Gemachtigde aan de AFM meegedeeld naar aanleiding van de hoorzitting op korte termijn aanvullende stukken te willen indienen.
22. Bij brief van 31 mei 2017 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de beslistermijn opgeschort op grond van artikel 7:14 Awb in samenhang met artikel 4:15, tweede lid, aanhef en onder b, Awb totdat de stukken door de AFM zijn ontvangen.

23. Bij Invorderingsbeschikking van 31 mei 2017 heeft de AFM aan de heer Van Boort meegedeeld dat hij de maximale dwangsom heeft verbeurd en dat hij de verbeurde dwangsom van in totaal € 50.000,- aan de AFM dient te betalen.
24. Bij e-mail en brief van 14 juni 2017 heeft de Gemachtigde namens de heer Van Boort aangegeven het niet eens te zijn met de Invorderingsbeschikking en nadere stukken overgelegd.
25. Bij brief van 19 juni 2017 heeft de Gemachtigde aanvullende gronden tegen de Invorderingsbeschikking aangevoerd.
26. Bij brief van 27 juni 2017 heeft de AFM aan de Gemachtigde meegedeeld dat de opschorting van de beslistermijn op 14 juni 2017 is geëindigd en dat de AFM ernaar streeft uiterlijk 19 juli 2017 op het bezwaar te beslissen.

II. Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in de Last. De feiten die zijn genoemd in de Last moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd. Voor de zelfstandige leesbaarheid van deze beslissing op bezwaar wordt hieronder onder 1. een overzicht gegeven van de meest relevante feiten tot aan het opleggen van de Last. De beslissing op bezwaar is daarnaast gebaseerd op de feiten, zoals die hebben plaatsgevonden na het opleggen van de Last en hierna zijn opgenomen onder 2.

1. Feiten en omstandigheden tot aan de Last

27. De AFM heeft op grond van de Wft een onderzoek ingesteld naar de activiteiten van Infare UK.
28. De AFM heeft de heer Van Boort op 18 augustus 2016 uitgenodigd voor een gesprek ten kantore van de AFM. In de periode vanaf 18 augustus 2016 tot en met 7 september 2016 is tussen de voormalige gemachtigde van de heer Van Boort en de AFM gecorrespondeerd over mogelijke data en de opzet en inhoud van het gesprek.
29. Op 13 september 2016 heeft de AFM een informatieverzoek met kenmerk [REDACTED] verstuurd aan de heer Van Boort als bestuurder van Infare UK (**Informatieverzoek**). De reactietermijn bedroeg tien werkdagen na dagtekening van de het verzoek. De brief is aangetekend verstuurd naar het adres van de heer Van Boort in [REDACTED] (Nederland).
30. Per e-mail van 15 september 2016 aan de gemachtigde heeft de AFM uitstel gegeven voor het aanleveren van de informatie tot 7 oktober 2016. Bij de e-mail is het Informatieverzoek gevoegd. De e-mail is in kopie (cc) naar de heer Van Boort ([REDACTED]) verzonden.

31. Op 4 oktober 2016 heeft de AFM een e-mail ontvangen van de gemachtigde, waarin hij reageert op het Informatieverzoek. De gemachtigde stelt vragen over de adressering en verzending van het Informatieverzoek en over de grondslag van het onderzoek van de AFM. De gemachtigde geeft aan dat niet duidelijk is op welke activiteiten van Infare UK het Informatieverzoek betrekking heeft en of het Informatieverzoek zodoende ziet op de uitoefening van het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving in Nederland.
32. Op 18 en 20 oktober 2016 stuurt de AFM per e-mail een herhaald informatieverzoek met kenmerk [REDACTED] (**Herhaald informatieverzoek**) naar de gemachtigde. De AFM heeft van de heer Van Boort nog geen inhoudelijke reactie ontvangen op de door de AFM gestelde vragen. In het Herhaald informatieverzoek is de AFM tevens ingegaan op de door de gemachtigde in zijn brief van 4 oktober 2016 gestelde vragen over adressering en grondslag van het onderzoek. Ten aanzien van de reactie van de gemachtigde dat niet duidelijk is op welke activiteiten van Infare UK het Informatieverzoek betrekking heeft en of het Informatieverzoek zodoende ziet op de uitoefening van het toezicht op de naleving van wet- en regelgeving in Nederland, heeft de AFM, hier kort samengevat, toegelicht dat zij over informatie beschikt waaruit blijkt dat Infare UK mogelijk samenwerkt met (B) en/of (C) en/of (A). Op de website [REDACTED] werd krediet met een korte looptijd (flitskrediet) aangeboden aan Nederlandse consumenten en/of werd daarin bemiddeld. Infare UK zou aan (A) opdracht hebben gegeven om geldbedragen inzake (flits)kredieten (die via de website [REDACTED] konden worden verkregen) aan Nederlandse consumenten in Nederland te betalen en te innen. Infare UK leverde in dit verband SEPA betaalbestanden aan die (A) in haar bankadministratie importeerde.
33. Bij e-mail van 20 oktober 2016 deelt de AFM aan de gemachtigde – in reactie op een e-mailwisseling tussen de gemachtigde en de AFM – mee dat het Informatieverzoek zich richt tot de heer Van Boort als bestuurder van Infare UK. De reactietermijn is door AFM verlengd tot en met 27 oktober 2016.
34. Op 25 oktober 2016 stuurt de gemachtigde een e-mail aan de AFM en geeft daarin aan dat de heer Van Boort op het informatieverzoek zal reageren nadat de AFM schriftelijk inhoudelijk op een voor de heer Van Boort bevredigende wijze heeft gereageerd op de vragen van de gemachtigde.
35. Op 25 oktober 2016 reageert de AFM per e-mail nogmaals op de vragen van de gemachtigde over de adressering en verzending van het Informatieverzoek. De AFM bevestigt aan de gemachtigde dat de uiterste reactiedatum van het Informatieverzoek 27 oktober 2017 is. De AFM wijst erop dat de heer Van Boort verplicht is om aan de informatievordering alle medewerking te verlenen en dat de AFM een last onder dwangsom kan opleggen als de heer Van Boort niet of niet voldoende meewerkt aan deze vordering.
36. Op 27 oktober 2016 heeft de AFM van de gemachtigde een reactie ontvangen op het Herhaald informatieverzoek. De gemachtigde betwijfelt in zijn reactie of er sprake is van het verlenen van financiële diensten in Nederland waarop de Wft van toepassing is. De gemachtigde wijst erop dat de Wft op grond van artikel 1:16 Wft niet van toepassing is op dienstverlening die via internet wordt verleend vanuit het

buitenland. In dit kader werpt hij de vraag op of de AFM contact heeft gehad met de Financial Conduct Authority (FCA). Daarnaast stelt de gemachtigde dat de AFM onvoldoende heeft onderbouwd waarom Infare UK krediet zou aanbieden dan wel daarin zou bemiddelen. Tot slot geeft de gemachtigde aan dat de inhoud van het Informatieverzoek innerlijk tegenstrijdig is met de toelichting daarop nu de AFM vragen stelt over het ontvangen van kredietaanvragen en het aangaan van overeenkomsten, terwijl uit de toelichting van het Informatieverzoek slechts blijkt dat Infare UK aan (A) opdracht zou geven om betalingen uit te voeren en betalingen te innen.

37. Op 3 november 2016 heeft de AFM haar informatieverzoek herhaald (brief met kenmerk [REDACTED]) en daarbij gereageerd op de brief van de gemachtigde van 27 oktober 2016. De AFM geeft aan dat de activiteiten van Infare UK mogelijk kwalificeren als het aanbieden van krediet of het bemiddelen daarin in Nederland en dat de door de AFM gevraagde informatie redelijkerwijs noodzakelijk is om onder meer te beoordelen of artikel 1:16 Wft van toepassing is. Ook meldt de AFM dat zij in dit kader geen contact heeft gehad met de FCA. De AFM heeft daarbij de reactietermijn verlengd tot en met 10 november 2016.
38. Op 9 november 2016 heeft de gemachtigde de AFM per e-mail een brief gestuurd. De gemachtigde meldt daarin dat de AFM dient aan te geven welke concrete aanwijzingen zij heeft dat (i) Infare UK financiële diensten aan consumenten in Nederland zou hebben verleend en (ii) dat deze diensten niet als online diensten in de zin van artikel 1:16 Wft kwalificeren. Daarnaast geeft de gemachtigde aan dat de heer Van Boort, mocht hij overgaan tot het verschaffen van de gevraagde informatie aan de AFM, graag een vrijwaring naar Engels recht ontvangt om zijn aansprakelijkheid voor het delen van privacy gevoelige informatie te beperken.
39. Op 15 december 2016 heeft de AFM telefonisch contact opgenomen met de gemachtigde en vervolgens de inhoud van het gesprek schriftelijk per e-mail aan de gemachtigde bevestigd. De AFM heeft daarbij meegedeeld dat zij geen aanleiding ziet voor een vrijwaring zoals door de gemachtigde (onder meer) gevraagd in zijn e-mail van 9 november 2016 en dat de heer Van Boort wettelijk verplicht is om de informatie te verstrekken. De AFM heeft tevens meegedeeld dat de deadline voor het verstrekken van de gevraagde informatie maandag 19 december 2016 is en dat de AFM na die datum kan overgaan tot het opleggen van een last onder dwangsom.
40. Bij e-mail van 16 december 2016 heeft de gemachtigde aan de AFM meegedeeld dat hij tot op heden geen volwaardige reactie op zijn vragen heeft ontvangen. Hij meldt dat uit de omstandigheden zoals beschreven in het informatieverzoek en de reactie van de AFM op zijn vragen niet blijkt dat er overwegende aanknopingspunten bestaan om aan te nemen dat Infare UK in Nederland financiële diensten zou verlenen. Volgens de gemachtigde staat het niet vast of de AFM bevoegd is om informatie op te vragen bij Infare UK. De gemachtigde verzoekt de AFM om een volwaardige reactie op zijn brief van 9 november 2016 en een langere termijn voor de heer Van Boort om zijn positie te bepalen en eventueel de gevraagde informatie te vergaren.

41. Op 21 december 2016 verstuurt de AFM de Last ertoe strekkende dat de heer Van Boort binnen 10 werkdagen na dagtekening van de Last voldoet aan het Informatieverzoek.

2. Feiten en omstandigheden na de Last

42. Op 23 februari 2017 heeft de heer Van Boort een schriftelijk antwoord gegeven op de door de AFM in het Informatieverzoek gestelde vragen. In reactie op vraag 10 van het Informatieverzoek (het verzoek bankafschriften te verstrekken) heeft de heer Van Boort in zijn antwoord – onder verwijzing naar de aangehechte bijlage – vermeld dat hij niet langer bestuurder is van Infare UK en dat hij daarom niet meer bij de door Infare UK aangehouden bankrekening kan komen. De heer Van Boort heeft in zijn antwoord het hem bekende bankrekeningnummer van Infare UK bij de [REDACTED] te Malta vermeld.
43. De aangehechte bijlage betreft een brief met “*Subject: Letter of resignation*” van 17 januari 2017 van de heer van Boort gericht aan Infare UK Ltd. te Doncaster, United Kingdom. De heer Van Boort deelt daarin het volgende mee:

“Dear Sirs,

With this letter I hereby submit my resignation as a Director of Infare UK limited effective immediately.

I accept that I have no claim or right of action of any kind, for payment of money of anything else against the Company, or against any of its directors or employees.”

44. Bij e-mail van 24 februari 2017 heeft de AFM aan de heer Van Boort meegedeeld dat hij een deel van de vragen van het Informatieverzoek niet volledig heeft beantwoord en dit nader toegelicht. De AFM heeft de heer Van Boort daarbij het volgende meegedeeld:

“In uw reactie geeft u aan geen beschikking te hebben over de bankrekeningafschriften, nu u bent teruggetreden als bestuurder van Infare UK Ltd. In reactie hierop wijst de AFM u op rechtsoverweging 7.1 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 20 februari 2017: “Ten tijde van de sluiting van het onderzoek was Van Boort nog bestuurder van Infare UK. Als Van Boort tussen de sluiting van het onderzoek en het einde van de begunstigingstermijn aftreedt als bestuurder van Infare UK en daardoor niet langer aan de last kan voldoen, is dat uitsluitend het gevolg van zijn eigen handelen en komt dat voor zijn rekening en risico.” Wij verzoeken u alsnog de betreffende bankafschriften te verstrekken.”

45. Bij e-mail van 24 februari 2017 heeft de heer Van Boort een aanvullende reactie gegeven en met betrekking tot vraag 10 van het Informatieverzoek het volgende bericht:

“Zoals in de rechtbank aangegeven en formeel op 17 januari 2017 per brief bijlage 1 gemeld ben ik teruggetreden als bestuurder. Deze terugtreding heeft in zekere zin al eerder plaatsgevonden daar er geen activiteiten meer zijn geweest van Infare UK. Het feit dat deze verwerking van de terugtreding

nog niet is verwerkt in het Companies House is niet aan mij toe te wijten, maar de verwerkingsduur die daar naar ik telefonisch van hen heb begrepen langer duurt dan men in Nederland met de Kamer van Koophandel gewend is. Reeds voor 17 januari 2017 ben ik afgesloten van internetbankieren en kan ik niet langer bij deze rekening. Eveneens is er op mijn privé laptop zoals zakelijk gebruikelijk geen opslag van zakelijke afschriften, (...) Het is voor mij derhalve niet mogelijk deze bankafschriften te verkrijgen of te overleggen. (...)"

46. Bij e-mail van 2 maart 2017 heeft de AFM aan de heer Van Boort het volgende meegedeeld:

"(...) Het feit dat u sinds 17 februari 2017² geen bestuurder meer van Infare UK Ltd meer bent, doet hier niet aan af. Ten tijde van het opleggen van de last onder dwangsom op 21 december 2016 (en geruime tijd daarvoor en geruime tijd daarna) had u het namelijk in uw macht om de last uit te voeren en de informatie aan de AFM te verstrekken. Het komt derhalve voor uw eigen rekening en risico dat u heeft nagelaten aan de last te voldoen."

47. Uit het register van Companies House UK³ (**Register**) blijkt ten aanzien Infare UK en de bestuursfunctie van de heer Van Boort bij Infare UK onder meer het volgende: de heer Van Boort was vanaf 8 juli 2015 tot en met 17 januari 2017 enig bestuurder van Infare UK. Het Companies House UK heeft op 28 februari 2017 een formulier ontvangen waarbij het aftreden van de heer Van Boort als bestuurder per 17 januari 2017 is meegedeeld. Het formulier is ondertekend door de heer Van Boort met datum 17 januari 2017. Deze mededeling is door het Companies House UK op 3 maart 2017 in het Register verwerkt.

III. Bezwaargronden

48. In het Aanvullend bezwaarschrift zijn de in het Aanvullend verzoekschrift aangevoerde gronden herhaalt en ingelast en aanvullende gronden aangevoerd.
49. Samengevat en zakelijk weergegeven voert de heer Van Boort de volgende bezwaargronden aan:
- A. De uitoefening van toezichtbevoegdheden door de AFM is in strijd met territorialiteitsbeginsel en in strijd met artikel 1:16 Wft.
 - B. De uitoefening van de bevoegdheid is onevenredig bezwarend.
 - C. Het is voor de heer Van Boort onmogelijk om volledig aan de Last te voldoen.
 - D. Opleggen van de Last is in strijd met het handhavingsbeleid van de AFM.
 - E. De Begunstigingstermijn is te kort.
 - F. De hoogte van de dwangsom is disproportioneel.
 - G. Aan de heer Van Boort had in het kader van het Informatieverzoek de cautie moeten worden gegeven.

² Dit stond verkeerd vermeld: het had '17 januari 2017' moeten zijn.

³ Het register van Companies House UK is te raadplegen via de <https://beta.companieshouse.gov.uk>. De AFM heeft dit register onder meer geraadpleegd op 15 mei 2017 (voorafgaand aan de hoorzitting).

- H. De heer Van Boort had voorafgaand aan het opleggen van de Last moeten worden gehoord.
- I. De heer Van Boort leidt bij niet-anonieme publicatie van de Last onevenredige schade.
- J. Er zijn geen dwangsommen verbeurd; het deels niet kunnen voldoen aan de last rechtvaardigt niet de verbeurte van de maximale dwangsom.
- K. Afzien van invordering en matiging van de hoogte van de dwangsom.
- L. Afzien van wettelijke rente.

Beoordeling van de bezwaargronden A t/m L

Last onder dwangsom

A. De uitoefening van toezichtbevoegdheden door de AFM is in strijd met het territorialiteitsbeginsel en in strijd met artikel 1:16 Wft.

50. De heer Van Boort stelt dat de AFM geen bevoegdheid heeft om hem een last onder dwangsom op te leggen met het doel dat hij informatie over Infare UK verstrekt. Infare UK is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Volgens het territorialiteitsbeginsel is een autoriteit alleen bevoegd op het grondgebied van de eigen staat. De uitoefening van toezichtbevoegdheden is in strijd met het territorialiteitsbeginsel indien er geen toestemming is van de staat waarin deze bevoegdheden worden uitgeoefend. De heer Van Boort verwijst daarbij naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016⁴. De AFM heeft in strijd met deze uitspraak geen toestemming gevraagd aan het Verenigd Koninkrijk voorafgaand aan de inzet van haar toezichtbevoegdheden. Ook heeft de AFM ten aanzien van de vermeende activiteiten van Infare UK geen contact opgenomen met de *FCA* en daardoor de Memorandum of Understanding (*MoU*) geschonden.
51. Daarnaast is de bevoegdheid om informatie te vorderen gekoppeld aan het vereiste dat de uitoefening van de toezichttaak ziet op de naleving van de wet- en regelgeving in Nederland. Artikel 1:16 Wft bepaalt dat het verlenen van financiële dienstverlening die kwalificeert als een zogenaamde dienst van de informatiemaatschappij vanuit een ander lidstaat kwalificeert als het verlenen van een financiële dienst in die betreffende andere lidstaat en daarmee niet in Nederland. De heer Van Boort is van oordeel dat de AFM niet bevoegd is om bij hem informatie te vorderen omdat Infare UK valt onder de uitzondering van artikel 1:16 Wft. De AFM is meerdere malen verzocht aan te geven welke aanknopingspunten zij heeft om aan te nemen dat artikel 1:16 Wft niet van toepassing is en dat Infare UK in Nederland krediet zou aanbieden dan wel hierin zou bemiddelen. De AFM heeft slechts aangegeven dat het Informatieverzoek erop is gericht "*om vast te stellen of artikel 1:16 Wft van toepassing is*". Ook zou artikel 1:16 Wft in de Last niet worden genoemd en zou de Last daarmee tegenstrijdig zijn met eerdere brieven van de AFM.

⁴ ECLI:NL:RBROT:2016:109.

Reactie AFM

52. De AFM deelt het oordeel van de heer Van Boort niet.

Wettelijk kader

53. Op grond van artikel 5:16 Awb is de toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen.
54. Op grond van artikel 5:20, eerste lid, Awb is een ieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.
55. Op grond van artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, Wft kan de toezichthouder een last onder dwangsom opleggen ter zake een overtreding van artikel 5:20 van de Awb.
56. Op grond van artikel 2:60, eerste lid, Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning krediet aan te bieden.
57. Op grond van artikel 2:80, eerste lid, Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning te bemiddelen.
58. Op grond van artikel 1:16, eerste lid, Wft is deze wet, met uitzondering van de artikelen 2:36, tweede tot en met vierde lid, 2:38, 2:39 en 2:46, niet van toepassing op financiële diensten die kunnen worden aangemerkt als dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 15d, derde lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en die worden verleend door een financiële onderneming vanuit een vestiging in een andere lidstaat.

Aanleiding voor het Informatieverzoek

59. De AFM heeft in augustus 2016 een onderzoek ingesteld naar de activiteiten van Infare UK. De directe aanleiding voor het Informatieverzoek van de AFM aan de heer Van Boort betreft informatie die de AFM heeft verkregen in een toezichtonderzoek naar (A) (voorheen (AA)). De AFM heeft in het kader van dat onderzoek op 9 juni 2016 een informatielast gestuurd aan de toenmalige bestuurder van (A), de heer (X) (**de heer (X)**), en vragen gesteld over de samenwerking tussen (A), (B) en (C). (B) en (C) (**samen ook (D)**) zijn de entiteiten achter en genoemd op de website [REDACTED], via welke website consumenten onderhandse leningen konden aangaan. In de beantwoording van dit informatieverzoek op 28 juli 2016 refereert de heer (X) aan Infare UK. De AFM heeft daarbij van de heer (X) onder meer de volgende informatie ontvangen:

“Incasso & Credit Management

Er is samengewerkt met Infare UK Ltd in Doncaster. Infare UK Ltd had een samenwerking met (C) te Malta. In opdracht van Infare UK Ltd hebben credit management en incasso werkzaamheden

plaatsgevonden. Onder credit management zijn door (AA) bedragen in- en doorbetaald van de rekening van (AA) in opdracht van Infare UK Ltd. Infare UK Ltd leverde in dit verband SEPA betaalbestanden aan die (AA) importeerde in haar bank. (...)

(AA) zou voor de werkzaamheden van Infare UK Ltd een fee ontvangen voor het verrichten van de credit management activiteiten afhankelijk van resultaten. Ook door (AA) gemaakte kosten zoals griffierecht in verband met het innen van vorderingen zouden door Infare UK Ltd aan (AA) worden voldaan. (...)

Partijen (AA) en Infare UK Ltd. hadden de gedachte dat de algemene betalingsmoraliteit van (potentiële) schuldenaren positief zou kunnen worden beïnvloed wanneer (AA) voor de Nederlandse markt zou in- en doorbetalen in opdracht van Infare UK Ltd. via een Nederlandse betaalrekening toebehorende aan een Nederlandse onderneming die ook was belast met incasso indien betaling zou uitblijven.”

60. Uit het onderzoek van de AFM is daarnaast gebleken dat (D) haar kredietnemers heeft bericht dat de uitstaande bedragen (cq. geldlening en overeengekomen vergoeding) op een bankrekening van (A) overgemaakt moeten worden. (A) heeft ingebrekestellingen verstuurd aan de kredietnemers van (D) en de kredietnemers verzocht om het verschuldigde bedrag op haar rekening te betalen.
61. Uit het Register blijkt dat de heer (X) en (A) [REDACTED]. De heer Van Boort is sinds 8 juli 2015 (enig) bestuurder van Infare UK. De heer Van Boort is ook gevolmachtigde van (A).⁵
62. De AFM leidt uit de door de heer (X) verstrekte informatie af dat Infare UK een samenwerking heeft (of heeft gehad) met (C) op Malta. Mede gelet op de overigens beschikbare informatie is bij de AFM het vermoeden ontstaan dat Infare UK daarbij ook samenwerkt of heeft samengewerkt met (B). Als gezegd zijn (C) en (B) de entiteiten achter de website [REDACTED], waarop door consumenten onderhandse leningen konden worden aangegaan. De AFM merkt daarbij op dat door (C) en (B) in de procedure tegen de aan hen op 21 april 2016 opgelegde lasten onder dwangsom niet wordt bestreden dat zij in Nederland krediet hebben aangeboden, dan wel daarin hebben bemiddeld.⁶ Uit het antwoord van de heer (X) blijkt dat het in Nederland gevestigde (A) ((AA)) in opdracht van Infare UK geldbedragen inzake de door (D) aan Nederlandse consumenten verstrekte kredieten in Nederland heeft uitbetaald en ook incassowerkzaamheden heeft verricht. Volgens de heer (X) leverde Infare UK in dit verband SEPA betaalbestanden aan, die vervolgens door (A) werden geïmporteerd in haar bankadministratie.
63. De AFM gaat er van uit de deze informatie juist is, nu de heer Van Boort de juistheid van deze informatie niet (gemotiveerd) heeft bestreden. Om te kunnen beoordelen wat precies de activiteiten zijn van Infare UK

⁵ Zie bijlage F bij het verweerschrift in de procedure bij de Voorzieningenrechter.

⁶ Vgl. ook Rb Rotterdam uitspraak van 1 juni 2017, zaaknummer 16/6557: “(D)betwist niet dat zij via haar website krediet heeft aangeboden aan consumenten in Nederland zonder te beschikken over een vergunning van de AFM.” (r.o. 4.4).

is concrete en gedetailleerde informatie nodig over de manier waarop de dienstverlening van Infare UK is georganiseerd en over de samenwerking met de hiervoor genoemde partijen. Het is daarvoor voor de AFM noodzakelijk dat zij antwoord ontvangt op alle vragen die zij in het Informatieverzoek aan de heer Van Boort heeft gesteld. Het gaat daarbij om informatie ter beantwoording van de vraag of de activiteiten van Infare UK in Nederland kunnen worden gekwalificeerd als het aanbieden van krediet of als het bemiddelen daarin of, zoals de heer Van Boort stelt, als dienstverlening als bedoeld in artikel 1:16, eerste lid, Wft.

Uitzondering artikel 1:16, eerste lid, Wft

64. De AFM is van oordeel dat uit de informatie die aanleiding gaf tot het onderzoek niet blijkt dat de activiteiten van Infare UK kwalificeren als dienst als bedoeld artikel 1:16, eerste lid, Wft en daarmee zijn uitgezonderd van de toepassing van de Wft. De uitzondering zoals geregeld in artikel 1:16, eerste lid, Wft komt er kort gezegd op neer dat de Wft niet van toepassing is op financiële diensten die uitsluitend “online” worden verleend door financiële ondernemingen vanuit een vestiging in een andere lidstaat.
65. Uit de beschikbare informatie blijkt dat Infare UK een vorm van samenwerking had met het in Nederland gevestigde (A). Mede gezien de samenwerking tussen Infare UK met (D) zoals geschetst door de heer (X) bij beantwoording van het informatieverzoek en de personele verwevenheid van Infare UK en (A), bestaat bij de AFM het vermoeden dat Infare UK met deze partijen tezamen werkzaamheden verrichtte bij het aanbieden van krediet of het bemiddelen daarvan. De AFM moet op basis van de geleverde informatie kunnen vaststellen dat Infare UK haar werkzaamheden niet op een zodanige wijze heeft uitbesteed aan bedrijven in Nederland dat de financiële diensten van Infare UK feitelijk op Nederlands grondgebied plaatsvinden.
66. Het ligt op de weg van de heer Van Boort om aannemelijk te maken dat Infare UK valt onder de vrijstelling van artikel 1:16 Wft. De AFM verwijst daarbij naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 23 december 2016 waaruit volgt dat op de buitenlandse onderneming de bewijslast rust aannemelijk te maken dat zij een geslaagd beroep kan doen op artikel 1:16 Wft. Dat heeft de heer Van Boort niet gedaan. De heer Van Boort heeft in zijn reactie van 27 oktober 2016 de vraag opgeworpen of wel sprake is van het verlenen van financiële diensten in Nederland waarop de Wft van toepassing is, maar hij heeft vervolgens geen gegevens verstrekt waaruit blijkt dat Infare UK een beroep op de vrijstelling van 1:16 Wft toekomt. De heer Van Boort heeft zich enkel op het standpunt gesteld dat niet vast zou staan dat de AFM bevoegd zou zijn om informatie op te vragen bij Infare UK.
67. Ook de Voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat zij nadere informatie van de heer Van Boort mocht verlangen in het kader van het toezicht op de naleving van de artikelen 2:60 en 2:80 van de Wft door Infare UK en ter beoordeling van het beroep van Infare UK op artikel 1:16 van de Wft:

“4.3. De voorzieningenrechter stelt vast dat Van Boort weliswaar allerlei kanttekeningen heeft geplaatst bij de handelwijze van de AFM, maar dat hij de juistheid van de onder 4.2. vermelde

informatie niet gemotiveerd heeft weersproken. Van Boort heeft geen enkele openheid van zaken gegeven over de activiteiten van Infare UK. Gelet hierop en uitgaande van de juistheid van de onder 4.2. vermelde informatie heeft de AFM naar het oordeel van de voorzieningenrechter een redelijk vermoeden dat Infare UK in nauwe samenwerking met (A)/(AA) activiteiten verricht die verband houden met het verlenen van krediet in Nederland door (B). De voorzieningenrechter merkt in dit verband op dat de door de AFM overgelegde brieven van (B) en (A) aan kredietnemers in Nederland eenzelfde opmaak hebben en zelfs dezelfde opvallende spelfout bevatten, "strik" in plaats van "strikt".

4.4. Gezien de samenwerking van Infare UK met (A) ten behoeve van de Nederlandse markt volgt de voorzieningenrechter de AFM in haar standpunt dat gerede twijfel bestaat of Infare UK een beroep toekomt op artikel 1:16 van de Wft en volgt de voorzieningenrechter Van Boort niet in zijn betoog dat het onderzoek en het bestreden besluit in strijd zijn met artikel 1:16 van de Wft. Nu Van Boort stelt dat (en in elk geval de vraag opwerpt of) deze bepaling van toepassing is op Infare UK, ligt het op zijn weg dit met controleerbare informatie aannemelijk te maken. Dat heeft hij niet gedaan. Van Boort heeft geen informatie verstrekt over Infare UK en heeft zich beperkt tot het plaatsen van kanttekeningen bij de handelwijze van de AFM. Gelet hierop en nu Van Boort geen andere uitzondering of vrijstelling heeft ingeroepen, stelt de AFM zich terecht op het standpunt dat zij nadere informatie van Van Boort mag verlangen in het kader van het toezicht op de naleving van de artikelen 2:60 en 2:80 van de Wft door Infare UK en ter beoordeling van het beroep op artikel 1:16 van de Wft."

68. De AFM deelt voorts niet het oordeel van de heer Van Boort dat de AFM zich in de loop van de procedure tegenstrijdig zou hebben uitgelaten over het doel van haar onderzoek. De AFM heeft mogelijke activiteiten van Infare UK in Nederland onderzocht. Nu de heer Van Boort naar aanleiding van het Informatieverzoek een beroep heeft gedaan op artikel 1:16 Wft lag het in de rede dat de AFM bij haar onderzoek betreft of deze bepaling al dan niet van toepassing is op Infare UK. Het doel van het onderzoek is daarmee niet gewijzigd en, anders dan door de heer Van Boort gesteld, heeft de AFM in de Last ook gerefereerd aan artikel 1:16 Wft.⁷ De AFM ziet dit standpunt bevestigd in de Uitspraak van de Voorzieningenrechter⁸.

Territorialiteitsbeginsel

69. De AFM ziet in de door de heer Van Boort aangevoerde gronden geen schending van het territorialiteitsbeginsel.
70. Uit de jurisprudentie volgt dat het enkele feit dat een (rechts)persoon haar zetel buiten Nederland heeft, niet betekent dat een bestuursorgaan niet bevoegd is om rechtstreeks informatie te vorderen dan wel bij niet

⁷ Vgl. p. 8 van de Last.

⁸ Vgl. rov. 4.4 van de Uitspraak.

medewerking een last onder dwangsom op te leggen, mits de uitoefening van de toezichttaak ziet op de naleving van de wet- en regelgeving in Nederland.⁹

71. In de uitspraak van 1 juni 2017 van de rechtbank Rotterdam¹⁰ is dit nog eens bevestigd:

“De rechtbank komt tot de conclusie dat de AFM in een situatie als hier aan de orde, waarin sprake is van een redelijk vermoeden van overtreding van artikel 2:60 of 2:80 van de Wft, op grond van artikel 5:16 van de Awb en artikel 1:74 van de Wft bevoegd is inlichtingen te vorderen van de vermoedelijke overtreder en op grond van artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft lasten onder dwangsom op te leggen als niet aan deze vorderingen wordt voldaan, ook als de vermoedelijke overtreder buiten Nederland is gevestigd.”

72. In dit geval is de naleving van Nederlandse wet- en regelgeving aan de orde. De financiële diensten die (D) en (A) – mogelijk in samenwerking met Infare UK – hebben aangeboden zijn specifiek gericht tot Nederlandse consumenten en werden feitelijk ook op Nederlands grondgebied aangeboden. De AFM heeft dan ook haar toezichtbevoegdheden mogen aanwenden om te kunnen vaststellen of Infare UK voldoet aan de Nederlandse wet- en regelgeving, specifiek de toepasselijkheid van artikel 1:16 Wft en de vergunningplicht van 2:60 en/of 2:80 Wft.

73. De AFM wijst in aanvulling van haar motivering van de Last op het volgende. Blijkens het handelsregister van de Kamer van Koophandel, door de AFM voorafgaand aan het Informatieverzoek geraadpleegd, heeft de heer Van Boort een adres in Nederland. Het Informatieverzoek en de Last zijn gericht aan de heer Van Boort die (ook) in Nederland woont. De heer Van Boort heeft op 15 september 2016 voor ontvangst van het Informatieverzoek op zijn adres in [REDACTED] (Nederland) getekend. De AFM is daarbij van oordeel dat, zoals ook de Voorzieningenrechter in de Uitspraak heeft overwogen, de omstandigheid dat de AFM de heer Van Boort heeft benaderd in zijn hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon naar Brits recht, waarmee het Informatieverzoek en de Last een verband hebben met het Verenigd Koninkrijk, onverlet laat dat de AFM haar toezichthoudende bevoegdheden jegens Van Boort uitsluitend heeft aangewend op het grondgebied van Nederland. Reeds hierom al heeft de AFM niet in strijd gehandeld met het territorialiteitsbeginsel. Zoals de Voorzieningenrechter tevens heeft opgemerkt heeft de heer Van Boort niet gesteld dat de AFM haar Informatieverzoek en de Last tot een andere (rechts)persoon had moeten richten. Het Informatieverzoek en de Last zijn uitsluitend gericht aan de heer Van Boort en hebben juridisch gezien geen verplichtingen voor Infare UK in het leven geroepen. Naar het oordeel van de AFM is er dan ook geen strijd met het territorialiteitsbeginsel.

74. De AFM is daarnaast van oordeel dat zij niet gehouden was om voorafgaand aan het Informatieverzoek of de Last contact met de op te nemen met de Britse toezichthouder. Hiervoor bestond naar het oordeel van de AFM geen aanleiding. Niet is gebleken dat Infare UK beschikt over een vergunning van de Britse

⁹ Zie de uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 5 januari 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:10911) en 11 juni 2016 (ECLI:NL:RB:2016:6829).

¹⁰ ECLI:NL:RB:2017:4116.

toezichthouder. Infare UK komt niet voor in het register van de Britse toezichthouder. Ook ziet de AFM niet dat er sprake is van een schending van een MoU doordat de AFM niet eerst het contact met de Britse toezichthouder heeft gezocht. De Voorzieningenrechter bevestigt in de Uitspraak het standpunt van de AFM door te overwegen:

“Gelet op het voorgaande stelt de AFM zich terecht op het standpunt dat zij niet gehouden was voorafgaand aan het informatieverzoek of het nemen van het bestreden besluit contact op te nemen met de Britse toezichthouder en dat geen sprake is van schending van het door Van Boort bedoelde Memorandum of Understanding, nog daargelaten of afspraken tussen toezichthouders over de vormgeving van hun samenwerking mede strekken tot bescherming van de belangen van de (rechts)personen op wie zij toezicht houden.”

75. De heer Van Boort heeft aangevoerd dat de AFM ondanks zijn verzoek onvoldoende kenbaar heeft gemaakt waarom het Informatieverzoek betrekking zou hebben op activiteiten die niet kwalificeren als het verlenen van een dienst van de informatiemaatschappij uit een andere lidstaat en dat de AFM hier eerst meer duidelijkheid had moeten verschaffen. De AFM is echter van oordeel dat zij in haar reacties van 18 oktober 2016 en 3 november 2016 op de vragen van de gemachtigde van de heer Van Boort voldoende duidelijkheid heeft verschaft over de grondslag van het onderzoek en haar bevoegdheid tot het vorderen van de gevraagde informatie van de heer Van Boort.

76. In de Uitspraak overweegt de Voorzieningenrechter op dit punt als volgt:

“6. De voorzieningenrechter volgt Van Boort in zijn standpunt dat hij de gevraagde informatie pas hoeft te verstrekken nadat de AFM zijn vragen over onder meer artikel 1:16 van de Wft en het territorialiteitsbeginsel tot zijn tevredenheid heeft beantwoord. De AFM heeft voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit, zij het summier, verduidelijkt wat haar vermoeden is en kenbaar gemaakt dat zij geen reden ziet voor contact met de Britse toezichthouder. Het staat Van Boort uiteraard vrij het daar niet mee eens te zijn, maar dit betekent niet dat het aan hem is te bepalen onder welke voorwaarden hij de informatie verstrekt die de AFM vraagt in het kader van haar toezicht op de naleving van de Wft. Hieraan doet niet af dat de AFM nog niet heeft vastgesteld welke activiteiten Infare UK verricht en of artikel 1:16 van de Wft op haar van toepassing is; het informatieverzoek en het bestreden besluit strekken er nu juist toe dat Van Boort de informatie verstrekt die nodig is om dit te kunnen vaststellen.”

77. Bovenstaande overweging bevestigt het standpunt van de AFM dat zij in haar e-mail van 18 oktober 2016 en haar brief van 3 november 2016 voldoende kenbaar heeft gemaakt wat haar vermoeden is en waarom de beantwoording van het Informatieverzoek nodig is.

78. Gelet op het voorgaande is de AFM ook na heroverweging van oordeel dat zij op grond van artikel 5:16 Awb bevoegd was om van de heer Van Boort informatie te vorderen over de samenwerking van Infare UK met (A) en/of (B) en (C) en haar activiteiten in dat verband.

79. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

B. De uitoefening van de bevoegdheid is onevenredig bezwarend.

80. De heer Van Boort stelt dat de wijze waarop de AFM invulling heeft gegeven aan het Informatieverzoek onevenredig zou zijn. De heer Van Boort acht het niet uitgesloten dat Infare UK hem aansprakelijk stelt wanneer hij aan de AFM (privacygevoelige) informatie ter beschikking stelt terwijl de AFM mogelijk geen bevoegdheid toekomt om de informatie te vorderen. De AFM is hier niet aan tegemoet gekomen door, zoals door de heer Van Boort voorgesteld, een vrijwaring te verlenen voor mogelijke schadevorderingen van derden wegens het verstrekken van informatie aan de AFM zonder dat daarvoor een rechtsgrond bestaat. Daarnaast voert de heer Van Boort aan dat de AFM meer informatie vraagt dan nodig is om vast te stellen of artikel 1:16 Wft op Infare UK van toepassing is.

Reactie AFM

81. Op grond van artikel 5:13 Awb maakt een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

82. De AFM is van oordeel dat zij haar bevoegdheid op grond van artikel 5:16 Awb in overeenstemming met artikel 5:13 Awb heeft uitgeoefend. Zoals hiervoor toegelicht is de AFM op grond van artikel 5:16 Awb bevoegd om inlichtingen te vorderen op basis waarvan kan worden vastgesteld of de activiteiten van Infare UK vallen onder de vrijstelling van artikel 1:16 Wft of dat mogelijk sprake is van overtreding van artikel 2:60 (of eventueel 2:80) Wft. Het Informatieverzoek was redelijkerwijs nodig voor de vervulling van haar taak, namelijk om vast te stellen of Infare UK al dan niet terecht een beroep toekomt op artikel 1:16 Wft.

Vrijwaring schadevergoeding

83. De AFM is van oordeel dat de omstandigheid dat zij niet tot vrijwaring van de heer Van Boort van mogelijke schadevorderingen van Infare UK of derden is overgegaan, niet maakt dat het Informatieverzoek voor de heer Van Boort onevenredig bezwarend is. De heer Van Boort heeft niet nader onderbouwd op grond waarvan hij aansprakelijk zou zijn jegens derden indien hij voldoet aan de Last. Nog daargelaten dat naar het oordeel van de AFM enige grondslag voor een mogelijke schadevordering van derden ontbreekt indien de heer Van Boort zijn wettelijke verplichting nakomt door te voldoen aan de Last, wijst de AFM er ten overvloede op dat zij op grond van artikel 1:89, eerste lid, Wft gebonden is aan haar wettelijke geheimhoudingsplicht.

84. De Voorzieningenrechter heeft dit standpunt van de AFM in de Uitspraak bevestigd (rov. 7.3):

“Verder stelt Van Boort dat hij het risico loopt door Infare UK of derden aansprakelijk te worden gesteld als hij allerlei informatie over Infare UK ter beschikking stelt aan de AFM. Ook deze stelling concretiseert Van Boort niet. In het bijzonder maakt hij niet duidelijk waarom hij succesvol

aangesproken kan worden als hij voldoet aan een last onder dwangsom die naar het oordeel van de voorzieningenrechter rechtmatig is."

85. Het informatieverzoek is naar het oordeel van de AFM dan ook geenszins onredelijk bezwarend voor de heer Van Boort.

Meer informatie dan nodig

86. De AFM is van oordeel dat de stelling van de heer Van Boort dat de AFM meer informatie zou vragen dan redelijkerwijs noodzakelijk is om vast te stellen of artikel 1:16 van de Wft op Infare UK van toepassing is, geen doel treft, reeds omdat de heer Van Boort heeft nagelaten te concretiseren en te onderbouwen welke van de in het Informatieverzoek gevraagde informatie redelijkerwijs niet noodzakelijk zou zijn in het kader van het onderzoek van de AFM.
87. Het Informatieverzoek is geenszins onevenredig. De AFM wijst er op dat uit het onderzoek naar voren is gekomen dat Infare UK samenwerkte met (A) en (C). Mede gelet op de samenwerking is de in het Informatieverzoek gevraagde informatie, waaronder de bankafschriften van Infare UK, redelijkerwijs nodig om te kunnen onderzoeken of Infare UK valt onder artikel 1:16 Wft. De AFM dient immers te beoordelen of Infare UK haar werkzaamheden niet op een zodanige wijze heeft uitbesteed aan Nederlandse bedrijven dat de diensten van Infare UK feitelijk op Nederlands grondgebied plaatsvinden. Hiervoor moet duidelijkheid worden verschaft over eventuele samenwerkingsverbanden en gezagsverhoudingen tussen Infare UK en andere (Nederlandse) bedrijven.
88. De AFM is daarnaast van oordeel dat zij niet gehouden is om haar informatieverzoek te beperken tot informatie die uitsluitend ziet op de vraag of Infare UK al dan niet een beroep kan doen op artikel 1:16 Wft. Gezien de door de heer (X) verstrekte informatie was er aanleiding voor het vermoeden dat Infare UK gezien haar samenwerking met (A) en (C) mogelijk betrokken is bij het verlenen van krediet door (D) aan Nederlandse consumenten. Gelet hierop was de AFM bevoegd om in haar informatieverzoek ook informatie op te vragen in verband met een mogelijke overtreding van het verbod om zonder vergunning in Nederland krediet aan te bieden of het bemiddelen daarin.
89. De Uitspraak van de Voorzieningenrechter bevestigt dit standpunt van de AFM:

"Naar het oordeel van de voorzieningenrechter verplicht geen rechtsregel de AFM ertoe eerst een last onder dwangsom uit te vaardigen die uitsluitend hierop betrekking heeft en vervolgens, als blijkt dat deze bepaling [artikel 1:16 Wft] niet van toepassing is op Infare UK, verdere informatie te vragen. Een dergelijke verplichting zou de effectiviteit van het toezicht ernstig ondergraven, zeker nu Van Boort ervoor heeft gekozen geen informatie aan de AFM te verstrekken over de activiteiten van Infare UK en geen stukken over te leggen ter onderbouwing van het beroep op artikel 1:16 van de Wft."

90. Uit het voorgaande volgt dat van een overtreding van het evenredigheidsbeginsel (artikel 5:13 Awb) geen sprake is. De heer Van Boort was op grond van artikel 5:20 Awb dan ook verplicht ten behoeve van het toezicht op de naleving van de bij of krachtens de Wft gestelde regels aan de AFM de gevraagde informatie te verstrekken, nu de AFM deze informatie redelijkerwijs kon vorderen bij de uitoefening van haar bevoegdheden.
91. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.
- C. Het is voor de heer Van Boort onmogelijk om volledig aan de Last te voldoen.**
92. De heer Van Boort voert aan dat het niet meer mogelijk is de in vraag 10 van het Informatieverzoek gevraagde bankafschriften van Infare UK vanaf 1 januari 2015 tot op heden aan de AFM te verstrekken. Infare UK hield een bankrekening aan bij de [REDACTED] te Malta waar alleen E-banking mogelijk was vanaf het zakelijke account van de bestuurder. De heer Van Boort stelt dat hij vanaf 17 januari 2017 geen bestuurder meer is van Infare UK en verwijst daarbij naar de *'letter of resignation'* van 17 januari 2017. De formele uitschrijving van de heer Van Boort uit het Register was ten tijde van de Uitspraak van de Voorzieningenrechter nog niet zichtbaar omdat het Register in Engeland enige tijd nodige heeft gehad om de uitschrijving te verwerken.
93. De heer Van Boort is van mening dat de thans overgelegde gegevens het oordeel van de Voorzieningenrechter weerleggen. Volgens de Voorzieningenrechter zou de stelling van de heer Van Boort dat hij zijn vertrek bij Infare UK had aangekondigd, hem niet baten omdat hij geen brief of andere controleerbare gegevens heeft verstrekt waaruit volgt dat hij zijn vertrek bij Infare UK heeft aangekondigd (rov. 7.1). De heer Van Boort benadrukt dat hij ten tijde van de sluiting van het onderzoek geen bestuurder meer was van Infare UK. Hij meent dat het derhalve niet voor zijn rekening en risico komt dat hij na de Uitspraak geen volledige informatie meer kan aanleveren.
94. De heer van Boort geeft aan dat de accountgegevens niet meer toegankelijk zijn omdat deze gebonden zijn aan een bepaald e-mail account. De heer Van Boort heeft geen toegang tot dit e-mail-account. Voor zover hem bekend, heeft Infare UK nooit 'hardcopy' bankafschriften verkregen. Ook heeft de heer Van Boort geen bankafschriften van Infare UK op zijn privé computer.
95. De heer Van Boort is weliswaar gedurende enige tijd formeel bestuurder geweest van Infare UK, maar feitelijk slechts een Nederlandse werknemer. De formele arbeidsverbanden van de heer Van Boort met (aandeelhouder) de heer (X) zijn door middel van een beëindigingsovereenkomst op 27 juli 2016 per 1 september 2016 verbroken. Vanaf die datum heeft de heer Van Boort slechts incidenteel afrondende werkzaamheden verricht voor met name de Nederlandse vennootschappen van de heer (X). Infare UK had haar werkzaamheden reeds gestaakt.
96. De heer Van Boort stelt dat hij op 21 februari 2017 – één dag na de Uitspraak – per e-mail de [REDACTED] te Malta heeft aangeschreven met het verzoek de bankafschriften aan te leveren. Hierop kreeg de heer Van

Boort geen reactie. De heer Van Boort voert aan dat hij meerdere malen telefonisch contact heeft gehad met de [REDACTED] en dat de [REDACTED] niet wil meewerken bij het verstrekken van de gegevens nu hij geen bestuurder is van Infare UK, ook niet over de periode dat hij nog wel bestuurder was.

97. De heer Van Boort merkt op dat de AFM, mede gezien haar verstreckende bevoegdheden, de bankafschriften zelf bij de [REDACTED] zou kunnen opvragen.

Reactie AFM

98. De Voorzieningenrechter heeft in de Uitspraak over het betoog van de heer Van Boort dat hij formeel als bestuurder zou zijn teruggetreden, het volgende overwogen:

“De ter zitting geponeerde stelling dat Van Boort zijn vertrek bij Infare UK heeft aangekondigd, zodat hij (zo begrijpt de voorzieningenrechter) de AFM weinig informatie meer zal kunnen geven, kan Van Boort niet baten. Van Boort heeft geen brief of andere controleerbare gegevens verstrekt waaruit volgt dat hij zijn vertrek bij Infare UK heeft aangekondigd. Ten tijde van de sluiting van het onderzoek was Van Boort nog bestuurder van Infare UK. Als Van Boort tussen de sluiting van het onderzoek en het einde van de begunstigingstermijn aftreedt als bestuurder van Infare UK en daardoor niet langer aan de last kan voldoen, is dat uitsluitend het gevolg van zijn eigen handelen en komt dat voor zijn rekening en risico.”

99. De heer Van Boort was ten tijde van het opleggen van de Last op 21 december 2016 zowel feitelijk als juridisch in staat om de gevraagde bankafschriften van Infare UK bij [REDACTED] te verkrijgen en aan de AFM te verstrekken. De heer Van Boort was in ieder geval ten tijde van de informatieverzoeken, het opleggen van de Last en geruime tijd daarna formeel bestuurder van Infare UK en uit dien hoofde bevoegd om vanaf het zakelijke account van Infare UK de bankafschriften te verkrijgen. Dit is door de heer Van Boort ook niet betwist. Voor zover de heer Van Boort stelt dat hij reeds voor 17 januari 2017 feitelijk geen toegang meer had tot het zakelijke account van Infare UK, geldt dat hij dit niet met stukken heeft onderbouwd of anderszins aannemelijk heeft gemaakt.
100. Gezien de *letter of resignation* van 17 januari 2017, de vermelding van de datum van het aftreden van de heer Van Boort als bestuurder per 17 januari 2017 in het Register en de door de heer Van Boort op 14 juni 2017 overgelegde verklaring van zijn voormalige gemachtigde, komt de AFM tot de conclusie dat de heer Van Boort zijn bestuursfunctie bij Infare UK per 17 januari 2017 heeft neergelegd. De AFM is evenwel van oordeel dat de omstandigheid dat de heer Van Boort op 17 januari 2017, dus voor verstrijken van de Begunstigingstermijn op 27 februari 2017, formeel is teruggetreden als bestuurder van Infare UK, niet afdoet aan de rechtmatigheid van de Last. De door de heer Van Boort gestelde onmogelijkheid om aan de Last te voldoen is, wat daar ook van zij, door hem zelf gecreëerd geruime tijd na het opleggen van de Last. Gelet op de door de heer Van Boort overgelegde *letter of resignation* van 17 januari 2017 gaat de AFM ervan uit dat de heer Van Boort zijn bestuursfunctie uit eigen beweging heeft neergelegd. De heer Van Boort heeft zich daarmee zelf in de positie gebracht dat hij mogelijk niet aan de Last kan voldoen. De AFM is van oordeel dat de gevolgen van dit handelen voor rekening en risico van de heer Van Boort zijn.

101. De omstandigheid dat het dienstverband van de heer Van Boort met een vennootschap van (aandeelhouder) de heer (X) blijkt de door de heer Van Boort overgelegde 'beëindigingsovereenkomst dienstverband' al per 1 september 2016 is verbroken, leidt niet tot een ander oordeel. De overeenkomst bevat geen regeling ten aanzien van de bestuursfunctie van de heer Van Boort bij Infare UK. De heer Van Boort heeft dan ook niet aannemelijk gemaakt dat de heer van Boort al voor 17 januari 2017 zou zijn teruggetreden als bestuurder van Infare UK.
102. Tot slot merkt de AFM, geheel ten overvloede, nog het volgende op. De heer Van Boort stelt dat hij per e-mail van 21 februari 2017 aan de [REDACTED] te Malta heeft verzocht de bankafschriften te verstrekken. De heer Van Boort stelt daarbij dat hij op deze e-mail geen reactie kreeg, dat hij meerdere malen telefonisch contact heeft gehad met de [REDACTED] waarbij de [REDACTED] kenbaar heeft gemaakt niet mee te willen werken aan het verstrekken van de gegevens. De AFM stelt vast dat de heer Van Boort deze stelling niet met objectieve en concrete gegevens heeft onderbouwd. De heer Van Boort heeft geen gegevens overgelegd die zijn stelling dat de [REDACTED] niet wil meewerken aan zijn verzoek om de bankafschriften te verstrekken, bevestigen. De door de heer Van Boort overgelegde print van de e-mail die hij op 21 februari 2017 aan de [REDACTED] zou hebben verzonden, toont dit niet aan. Gelet op het voorgaande is de AFM van oordeel dat de heer Van Boort ook niet heeft aangetoond dat hij na 17 januari 2017 feitelijk niet in staat zou zijn geweest om de bankafschriften te verstrekken. De AFM merkt daarbij ook op dat het aftreden de heer Van Boort als bestuurder van Infare UK pas op 3 maart 2017, dus na het verstrijken van de Begunstigingstermijn, in het Register is gepubliceerd.
103. Gelet op het voorgaande is de AFM van oordeel dat de door de heer Van Boort gestelde onmogelijkheid om volledig aan de Last te voldoen niet afdoet aan de rechtmatigheid van de Last. De stelling van de heer Van Boort dat de AFM, gezien haar verstreckende bevoegdheden, de bankafschriften zelf bij de [REDACTED] zou kunnen opvragen, doet wat daar verder ook van zijn, evenmin af aan de rechtmatigheid van de opgelegde Last.
104. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

D. Opleggen van de Last is in strijd met het handhavingsbeleid van de AFM.

105. De heer Van Boort is van mening dat de Last in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en het Handhavingsbeleid van de AFM en DNB zoals gepubliceerd in de Staatscourant 2008, 132. Daarin is het volgende opgenomen ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel:

"met hun ter beschikking staande instrumenten dienen de toezichhouders steeds zoveel mogelijk een evenredig antwoord op een overtreding te bieden; de te treffen maatregel dient in overeenstemming te zijn met de ernst en de aard van de overtreding, als ook met de overige omstandigheden van het geval.

106. De toezichthouder dient acht te slaan op de mate waarin de overtreding verwijtbaar is, of er sprake is van recidive en of de overtreder de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd. In de visie van de heer Van Boort geeft de Last geen blijk van het laten meewegen van voornoemde omstandigheden.

Reactie AFM

107. De AFM heeft bij het opleggen van de Last acht geslagen op voornoemde omstandigheden. De AFM wijst erop dat zij op 13 september 2016 het Informatieverzoek heeft verzonden en dit verzoek tweemaal heeft herhaald, dat zij meerdere keren is ingegaan op de door de gemachtigde van de heer Van Boort gestelde vragen over het Informatieverzoek en dat zij de termijn voor aanleveren van de informatie meerdere keren heeft verlengd. De heer Van Boort heeft er desondanks voor gekozen om geen informatie aan de AFM te verstrekken over de activiteiten van Infare UK en geen stukken over te leggen ter onderbouwing van het beroep op artikel 1:16 Wft. De heer Van Boort heeft voorts geen feiten of omstandigheden aangevoerd dan wel stukken overgelegd waaruit zou blijken dat dit hem niet te verwijten valt. Daarnaast ziet de AFM niet in, in hoeverre de omstandigheid 'de overtreder heeft de overtreding uit eigen beweging beëindigd' in het kader van de belangenweging voor de heer Van Boort een gunstig gewicht in de schaal zou kunnen werpen, nu de heer Van Boort voorafgaand aan het opleggen van de Last en geruime tijd daarna op geen enkele wijze aan de informatieverzoeken heeft voldaan. Zelfs tot op heden is nog niet alle door de AFM verzochte informatie verstrekt.
108. Door niet te voldoen aan de informatieverzoeken heeft de heer Van Boort in strijd met artikel 5:20 Awb gehandeld. Dit is een ernstige overtreding omdat de AFM hierdoor in de uitoefening van haar toezichthoudende taken wordt belemmerd en zodoende niet kan onderzoeken of Infare UK een beroep kan doen op artikel 1:16 Wft en of Infare UK in strijd met artikel 2:60 Wft of artikel 2:80 Wft actief is in Nederland. Naar het oordeel van de AFM is de Last derhalve niet onevenredig.
109. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

E. De Begunstigingstermijn is te kort.

110. De heer Van Boort stelt dat de Begunstigingstermijn van 10 werkdagen te kort is voor de hoeveelheid gevorderde informatie.

Reactie AFM

111. De AFM is van oordeel dat de Begunstigingstermijn van de Last niet onredelijk kort is. De AFM ziet niet in waarom het voor de heer Van Boort onmogelijk zou zijn om de gevraagde informatie binnen de termijn van 10 werkdagen na datum van de Last te verstrekken. De heer Van Boort heeft deze stelling ook niet nader gemotiveerd door concreet aan te geven waarom de beantwoording van het Informatieverzoek meer tijd zou vergen dan 10 werkdagen. De AFM wijst er daarnaast op dat de heer Van Boort al sinds het Informatieverzoek van 13 september 2016, dus gedurende lange tijd, op de hoogte is van de informatie die

de AFM van hem vordert. Gelet hierop heeft de heer Van Boort, zoals ook de Voorzieningenrechter in de Uitspraak heeft overwogen, ruimschoots de tijd gehad om een begin te maken met het verzamelen van de gevraagde gegevens. De heer Van Boort heeft in ieder geval tot aan de Uitspraak van de Voorzieningenrechter 20 februari 2017 geen enkel aanstalten laten zien om aan het Informatieverzoek te voldoen. Deze keuze komt voor eigen rekening en risico van de heer Van Boort.¹¹

112. Ten aanzien van dit onderdeel leidt de heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

F. De hoogte van de dwangsom is disproportioneel.

113. De heer Van Boort voert aan dat gezien de gegeven Begunstigingstermijn het risico dat hij dwangsommen verbeurt reëel is. In dat licht en gezien de uitvoerige vragenlijst van de AFM acht hij de hoogte van de dwangsom en het daaraan verbonden maximum van € 50.000,- disproportioneel.

Reactie AFM

114. Ingevolge artikel 5:32b, eerste lid, Awb stelt het bestuursorgaan de dwangsom vast hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last.

115. Ingevolge artikel 5:32b, tweede lid, Awb stelt het bestuursorgaan tevens een bedrag vast waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd.

116. Ingevolge artikel 5:32b, derde lid, Awb staan de bedragen in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.

117. De hoogte van de opgelegde dwangsom dient in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het door de overtreding geschonden belang en anderzijds de beoogde effectieve werking van de dwangsomoplegging. De AFM heeft bij de beoordeling van de hoogte van de dwangsom en het maximaal te verbeuren bedrag rekening gehouden met de zwaarte van de overtreding en de beoogde werking van de oplegging van de Last. Zoals hiervoor onder D. is overwogen, heeft de heer Van Boort er, ondanks de informatieverzoeken en de door de AFM verstrekte toelichting, voor gekozen geen informatie aan de AFM te verstrekken over de activiteiten van Infare UK en geen stukken over te leggen ter onderbouwing van het beroep op artikel 1:16 Wft. De AFM ziet niet in waarom de hoogte van de dwangsom, zowel op zich zelf staand als in samenhang bezien met de Begunstigingstermijn, disproportioneel zou zijn ten opzichte van het nagestreefde doel van de Last. De prikkel die uitgaat van de hoogte van de last dient zodanig te zijn dat de heer Van Boort ook daadwerkelijk voldoet aan het Informatieverzoek. De AFM verwijst in dit verband op de door haar op haar

¹¹ Vgl. Vzr. Rb. Rotterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7983, rov. 5.4: “Reeds nu verzoeker geen omstandigheden heeft gesteld die het oordeel rechtvaardigen dat hij niet binnen de begunstigingstermijn van tien werkdagen aan de last kan voldoen, ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om die termijn onredelijk te achten, nog daargelaten dat AFM verzoeker zeer veel tijd heeft gegund om aan zijn medewerkingverplichting te voldoen.”.

website gepubliceerde, vergelijkbare lasten onder dwangsom, waar dezelfde dwangsom is bepaald. Ook het door de AFM gehanteerde maximumbedrag van € 50.000 is gebruikelijk in dergelijke situaties.

118. Ten aanzien van dit onderdeel leidt de heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

G. Aan de heer Van Boort had in het kader van het informatieverzoek de cautie moeten worden gegeven.

119. De heer Van Boort stelt zich op het standpunt dat de AFM hem in het kader van de informatievordering had moeten wijzen op zijn zwijgrecht en verwijst naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)¹² waaruit volgens de heer Van Boort volgt dat de cautie ook in het kader van een schriftelijke informatievordering gegeven dient te worden wanneer betrokkene zich bevindt in de positie die materieel gelijk gesteld kan worden aan een verhoor, gericht op het mondeling verkrijgen van informatie. De heer Van Boort stelt dat de informatievordering in dit geval gelijk is te stellen aan een mondeling verhoor omdat de AFM aanvankelijk aanstuurde op een ‘gesprek’ ten kantore van de AFM en gezien de druk die de AFM op de heer Van Boort heeft gelegd door dwangsommen in het vooruitzicht te stellen indien hij de gevorderde informatie niet tijdig of volledig verstrekt.

Reactie AFM

120. De AFM is van oordeel dat de grond faalt. In de zaak die heeft geleid tot de hiervoor genoemde uitspraak van het CBb was sprake van een ‘criminal charge’. Het CBb heeft in die zaak aannemelijk geacht dat de informatievordering is gedaan in het kader van een op eventuele bestraffing van de betrokkene gericht onderzoek naar de ernst van de overtreding.

121. Van een dergelijke situatie is in dit geval geen sprake. Het Informatieverzoek van de AFM is gericht op het onderzoeken of artikel 1:16 Wft van toepassing is, zodat vervolgens kan worden vastgesteld of Infare UK mogelijk artikel 2:60 (of eventueel artikel 2:80 Wft) overtreedt. Een dergelijk informatieverzoek kwalificeert niet als criminal charge, aangezien hieruit geen concreet voornemen tot boeteoplegging kan worden afgeleid.¹³ Het onderzoek verkeerde derhalve op het moment van het Informatieverzoek in de toezichtsfase en van een (concreet) voornemen om een bestraffende sanctie op te leggen, ofwel een ‘criminal charge’, was geen sprake. Dat het Informatieverzoek volgens de heer Van Boort blijk zou geven van een vermoeden van een overtreding maakt het voorgaande niet anders.¹⁴

¹² ECLI:NL:CBB:2010:BL5463, ook gepubliceerd in AB 2010/317.

¹³ Vgl. CBb 9 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:121, rov. 8.

¹⁴ Vgl. CBb 14 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:114, rov. 4.1: “(...) Dat AFM in het informatieverzoek appellant erop heeft gewezen dat een overtreding van de Wft een economisch delict is, acht het College onvoldoende om hierover anders te oordelen. Uit die mededeling blijkt immers niet dat AFM voornemens is bij constatering van een overtreding bestraffende maatregelen te nemen, en evenmin kon appellant daaraan in redelijkheid die verwachting ontleunen.

122. De stelling van de heer Van Boort dat de uitnodiging voor een gesprek ten kantore van de AFM voorafgaand aan het Informatieverzoek zou wijzen op een verhoor, slaagt evenmin. Dergelijke gesprekken zijn een gebruikelijk onderdeel van het toezichtonderzoek door de AFM.
123. De AFM verwijst in dit verband ook op de overweging van de Voorzieningenrechter over de cautieverplichting (rov. 8):
- “Het bestreden besluit strekt ertoe dat Van Boort informatie bekendmaakt die de AFM nodig acht voor haar onderzoek en heeft geen punitief karakter, zodat de AFM niet gehouden was Van Boort de cautie te geven. De voorzieningenrechter merkt hierbij op dat, als het eenieder zou vrijstaan zich in reactie op een informatieverzoek van een toezichthouder zonder nadere onderbouwing op het standpunt te stellen dat de gevraagde informatie niet hoeft te worden gegeven omdat die informatie mogelijk belastend is voor de gever, de wettelijke toezichtsbevoegdheden praktisch zinledig worden.”*
124. De AFM komt dan ook op grond van bovenstaande ook na heroverweging tot het oordeel dat zij aan de heer Van Boort een last onder dwangsom mocht opleggen ter handhaving van de uit artikel 5:20 Awb voortvloeiende informatieverplichting en hierbij niet strijdig heeft gehandeld met het nemo tenetur-beginsel en het daarmee samenhangende zwijgrecht.
125. Ten aanzien van dit onderdeel leidt de heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

H. De heer Van Boort had voorafgaand aan het opleggen van de Last moeten worden gehoord.

126. De heer Van Boort voert aan dat de AFM ten onrechte heeft nagelaten om hem voorafgaande aan het opleggen van de Last te horen. Blijkens de Last heeft de AFM daarbij toepassing gegeven de artikelen 4:8 en 4:11, aanhef en onder a en onder b, Awb. Volgens de heer Van Boort mocht de AFM het horen niet op de aangevoerde gronden achterwege laten.

Reactie AFM

127. Op grond van artikel 4:8, eerste lid, Awb stelt het bestuursorgaan, voordat het een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien: a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.
128. Op grond van artikel 4:8, tweede lid, Awb geldt het eerste lid niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken.
129. Op grond van artikel 4:11 Awb kan het bestuursorgaan toepassing van de artikelen 4:7 en 4:8 achterwege laten voor zover: a. de vereiste spoed zich daartegen verzet; b. de belanghebbende reeds eerder in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen en zich sindsdien geen nieuwe feiten of

omstandigheden hebben voorgedaan of c. het met de beschikking beoogde doel slechts kan worden bereikt indien de belanghebbende daarvan niet reeds tevoren in kennis is gesteld.

130. De AFM is na heroverweging van oordeel dat, daargelaten of van het horen met toepassing van artikel 4:11, aanhef en onder a en onder b, Awb kon worden afgezien, van het horen op grond van artikel 4:8, tweede lid, Awb kon worden afgezien. De hoorplicht van artikel 4:8, eerste lid, Awb geldt op grond van het tweede lid niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken. De heer Van Boort was op grond van artikel 5:20 Awb verplicht om de door de AFM gevraagde gegevens te verstrekken. Uit de jurisprudentie¹⁵ volgt dat in een situatie als de onderhavige waarin de heer Van Boort niet de in het Informatieverzoek gevraagde gegevens heeft verstrekt, voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom op grond van artikel 4:8, tweede lid, Awb van het horen kan worden afgezien. Afgezien daarvan zijn er naar het oordeel van de AFM voldoende contacten geweest voordat de Last werd opgelegd. De AFM heeft de door de heer Van Boort ten aanzien van het Informatieverzoek gestelde vragen gemotiveerd beantwoord en op 18 oktober 2016 het Herhaald informatieverzoek gestuurd. Op 3 november 2016 heeft de AFM het Informatieverzoek nogmaals verstuurd. De AFM verwijst naar de Uitspraak van de Voorzieningenrechter die het standpunt van de AFM steunt (rov. 9):

“De grond dat de AFM ten onrechte een beroep doet op artikel 4:8, tweede lid, van de Awb faalt eveneens. Op grond van dit artikellid hoeft de AFM Van Boort niet in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen als hij niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken. Gelet op het voorgaande is daarvan sprake, omdat Van Boort de bij brief van 13 september 2016 rechtmatig gevraagde gegevens niet heeft verstrekt. De AFM was daarom niet gehouden Van Boort in de gelegenheid te stellen een zienswijze in te dienen op een voorgenomen last onder dwangsom. De voorzieningenrechter acht dit ook anderszins niet onzorgvuldig of in strijd met het verdedigingsbeginsel, omdat de AFM voordat zij het bestreden besluit heeft genomen haar informatieverzoek heeft herhaald en Van Boort vervolgens in zijn standpunt heeft volhard. Dit doet Van Boort ook in bezwaar, nu hij over meer informatie en stukken beschikt dan ten tijde van het bestreden besluit, zodat (ook achteraf) niet aannemelijk is dat het niet horen van Van Boort, het niet uitbrengen van een voornemen of het niet eerder overleggen van meer stukken door de AFM Van Boort daadwerkelijk de mogelijkheid heeft ontnomen zich zodanig te verweren dat de besluitvorming van de AFM anders had kunnen uitvallen.”

131. Ten aanzien van dit onderdeel leidt de heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

I. De heer Van Boort leidt bij niet-anonieme publicatie van de Last onevenredige schade.

132. De heer Van Boort stelt zich op het standpunt dat zijn naam bij de publicatie van de Last geanonimiseerd moet worden, omdat publicatie hem onevenredige schade zou berokkenen. De heer Van Boort wijst op zijn

¹⁵ Vgl. Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012BX7983 (rov. 5.1); rechtbank Rotterdam 12 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9886 (rov. 7); voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9912.

jonge leeftijd (■ jaar). Hij voert aan dat hij aan het begin van zijn werkzame leven staat en op zoek is naar een nieuwe werkring. Publicatie zal gedurende de komende jaren wat betreft zijn loopbaanperspectief en toekomstige inkomenssituatie, ernstige nadelige effecten hebben. Niet valt in te zien hoe het belang van bescherming van de markt bij een publieke waarschuwing omtrent een met name genoemd bedrijf gediend is met de vermelding van zijn persoonsgegevens. De activiteiten van Infare UK zijn reeds gestaakt.

Reactie AFM

133. Ingevolge artikel 1:97, vierde lid, Wft maakt de toezichthouder in afwijking van het eerste lid een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom ingevolge deze wet zo spoedig mogelijk openbaar, indien een dwangsom wordt verbeurd.
134. Ingevolge artikel 1:98, eerste lid, Wft voor zover hier van belang, wordt openbaarmaking op grond van artikel 1:97 uitgesteld of geschiedt deze in zodanige vorm dat de openbaar te maken gegevens niet herleidbaar zijn tot afzonderlijke personen, voor zover a. die gegevens herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon en bekendmaking van zijn persoonsgegevens onevenredig zou zijn en b. betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend.
135. De Voorzieningenrechter heeft in de Uitspraak over de publicatie het volgende overwogen:

“10.2 In reactie op het betoog van Van Boort heeft de AFM zich op het standpunt gesteld dat niet gebleken is van een individuele, bijzondere situatie waarin het belang van de bescherming van de markt moet wijken voor het individuele belang van Van Boort. De voorzieningenrechter sluit niet uit dat de AFM zich terecht op dit standpunt stelt, maar is van oordeel dat van de AFM verwacht had mogen worden specifiekere te reageren op de door Van Boort aangedragen argumenten dan zij heeft gedaan; de AFM heeft volstaan met een zeer algemene reactie. Dit gebrek in de besluitvorming kan de AFM in bezwaar herstellen, maar openbaarmaking van de naam Van Boort is onomkeerbaar. Van Boort heeft er een gerechtvaardigd belang bij dat de AFM daar niet toe overgaat voordat zij de belangen van Van Boort duidelijk kenbaar heeft afgewogen tegen het belang van openbaarmaking. De AFM beroept zich in haar verweerschrift op het belang van de bescherming van de markt, terwijl zij tegelijkertijd benadrukt dat zij aan het begin staat van haar onderzoek en eerst wil vaststellen wat de activiteiten van Infare UK zijn of waren. Gelet hierop is vooralsnog niet zonder meer duidelijk waartegen de markt beschermd moet worden en dat publicatie van de naam van Van Boort dit doel dient.

Bij publicatie van de naam Infare UK is voor belangstellenden betrekkelijk eenvoudig te achterhalen dat de last is gericht tot Van Boort als enig bestuurder van Infare UK. Hierbij komt dat de AFM haar informatieverzoek, haar correspondentie en het bestreden besluit niet heeft gericht tot Infare UK. Evenmin heeft de AFM Infare UK in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven op de voorgenomen openbaarmaking. Onder deze omstandigheden dient de AFM naar het oordeel van de

voorzieningenrechter bij openbaarmaking van het bestreden besluit en in de berichtgeving daarover ook de naam Infare UK te anonimiseren.”

136. Anonieme publicatie is aangewezen indien voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM kan worden vastgesteld dat de bekendmaking van de persoonsgegevens van de heer Van Boort voor hem onevenredig zou zijn of hem als betrokken partij bij volledige openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. In de Last is geconcludeerd dat zich geen omstandigheden voordoen die aan volledige openbaarmaking van de Last in de weg staan. De AFM ziet ook na heroverweging geen reden om de openbaarmaking in anonieme vorm plaats te laten vinden en licht haar belangenafweging hiertoe als volgt toe.

Belangen AFM bij publicatie

137. Publicatie dient het maatschappelijk belang om de markt te informeren over en/of te waarschuwen voor de overtreding van een wettelijke norm. Met de publicatie wordt de inhoud van de norm onder de aandacht van de markt gebracht, zodat voor andere marktpartijen inzichtelijk wordt wanneer er geen sprake is van een adequaat gevoerde bedrijfsvoering. Daarnaast wordt met de publicatie geïnformeerd over en/of gewaarschuwd voor het handelen van de overtreder. Ook wordt met de publicatie geïnformeerd over het handelen van de AFM en duidelijk gemaakt dat de AFM zo nodig handhavend optreedt. Waar de belangen van normoverdracht en generale preventie ook – zij het in mindere mate - gediend kunnen worden met anonieme publicatie, geldt dit niet voor het belang van het deugdelijk informeren van de markt.

Belang van de bescherming van de markt

138. Naast het generieke doel van publicatie van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 5:20 Awb, namelijk dat men moet meewerken aan onderzoeken van de AFM, is hier tevens sprake van een specifiek doel, namelijk de markt informeren dat de heer Van Boort niet meewerkt aan een onderzoek. De AFM kwalificeert het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting van artikel 5:20 Awb als ernstig, omdat zij hierdoor in de uitoefening van haar toezichthoudende taken wordt belemmerd en zodoende niet kan onderzoeken of Infare UK een beroep op artikel 1:16 Wft toekomt of mogelijk in strijd met artikel 2:60 en/of 2:80 Wft actief is op de financiële markten. Een overtreding van de artikelen 2:60 en/of 2:80 Wft is een ernstige overtreding waarbij consumenten kunnen worden benadeeld en wanneer deze overtreding plaatsvindt, is het van groot belang dat deze zo snel mogelijk gestaakt wordt. De AFM acht het daarom van groot belang dat aan de markt bekend wordt gemaakt dat de heer Van Boort niet meewerkt aan dit onderzoek van de AFM.
139. De omstandigheid dat Infare UK haar activiteiten heeft gestaakt, doet het belang van de bescherming en het deugdelijk informeren van de markt niet wegvallen. De heer Van Boort was enig bestuurder van Infare UK en hij zal in de toekomst weer op de financiële markt actief kunnen zijn.

Onevenredig(e schade)

140. De heer Van Boort voert aan dat niet anonieme publicatie ernstige en nadelige effecten zal hebben voor zijn loopbaanperspectief en toekomstige inkomenssituatie en wijst op zijn jonge leeftijd. De AFM ziet dat de

heer Van Boort door volledige openbaarmaking in zijn belangen wordt geraakt en dat hij mogelijk schade zal kunnen ondervinden van de publicatie van de omstandigheid dat hij niet voldoende heeft meegewerkt aan de informatieverzoeken van de AFM en de Last. Naar het oordeel van de AFM heeft de heer Van Boort deze schade echter niet geconcretiseerd, laat staan dat duidelijk is dat de schade die hij daarvan zal kunnen ondervinden onevenredig of uitzonderlijk zou zijn. De algemene omstandigheid van jonge leeftijd en de omstandigheid dat de heer Van Boort op zoek is naar een nieuwe werkkring zijn daarvoor niet voldoende. Van onevenredigheid is naar het oordeel van de AFM, ook gelet op het feit dat de heer Van Boort nog altijd geen volledig gevolg heeft gegeven aan de Last, geen sprake.¹⁶ Overigens is de AFM van oordeel dat ook ten aanzien van Infare UK geen feiten en omstandigheden zijn gebleken op grond waarvan vastgesteld kan worden dat deze partij door niet-anonieme openbaarmaking van de Last onevenredige schade zou worden berokkend.

Conclusie

141. Naar het oordeel van de AFM is de schade die de heer Van Boort stelt te ondervinden door de niet-geanonimiseerde publicatie niet onevenredig of uitzonderlijk in verhouding tot de met de publicatie te dienen doelen, zoals hiervoor beschreven. De belangen van de AFM bij een volledige publicatie wegen op tegen de daaruit mogelijk voortvloeiende schade voor de heer Van Boort en/ of Infare UK. Naar het oordeel van de AFM is er dan ook geen aanleiding om van volledige openbaarmaking af te zien.
142. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Publicatie

143. De AFM heeft op grond van de artikelen 1:97, vierde lid, en 1:98, eerste lid, Wft besloten om de Last te publiceren. De Voorzieningenrechter heeft in de Uitspraak de Last geschorst voor zover die ertoe strekt dat bij het verbeuren van een dwangsom de namen Van Boort en Infare UK openbaar worden gemaakt. De Voorzieningenrechter heeft in de Uitspraak bepaald dat deze schorsing vervalt één week na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar. De AFM zal na het vervallen van de schorsing de Last volledig openbaar maken.
144. Voorts zal de AFM aan de heer Van Boort een voornemen sturen tot publicatie van de huidige stand van zaken van de juridische procedure en de beslissing op bezwaar. Hierbij zal de heer Van Boort in de gelegenheid worden gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken.

Invorderingsbeschikking

- J. Er zijn geen dwangsommen verbeurd; het deels niet kunnen voldoen aan de last rechtvaardigt niet de verbeurte van de maximale dwangsom.**

¹⁶ Vgl. Kamerstukken II 2015/16, 34 455, nr. 3, p. 34.

145. De heer Van Boort is van oordeel dat er geen dwangsommen zijn verbeurd. De heer Van Boort voert aan dat hij – op advies van zijn voormalig gemachtigden en gelet op zijn positie en verantwoordelijkheden als werknemer – heeft gewacht met het geven van gehoor aan het Informatieverzoek, hij heeft immers geen juridische achtergrond en wilde alvorens hij informatie deelde met de AFM eerst zijn positie helder hebben. Hij was in dienst bij een aan Infare UK gelieerde Nederlandse onderneming en niet op de hoogte van de consequenties richting zijn werkgever bij eventuele verstrekking van (mogelijk privacy gevoelige) informatie richting te AFM. Na de uitspraak van de Voorzieningenrechter heeft hij binnen de Begunstigingstermijn gevolg gegeven aan het Informatieverzoek. De heer Van Boort voert aan dat hij alle 26 vragen, behalve één, ter tevredenheid van de AFM heeft beantwoord. Vraag 10 heeft hij gedeeltelijk beantwoord door het bankrekeningnummer te vermelden. Hij heeft daarbij de redenen vermeld waarom hij de vraag niet volledig kan beantwoorden. De heer Van Boort wijst er op dat in de Last expliciet staat vermeld dat indien het verstrekken van (een deel van) de gevraagde informatie niet mogelijk de heer Van Boort hiervoor de reden moet geven. Dat heeft hij gedaan. De heer Van Boort stelt zich op het standpunt dat het alleen niet kunnen aanleveren van de bankafschriften in alle redelijkheid geen grond kan zijn te beslissen dat er niet voldaan is aan de Last en dat dwangsommen zijn verbeurd.

Reactie AFM

146. De dwangsommen worden van rechtswege verbeurd door de overtreding van de Last. De Last houdt in dat de heer Van Boort volledig voldoet aan het Informatieverzoek. Met vraag 10 van het Informatieverzoek heeft de AFM verzocht:
- “bankafschriften te verstrekken van het bankrekeningnummer of de bankrekeningnummers die Infare UK aanhoudt voor haar bedrijfsactiviteiten. Graag de bankafschriften van 1 januari 2015 tot en met heden.”*
147. De heer Van Boort heeft op 23 februari 2017 en 24 februari 2017 in reactie op de Last informatie versterkt aan de AFM. Niet in geschil is dat de heer Van Boort de in vraag 10 van het Informatieverzoek gevraagde informatie niet voor afloop van de (verlengde) begunstigingstermijn op 27 februari 2017 heeft verstrekt. De heer Van Boort heeft daarmee vanaf 28 februari 2017 per dag waarop niet aan de Last is voldaan een dwangsom van € 5.000,- verbeurd totdat het in de Last opgenomen maximumbedrag van € 50.000,- was bereikt.
148. Gelet op het voorgaande doet de omstandigheid dat de heer Van Boort binnen de Begunstigingstermijn gedeeltelijk aan de Last heeft voldaan niet af aan de vaststelling dat niet volledig is voldaan aan de Last en dat als gevolg daarvan vanaf 28 februari 2017 gedurende 10 dagen dwangsommen zijn verbeurd.
149. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

K. Afzien van invordering en matiging van de hoogte van de dwangsom.

150. De heer Van Boort doet, indien de AFM meent dat er dwangsommen verbeurt zijn, een beroep op matiging en coulance. De heer Van Boort is van mening dat de invordering alsmede de hoogte van de dwangsom in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb. Een verbeurde dwangsom van € 50.000,- voor het enkel niet (kunnen) verschaffen van bankafschriften is volgens de heer Van Boort per definitie onredelijk en disproportioneel. De heer Van Boort voert in dit verband ook aan dat hij al geruime tijd geen werkzaamheden meer verricht voor Infare UK en dat het hem blijvend onmogelijk is om alsnog aan de Last voldoen. De heer Van Boort voert daarnaast aan dat hij geen financieel profijt heeft gehad van de activiteiten, anders dan zijn loon en niet over financiële middelen beschikt om eventueel verbeurde dwangsommen te voldoen. Hij wijst op zijn jonge leeftijd en dat hij de gevraagde informatie niet kan aandragen, maar dat hij zich wel heeft ingespannen om hiervoor zorg te dragen. Het voorgaande rechtvaardigt volgens hem een matiging van de dwangsommen tot nihil.

Reactie AFM

151. De AFM stelt voorop dat naar vaste rechtspraak¹⁷ bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht dient te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, Awb¹⁸. Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.

Gedeeltelijk aan de Last voldaan

152. Met betrekking tot de omstandigheid dat de heer Van Boort gedeeltelijk aan de Last heeft voldaan, overweegt de AFM dat in beginsel het enkele feit dat gedeeltelijk aan de last is voldaan onvoldoende reden is om geheel of gedeeltelijk van de invordering af te zien.¹⁹ De heer Van Boort heeft weliswaar 25 van de 26 vragen van het Informatieverzoek binnen de Begunstigingstermijn beantwoord, maar hij heeft de voor de toetsing van de juistheid van de door hem verstrekte informatie noodzakelijke bankafschriften van Infare UK, niet verstrekt aan de AFM. Daarmee heeft hij de adequate uitoefening van het toezicht belemmerd. De omstandigheid dat de heer Van Boort gedeeltelijk aan de Last heeft voldaan is voor de AFM geen bijzondere omstandigheid die ertoe leidt dat geheel of gedeeltelijk van invordering kan worden afgezien. De AFM ziet in het voorgaande evenmin aanleiding om de in te vorderen dwangsom te matigen.
153. Over het betoog van de heer Van Boort dat een dwangsom van € 50.000,- voor het niet (kunnen) verschaffen van bankafschriften disproportioneel zou zijn, overweegt de AFM dat de last onder dwangsom er op is

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (RvS) uitspraak van 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2698.

¹⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115.

¹⁹ Zie RvS uitspraak van 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:32; uitspraak van 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444.

gericht de overtreder ertoe te bewegen voor het einde van de begunstigingstermijn aan alle onderdelen van de last te voldoen en aldus een einde aan de overtreding te maken.²⁰ De hoogte van de dwangsom is gerelateerd aan de zwaarte van het door de overtreding geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom. Van een disproportioneel hoge dwangsom is naar het oordeel van de AFM geen sprake.

Onmogelijkheid om volledig aan de Last te voldoen

154. De door de heer Van Boort genoemde onmogelijkheid om volledig aan de Last te voldoen is voor de AFM evenmin een reden om van invordering af te zien. Zoals in de Invorderingsbeschikking en hiervoor is overwogen was de heer Van Boort ten tijde van het opleggen van de Last juridisch en feitelijk in staat om de bankafschriften op te vragen en te verstrekken aan de AFM. De door de heer Van Boort genoemde onmogelijkheid om aan de Last te voldoen is door hem zelf gecreëerd. Dat hij mogelijk vanaf 17 januari 2017 als gevolg van zijn aftreden als bestuurder van Infare UK niet meer bij machte was om de bankafschriften op te vragen, komt naar het oordeel van de AFM voor zijn eigen rekening en risico. De AFM ziet in deze omstandigheid dan ook geen aanleiding om geheel of gedeeltelijk van invordering van de verbeurde dwangsommen af te zien dan wel de te vorderen dwangsom te matigen.
155. Dat de heer Van Boort, naar hij thans stelt in de veronderstelling verkeerde dat, gelet op de formulering van vraag 10, verstrekking van het bankrekeningnummer van Infare UK afdoende zou zijn om aan het Informatieverzoek te voldoen, baat hem niet. In tegenstelling tot hetgeen de heer Van Boort betoogt is over de strekking van vraag 10, gelet op de formulering van deze vraag, geen twijfel mogelijk. Mocht aan de zijde van de heer Van Boort enige twijfel hebben bestaan over hetgeen van hem op grond van het Informatieverzoek werd verwacht, dan had het op de weg van de heer Van Boort gelegen om dit tijdig aan de AFM te adresseren om hierover zekerheid te verkrijgen.

Inspanning van de heer Van Boort om de bankafschriften te verstrekken

156. De AFM ziet in het betoog van de heer Van Boort dat hij er alles aan heeft gedaan om na de Uitspraak de gevraagde bankafschriften aan te leveren, evenmin aanleiding om geheel of gedeeltelijk van invordering van de verbeurde dwangsommen af te zien dan wel de te vorderen dwangsom te matigen. Zoals de AFM onder C. van deze beslissing heeft overwogen, is onvoldoende aangetoond dat de [REDACTED] de bankafschriften op het verzoek van de heer Van Boort weigerde te verstrekken. Voor de AFM staat dan ook niet vast dat de heer Van Boort er alles aan heeft gedaan om alsnog de bankafschriften aan te leveren, nog daargelaten of in de situatie waarin dat wel het geval is dit een reden zou kunnen zijn om geheel of gedeeltelijk van invordering van te zien dan wel de in te vorderen dwangsom te matigen.

Financiële draagkracht

157. Uit de rechtspraak blijkt dat de financiële omstandigheden van de overtreder in beginsel geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom.²¹ De AFM wijst in dit verband op artikel 5:32b, derde lid, Awb, waaruit blijkt dat de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding dient te staan tot de

²⁰ Vgl. RvS 29 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4743.

²¹ Zie RvS 10 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX0732.

zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom. Bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom behoeft dus geen rekening te worden gehouden met de financiële draagkracht van de overtreder.²²

158. De omstandigheid dat de heer Van Boort, naar hij heeft gesteld, financieel niet in staat is de verbeurde dwangsom te voldoen, is gelet op het voorgaande geen bijzondere omstandigheid die relevant is voor de beoordeling in het kader van de beslissing omtrent de invordering van een dwangsom als bedoeld in artikel 5:37 Awb. Naar het oordeel van de AFM heeft de heer Van Boort ook niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van onaanvaardbare financiële gevolgen, nog daargelaten of dergelijke gevolgen vervolgens kwalificeren als een bijzondere omstandigheid op grond waarvan de AFM gehouden zou zijn om geheel of gedeeltelijk van invordering van de verbeurde dwangsom af te zien. De AFM wijst hier ook op de mogelijkheid van het treffen van een betalingsregeling. De gestelde financiële situatie doet dan ook niet af aan de rechtmatigheid van de Invorderingsbeschikking.
159. Het feit dat in dit besluit de Invorderingsbeschikking in stand wordt gelaten, staat echter niet in de weg aan het indienen van een, onder meer met gegevens over draagkracht, onderbouwd verzoek tot matiging van de dwangsom. Een betrokkene kan de AFM verzoeken om uit coulance tot matiging van een verbeurde dwangsom over te gaan indien sprake is van blijvende of tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om het totaal openstaand bedrag te betalen. De AFM vat het betoog van de heer Van Boort omtrent zijn financiële positie dan ook op als een verzoek tot matiging uit coulance. De AFM zal het coulanceverzoek in behandeling nemen en een besluit hierover nemen. De AFM zal hierover separaat van dit besluit contact met de heer Van Boort opnemen.
160. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

L. Afzien van wettelijke rente

161. Tot slot heeft de heer Van Boort de AFM verzocht, mocht zij beslissen over te gaan tot invordering, geen wettelijke rente in rekening te brengen op de dwangsommen. Gezien het procesverloop (meerdere bezwaren, beslistermijnen en dergelijke) acht de heer Van Boort vergoeding van enig wettelijke rente onredelijk. Ook de eventueel bijkomende kosten van aanmaning of incasso dienen gezien het procesverloop niet voor rekening van de heer Van Boort te komen.

Reactie AFM

162. Op grond van artikel 5:33 Awb moet een dwangsom binnen zes weken nadat zij van rechtswege is verbeurd, worden betaald.

²² Zie CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0318.

163. In artikel 4:97 Awb is bepaald dat de schuldenaar in verzuim is indien hij niet binnen de voorgeschreven termijn heeft betaald. Dit verzuim heeft de verschuldigdheid van de wettelijke rente tot gevolg als bedoeld in artikel 4:98 Awb.
164. In artikel 4:99 Awb is bepaald dat het bestuursorgaan het bedrag van de verschuldigde rente bij beschikking vaststelt. De beschikking bevat tevens de berekening van het bedrag. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 4:99 Awb²³ blijkt dat het bestuursorgaan niet verplicht is de aan hem te betalen rente in rekening te brengen. Onder omstandigheden kan het wenselijk zijn geheel of gedeeltelijk af te zien van het in rekening brengen van de verschuldigde rente.
165. Op grond van artikel 4:113 Awb kan het bestuursorgaan voor de aanmaning een vergoeding in rekening brengen. De vergoeding dient in de aanmaning te worden vermeld.
166. In artikel 4:119, eerste lid, Awb is bepaald dat de aanmaningsvergoeding, de wettelijke rente en kosten van het dwangbevel bij dwangbevel kunnen worden ingevorderd.
167. In de Invorderingsbeschikking is vermeld dat de AFM wettelijke rente in rekening brengt omdat de verbeurde dwangsom niet tijdig op de rekening van de AFM is bijgeschreven en dat ook eventuele aanmaningskosten en incassokosten komen voor van de heer Van Boort komen. De AFM heeft evenwel nog geen besluit genomen met betrekking tot de verschuldigde rente of een vergoeding van eventuele aanmaningskosten.
168. Omdat de AFM nog geen beschikking heeft genomen als bedoeld in artikel 4:99 Awb valt het verzoek van de heer Van Boort om geen wettelijke rente in rekening te brengen buiten de omvang van deze beslissing op bezwaar. Mocht de AFM tot het in rekening brengen van wettelijke rente besluiten, dan is dat een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb waartegen de heer Van Boort een bezwaarschrift kan indienen.

IV. Besluit

169. De AFM heeft besloten de Last en de Invorderingsbeschikking in stand te laten. De motivering van de bestreden besluiten wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

V. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank

²³ Kamerstukken II 2003/04 29 702, nr. 3, p. 47.

Ons kenmerk



Pagina

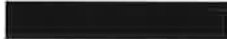
34 van 34

via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

(was getekend)

Hoofd



(was getekend)

Manager

