

Openbare versie
Hammerstein Advocaten
mr. K. Roderburg
Herengracht 480
1017 CB AMSTERDAM

Datum
Ons kenmerk
Pagina 1 van 22
Telefoon [..]
E-mail [..]
Betreft Beslissing op bezwaar

Geachte heer Roderburg,

Bij besluit van 28 december 2018 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan de heer J.C.N. Bertholet (**Bertholet**) een bestuurlijke boete opgelegd met kenmerk [..] (**het bestreden besluit**). Aanleiding voor het bestreden besluit is het feitelijk leiding geven door Bertholet aan de overtreding van artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) door Zonneperceel II B.V. (**ZP II**), Zonneperceel III B.V. (**ZP III**), Zonneperceel IV B.V. (**ZP IV**), Zonneperceel V B.V. (**ZP V**), Zonneperceel VII B.V. (**ZP VII**), Zonneperceel VIII B.V. (**ZP VIII**), Zonneperceel IX B.V. (**ZP IX**, gezamenlijk: **de Zonneperceel B.V.'s**¹) in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017. Tegen het bestreden besluit heeft Bertholet op 4 januari 2019 bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het bestreden besluit in stand te laten, met aanvulling van de motivering als opgenomen in dit besluit. 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. Paragraaf VI behandelt het verzoek om kostenvergoeding. Tot slot bevat paragraaf VII de rechtsgangverwijzing. [..].

I. Procedure

1. Op 4 april 2017 is de AFM een onderzoek gestart naar de naleving van de Wft en de Wet handhaving consumentenbescherming (**Whc**) door de onderneming Zonneperceel B.V., althans de entiteit 'Zonneperceel'. Aanleiding voor dit onderzoek waren teksten op de website (www.zonneperceel.nl) waaruit

¹ Hiermee wordt nadrukkelijk niet bedoeld op Zonneperceel I B.V.

bleek dat onder de naam 'Zonneperceel' obligaties werden aangeboden en het informatiememorandum van ZP IV.²

2. Bij brief van 25 oktober 2018 heeft de AFM aan Bertholet kenbaar gemaakt voornemens te zijn een bestuurlijke boete op te leggen (kenmerk: [..], hierna: **boetevoornemen**). Bij het boetevoornemen is het onderzoeksrapport met kenmerk [..] (**onderzoeksrapport**) gevoegd.
3. Bij besluit van 28 december 2018 heeft de AFM aan Bertholet een bestuurlijke boete opgelegd als bedoeld in artikel 1:80 Wft van € 75.000. De boete is opgelegd voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 5:2 van de Wft door de Zonneperceel B.V.'s. Volgens het bestreden besluit hebben de Zonneperceel B.V.'s in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 (**onderzoekperiode of boeteperiode**) in Nederland effecten aan het publiek aangeboden, zonder dat terzake van de aanbieding een prospectus algemeen verkrijgbaar was dat was goedgekeurd door de AFM of door een toezichhoudende instantie van een andere lidstaat.
4. Bij brief van 4 januari 2019 heeft Bertholet bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. In het bezwaarschrift heeft Bertholet verzocht om de gronden van het bezwaar op een later moment aan te mogen vullen. Bij verzoekschrift van gelijke datum heeft Bertholet de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht om een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van de publicatie van het bestreden besluit.
5. Bij brief van 10 januari 2019 heeft de AFM de ontvangst van het bezwaar bevestigd. De AFM heeft in deze brief tevens Bertholet een nadere termijn voor het indienen van de gronden gegeven tot twee weken na de uitspraak van de voorzieningenrechter.
6. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft op 12 maart 2019 uitspraak gedaan op het verzoek van Bertholet om een voorlopige voorziening te treffen. De voorzieningenrechter heeft het verzoek afgewezen.
7. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 26 maart 2019 aangevuld.
8. Op 7 mei 2019 heeft de AFM een brief gestuurd (met kenmerk [..]) met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik maakt van de mogelijkheid in artikel 7:10, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) om de beslissing op bezwaar met zes weken te verdagen, derhalve tot en met 18 juni 2019.
9. Op 29 mei 2019 heeft de AFM Bertholet telefonisch verzocht om in te stemmen met uitstel van de beslistermijn tot 18 juli 2019. Op 12 juni 2019 heeft de gemachtigde van Bertholet ingestemd met uitstel tot 3 juni 2019.

² Zie voor een uitgebreide weergave van het verloop van het onderzoek paragraaf 2.2 van het onderzoeksrapport met kenmerk [..] (dossier nr. [..]).

10. Op 14 juni 2019 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage I). De pleitaantekeningen van de gemachtigde van Bertholet zijn bij dit besluit gevoegd als bijlage II.
11. Bij brief van 18 juni 2019 (met kenmerk [..]) heeft de AFM de beslistermijn uitgesteld tot 3 juli 2019.
12. Op 3 juli 2019 heeft de AFM Bertholet telefonisch verzocht om in te stemmen met uitstel van de beslistermijn tot 18 juli 2019. Op 4 juli 2019 heeft de gemachtigde van Bertholet aangegeven in te stemmen met uitstel tot 18 juli 2019. Bij brief van 4 juli 2019 (met kenmerk [..]) heeft de AFM de beslistermijn uitgesteld tot 18 juli 2018.

II. Feiten en omstandigheden

13. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten die zijn opgenomen in het bestreden besluit. De feiten die zijn genoemd in het bestreden besluit moeten hier, voor zover zij niet worden herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd. In het hiernavolgende geeft de AFM de volgens haar meest relevante feiten en omstandigheden weer.

Onderzoek AFM

14. De AFM is op 4 april 2017 een onderzoek gestart naar de naleving van de Wft en de Whc door de onderneming Zonneperceel B.V. Uit dat onderzoek is het volgende gebleken.
15. In de onderzoeksperiode zijn door meerdere 'Zonneperceel' entiteiten obligaties aangeboden. Via de website 'www.zonneperceel.nl' bood en biedt³ de entiteit 'Zonneperceel' beleggers de mogelijkheid om met de aankoop van obligaties te investeren in grond onder zonneparken in Nederland. Uit de website en het beschikbare informatiemateriaal blijkt dat met de obligatiegelden percelen grond worden gekocht waarop zonneparken – parken met zonnepanelen – worden gerealiseerd. Een derde partij ([..] (**[A]**), [B] of een op te richten *special purpose vehicle*) huurt of pacht vervolgens de grond van de Zonneperceel-vennootschap die de grond heeft aangekocht. Uit het informatiemateriaal blijkt verder dat de obligatiehouders vervolgens uitbetaald worden uit de opbrengsten van de huur of pacht. Aan het eind van de looptijd van de obligatielening zou de hoofdsom afgelost worden uit de opbrengst van de verkoop van het stuk grond, dat naar verwachting in waarde zou stijgen.

³ De website is op 11 juli 2019 geraadpleegd en was nog actief.

Betrokken entiteiten

16. Het handelsregister van de Kamer van Koophandel vermeldt (onder meer) het volgende over de verschillende betrokken ondernemingen:
17. **[..] ([C])** (KvK-nummer [..]) is opgericht op [datum] en gevestigd te [adres]. Enig aandeelhouder en statutair bestuurder van [C] is sinds [datum] [D]⁴
18. **[D]** (KvK-nummer [..]) is opgericht op [datum] en gevestigd te [adres]. Enig aandeelhouder en statutair bestuurder is Bertholet.⁵
19. **[..] ([E])** (KvK-nummer [..]) is opgericht op [datum] en gevestigd te [adres]. Enig bestuurder van [E] is sinds [datum] [F].⁶
20. **[A]** (KvK-nummer [..]) is opgericht op [datum] en gevestigd te [adres]. Enig statutair bestuurder van [A] is sinds [datum] [F]. [A] op [datum] is uitgeschreven uit het handelsregister van de KvK.⁷
21. **[..] ([G])** (KvK-nummer [..]) is opgericht op [datum] en gevestigd te [adres]. Enig statutair bestuurder is de [F].⁸
22. **Zonneperceel B.V. (ZP I)** (KvK-nummer 64518493) is opgericht op 06 november 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP I is sinds 06 november 2015 [F].⁹
23. **Zonneperceel II B.V.** (KvK-nummer 65578821) is opgericht op 14 maart 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP II is sinds 14 maart 2016 [F].¹⁰
24. **Zonneperceel III B.V.** (KvK-nummer 65579186) is opgericht op 14 maart 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP III is sinds 14 maart 2016 [F].¹¹

⁴ Dossier nr. [..].

⁵ Dossier nr. [..].

⁶ Dossier nr. [..].

⁷ Dossier nr. [..].

⁸ Dossier nr. [..].

⁹ Dossier nr. [..].

¹⁰ Dossier nr. [..].

¹¹ Dossier nr. [..].

25. **Zonneperceel IV B.V.** (KvK-nummer 65578767) is opgericht op 14 maart 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP IV is sinds 14 maart 2016 [F].¹²
26. **Zonneperceel V B.V.** (KvK-nummer 65578910) is opgericht op 14 maart 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP V is sinds 14 maart 2016 [F].¹³
27. **Zonneperceel VII B.V.** (KvK-nummer 66577373) is opgericht op 29 juli 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP VII is sinds 29 juli 2016 [F].¹⁴
28. **Zonneperceel VIII B.V.** (KvK-nummer 66577454) is opgericht op 29 juli 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP VII is sinds 29 juli 2016 [F].¹⁵
29. **Zonneperceel IX B.V.** (KvK-nummer 66577446) is opgericht op 29 juli 2016 en gevestigd te Veerdijk 40 D, 1531 MS Wormer. Enig bestuurder van ZP VII is sinds 29 juli 2016 [F].¹⁶
30. De AFM heeft op pagina 16 van het boetebesluit de organisatiestructuur van ZP I en de Zonneperceel B.V.'s weergegeven. [D] is enig aandeelhouder en bestuurder van [C] en [F] is bestuurder van [G] en [A]. [C] en [A] zijn aandeelhouder van ZP I. [C] en [G] zijn aandeelhouders van ZP II, ZP III en ZP IV. [E] is aandeelhouder van ZP V, ZP VII, ZP VIII en ZP IX. [C] en [G] zijn aandeelhouders van [E].
31. In externe uitingen wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende Zonneperceel B.V.'s (of ZP I) onderling. In externe communicatie met (potentiële) beleggers wordt ten aanzien van de aanbiedingen van de verschillende entiteiten bericht vanuit info@zonneperceel.nl. Bij voorbeeld de e-mail van 7 november 2016 van info@zonneperceel.nl:
- “Ons project Veendam¹⁷ is alweer 100% succesvol voltekend en wij bieden u met genoeg
ons vierde project aan: Coevorden¹⁸.”¹⁹*
32. Beleggers menen ook te maken te hebben met één partij. Dit leest de AFM onder meer in de volgende e-mail van 31 april 2017 aan info@zonneperceel.nl:

¹² Dossier nr. [..].

¹³ Dossier nr. [..].

¹⁴ Dossier nr. [..].

¹⁵ Dossier nr. [..].

¹⁶ Dossier nr. [..].

¹⁷ ZP III, dossier nr. [..].

¹⁸ ZP IV, dossier nr. [..].

¹⁹ Dossier nr. [..].

“Voor wat betreft het project Gasselternijveen²⁰ wil ik graag deelnemen [...] Verder stort ik vandaag [...] op project Markelo²¹. Hiervoor had ik [...] toegezegd maar in overleg met dhr. Bertholet wil ik mijn risico's wat spreiden en verdeel de deelname.”²²

Aangeboden obligaties

33. In paragraaf 4.1 van de informatiememoranda²³, behorende bij de afzonderlijke aanbiedingen, staan de voornaamste kenmerken van de aangeboden obligaties. De AFM heeft op pagina 14 van het boetebesluit de kenmerken van de verschillende aanbiedingen van Zonneperceel onder elkaar gezet:

ZP	Nominale waarde per obligatie	Aantal uit te geven obligaties	Totale tegenwaarde	Rente	Looptijd	Begin inschrijfperiode	Einde inschrijfperiode
1	€ 2.500	780	€ 1.950.000	5,2 %	5 jr.	7-12-2015	24-12-2015
2	€ 2.500	384	€ 960.000	5,2 %	5 jr.	1-4-2016	1-5-2016
3	€ 2.500	712	€ 1.780.000	4 %	3 jr.	14-9-2016	1-10-2016
4	€ 1.000	1180	€ 1.180.000	4,7 %	5 jr.	1-11-2016	1-1-2017
5	€ 1.000	2400	€ 2.400.000	7,5 %	1 jr.	22-2-2017	1-4-2017
7	€ 2.500	280	€ 700.000	4 %	3 jr.	3-4-2017	1-5-2017
8	€ 2.500	800	€ 2.000.000	5 %	3 jr.	6-6-2017	1-7-2017
9	€ 2.500	800	€ 2.000.000	5 %	3 jr.	3-7-2017	1-8-2017

Tabel 1 Kenmerken aanbieding

34. In paragraaf 4.1 van de informatiememoranda wordt vermeld dat de obligaties vrij verhandelbaar zijn binnen de grenzen van Nederland.
35. De informatiememoranda vermelden dat de vergunning- en prospectusplicht niet van toepassing zijn op de verrichte activiteiten.²⁴ In elk van de informatiememoranda staat dat de vrijstellingsregeling van artikel 53 Vrijstellingsregeling Wft (oud²⁵) (**Vr Wft**) van toepassing is omdat de totale waarde van de specifieke aanbieding minder dan 2,5 miljoen euro bedraagt.

²⁰ ZP VII, dossier nr. [...].

²¹ ZP V, dossier nr. [...].

²² Dossier, nr. [...].

²³ Informatiememoranda van ZP I (dossier nr. [...]) en de Zonneperceel B.V.'s (dossiers nr. [...] en [...]).

²⁴ Pagina 2 van de informatiememoranda van ZP I en de Zonneperceel B.V.'s.

²⁵ Sinds 1 oktober 2017 is de Vr Wft aangepast in die zin dat de totale tegenwaarde van de aanbieding binnen de Europese Economische Ruimte, berekend per categorie en over een periode van twaalf maanden, minder dan € 5 miljoen dient te bedragen (dit was € 2,5 miljoen). Daarbij is een nieuw lid opgenomen in artikel 53 Vr Wft, te weten het vierde lid, dat regelt dat vrijgestelde aanbiedingen van effecten voorafgaand aan de aanbieding gemeld dienen te worden bij de AFM en dat er een informatiedocument aan beleggers moet worden verstrekt.

36. De voorgaande feiten worden door Bertholet niet betwist.

III. **Bezwaar**

37. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:

- A. De boete is opgelegd in strijd met het Handhavingsbeleid.
- B. Het is onduidelijk of de AFM de vereiste functiescheiding in acht heeft genomen.
- C. Het opleggen van de boete is in strijd met het gelijkheidsbeginsel.
- D. Een eventueel op te leggen boete dient te worden gematigd tot nihil op grond van de omstandigheden van het geval, dan wel op grond van beperkte draagkracht.²⁶
- E. Bekendmaking van de persoonsgegevens van Bertholet zou onevenredig zijn en aan de betrokken partijen zou in onevenredige mate schade worden berokkend.

38. De overtreding van artikel 5:2 Wft, alsook het feitelijk leiding geven aan die overtreding, wordt door Bertholet in bezwaar niet inhoudelijk betwist. Bertholet volstaat met de stelling dat hij niet heeft gehandeld in strijd met de wet, zonder enige nadere motivering. De AFM reageert op deze blote betwisting met verwijzing naar de in het boetebesluit opgenomen motivering en de hiernavolgende weergave van de overtreding.

IV. **Beoordeling van de bezwaargronden A t/m E**

39. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van Bertholet, geeft de AFM kort weer waarom zij in het Boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat in de boeteperiode sprake is van overtreding van artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht door de Zonneperceel B.V.'s, alsook waarom de AFM heeft gekozen voor het opleggen van een boete aan Bertholet voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. Dit is van belang voor de behandeling van de bezwaargronden.

40. Daarna volgt de beoordeling van de bezwaargronden van Bertholet, waarbij de AFM van elke bezwaargrond een samenvatting geeft, en daarop reageert.

41. Op grond van artikel 5:2 Wft is het verboden om in Nederland effecten aan te bieden aan het publiek tenzij voor die aanbieding een prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld. Het verkrijgbaar te stellen prospectus dient door de AFM te zijn goedgekeurd. De AFM dient deze toetsing uit te voeren teneinde te waarborgen dat de verkrijgbaar gestelde prospectussen voldoen aan de vereisten die de wet daaraan stelt.

42. Op grond van artikel 53, tweede lid, Vr Wft zijn aanbiedingen van effecten vrijgesteld van het verbod van artikel 5:2 Wft indien de totale tegenwaarde van de aanbieding, per categorie effecten, minder dan

²⁶ De bezwaargronden D en E gaan uit van de situatie dat er nog geen boete is opgelegd en nog geen publicatie heeft plaatsgevonden. Bij bespreking van deze gronden wordt hier nader op ingegaan.

€ 2,5 miljoen bedraagt – berekend over een periode van twaalf maanden. Indien binnen twaalf maanden meerdere aanbiedingen van effecten aan het publiek plaatsvinden van dezelfde categorie waarbij telkens een beroep wordt gedaan op deze vrijstelling, worden deze aanbiedingen gezamenlijk beschouwd als één aanbod van effecten aan het publiek.²⁷

43. De AFM komt in het bestreden besluit tot het oordeel dat de aanbiedingen van de Zonneperceel B.V. 's in de boeteperiode inhouden dat artikel 5:2 Wft is overtreden. De Zonneperceel B.V. 's hebben namelijk in Nederland effecten aan het publiek aangeboden zonder dat terzake van de aanbod een prospectus algemeen verkrijgbaar was dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat, terwijl geen uitzondering op of vrijstelling van de prospectusplicht van toepassing was.
44. De AFM heeft in paragraaf 5.2 e.v. van het bestreden besluit uitgebreid toegelicht waarom zij van oordeel is dat de Zonneperceel B.V.'s artikel 5:2 Wft hebben overtreden:
- i. De door de Zonneperceel B.V.'s aangeboden obligaties kwalificeren als effecten (paragraaf 5.2.1²⁸);
 - ii. De obligaties zijn aangeboden aan het publiek (paragraaf 5.2.2);
 - iii. De vrijstelling van artikel 53, tweede lid, Vr Wft is niet van toepassing op de aanbiedingen (paragraaf 5.2.3);
 - iv. De Zonneperceel B.V.'s vormen een groep (paragraaf 5.2.3.1);
 - v. De totale tegenwaarde van de groepsaanbod is hoger dan € 2,5 miljoen (paragraaf 5.2.3.2);
 - vi. De Zonneperceel B.V.'s hebben geen prospectus opgesteld dat is goedgekeurd door de AFM (paragraaf 5.2.4).
45. De AFM heeft in het bestreden besluit geconstateerd dat de overtreding door elk van de Zonneperceel B.V.'s afzonderlijk is begaan. In totaal is dus door de Zonneperceel B.V. 's tezamen zeven maal artikel 5:2 Wft overtreden. De AFM heeft in het bestreden besluit besloten de overtredingen aan te merken als één overtreding van artikel 5:2 Wft die zich in de beboete periode bij herhaling heeft voorgedaan, in plaats van de overtredingen afzonderlijk te beboeten.²⁹ De AFM heeft hiervoor gekozen gelet op de verbondenheid van de verschillende Zonneperceel B.V.'s.
46. De AFM heeft in paragraaf 5.3 van het bestreden besluit toegelicht waarom zij van oordeel is dat Bertholet feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van de Zonneperceel B.V.'s. De AFM is tot dat oordeel gekomen omdat Bertholet op de hoogte was van de verboden gedragingen (althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen), hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedragingen te voorkomen en/of beëindigen en omdat niet gebleken is dat Bertholet maatregelen heeft genomen om de verboden gedraging te voorkomen.³⁰

²⁷ Stcrt. 2006, nr. 229, p. 20.

²⁸ De AFM heeft in deze paragraaf geconcludeerd dat de obligaties 1) gestandaardiseerd, 2) overdraagbaar en 3) verhandelbaar zijn.

²⁹ Paragraaf 5.2.5 van het bestreden besluit.

³⁰ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, CbB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:733.

47. De AFM heeft geconstateerd dat Bertholet (mede-)oprichter, (feitelijk) bestuurder, (middellijk) aandeelhouder en vertegenwoordiger was van verschillende Zonneperceel B.V.'s. Bertholet heeft het initiatief genomen tot het financieren van de voor de ontwikkeling van zonneparken noodzakelijke grondposities middels obligatieleningen. In aanvulling op de motivering in het boetebesluit, merkt de AFM op dat Bertholet het voortouw heeft genomen in klantcontact omtrent de obligatieleningen³¹ en wordt de opzet van het informatiememorandum van ZP V met hem afgestemd.³² Bertholet was dan ook naar het oordeel van de AFM op de hoogte van de aanbidding van de obligatieleningen zonder beschikbaarheid van een goedgekeurd prospectus, althans heeft hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat deze aanbidding van effecten werden gedaan.
48. In het verlengde van het voorgaande was Bertholet redelijkerwijs gehouden om de verboden gedraging te voorkomen dan wel te beëindigen. Bertholet fungeerde feitelijk, zowel intern als extern, als bestuurder van de Zonneperceel B.V.'s. De rol van Bertholet wordt onderstreept door de wijze waarop hij wordt gepresenteerd in de informatiememoranda van de Zonneperceel B.V.'s:
- “Zonneperceel [...] B.V. is de initiatiefnemer en wordt bestuurd door [F] en de heer Drs. J.C.N. Bertholet.”³³*
49. Daarnaast heeft Bertholet de Zonneperceel B.V.'s ook daadwerkelijk in de praktijk vertegenwoordigd.³⁴ Hiermee staat naar het oordeel van de AFM vast dat Bertholet bevoegd en ook redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedraging te beëindigen.
50. Afsluitend is de AFM van oordeel dat Bertholet geen maatregelen heeft genomen om de verboden gedraging te voorkomen.
51. In de voorgaande omstandigheden heeft de AFM aanleiding gezien om Bertholet als feitelijk leidinggever van de overtreding te beboeten.
52. Met inachtneming van deze feiten zal de AFM de aangedragen bezwaargronden behandelen.

A. De boete is in strijd met het Handhavingsbeleid opgelegd

Standpunt Bertholet

³¹ Dossier nr. [...].

³² Dossier nr. [...].

³³ Dossiers nrs. [...] en [...].

³⁴ Dossier nrs. [...] en [...].

53. In bezwaargrond A geeft Bertholet aan dat de opgelegde boete in strijd is met het Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank (het **Handhavingsbeleid**).³⁵ Bertholet is van mening dat een juiste toepassing van het Handhavingsbeleid en het motiveringsbeginsel van artikel 3:4 Awb ertoe zou moeten leiden dat de AFM voor een ander handhavingsinstrument had moeten kiezen. Oplegging van een boete is disproportioneel. Bertholet stelt dat de AFM ten hoogste een waarschuwing had mogen geven. De AFM heeft dan ook een onjuiste handhavingsmaatregel ingezet waar niet alleen Bertholet, maar ook obligatiehouders schade van kunnen ondervinden.
54. Ten aanzien van bezwaargrond A constateert de AFM dat de bezwaargrond een woordelijke herhaling is van het verzoek om voorlopige voorziening. Bertholet gaat dus in bezwaar niet in op de oordelen van de voorzieningenrechter in haar uitspraak van 12 maart 2019. De standpunten uit het verzoek om voorlopige voorziening van Bertholet zijn weer een kopie van de zienswijze die is gegeven voorafgaand aan de boeteoplegging, met een enkele toevoeging. De AFM geeft hieronder de standpunten van Bertholet weer voor zover die een aanvulling bevatten ten opzichte van de zienswijze. Voor zover in bezwaar *geen* sprake is van een aanvulling ten opzichte van de zienswijze en er anderszins ook geen aanleiding is om uit te gaan van gewijzigde feiten of omstandigheden, volstaat de AFM met een verwijzing naar de motivering in het boetebesluit.
55. Bertholet neemt in bezwaar ten opzichte van de zienswijze één aanvullende alinea op, en heeft verschillende bestaande alinea's aangepast. Hieronder is eerst de aanvullende alinea opgenomen, en vervolgens worden de aanvullingen van bestaande alinea's geduid.
56. Bertholet neemt als aanvullende alinea op dat handhavend optreden van de AFM in overeenstemming dient te zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van evenwichtige belangenafweging (artikel 3:4 Awb). Een dergelijke belangenafweging houdt volgens Bertholet in dat het volgen van het Handhavingsbeleid nooit een automatisme mag zijn. In iedere afzonderlijke zaak dient een afweging plaats te vinden van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen.
57. In bezwaar zijn door Bertholet ten opzichte van de zienswijze de volgende aanvullende passages opgenomen.

Benadeling van obligatiehouders. Bertholet geeft in zijn zienswijze aan dat obligatiehouders niet zijn benadeeld. Zij hebben middels een stichting een recht van hypotheek op de aangekochte grond en zijn daarom middellijk in de positie om de grond te gelde te maken wanneer de Zonneperceel B.V.'s tekort komen.

Als aanvulling in bezwaar stelt Bertholet dat tot op heden alle (betalings-)verplichtingen jegens de obligatiehouders zijn nagekomen. Bertholet benoemt twee projecten die inmiddels (vroegtijdig) zijn afgelost. Hij stelt daarnaast vast dat de AFM niet betwist dat de obligatiehouders financieel niet zijn

³⁵ Stcrt. 2008, nr. 132, p. 30.

benadeeld. Tot slot herhaalt Bertholet een stelling van de AFM uit het boetebesluit, namelijk dat de obligatiehouders wel degelijk als benadeeld aangemerkt kunnen worden omdat zij niet van een wettelijk verplicht prospectus kennis hebben kunnen nemen.

Het door Bertholet genoten voordeel. Bertholet geeft in zijn zienswijze aan zelf geen voordeel te hebben genoten van de uitgifte van obligaties, en vult in bezwaar aan dat de AFM ook niet gesteld heeft dat hij voordeel heeft genoten van de overtreding. In de zienswijze merkt Bertholet daarnaast op dat hij zelf geen voordeel heeft genoten van de uitgifte van obligaties, maar de maatschappij wel, omdat daarmee mogelijk is gemaakt dat op de betreffende percelen zonneparken worden gerealiseerd die noodzakelijk zijn voor de energietransitie.

Als aanvulling in bezwaar deelt Bertholet het standpunt van de AFM dat een mogelijk voordeel voor de maatschappij, geen vrijbrief is om te handelen in strijd met de wet. Bertholet merkt op dat het voordeel voor de maatschappij wel het kader aangeeft waarbinnen de gestelde overtreding zou zijn begaan.

Beëindiging van de overtreding op eigen initiatief. In de zienswijze geeft Bertholet aan dat de Zonneperceel B.V.'s de uitgifte van obligatieleningen direct gestaakt heeft na het bezoek van de toezichthouders van de AFM, althans dat geen nieuwe aanbiedingen zijn gedaan. Bertholet heeft de gestelde overtreding dus op eigen initiatief gestaakt. Tegen het standpunt van de AFM in het boetebesluit dat de gestelde overtreding dus niet op eigen initiatief is geëindigd, brengt Bertholet in bezwaar naar voren dat het bezoek van de AFM een onderzoek betrof en dat er op dat moment door de AFM nog geen overtreding was vastgesteld of door de AFM aan Bertholet bevestigd.

Het economisch effect van de toezichtmaatregel. Bertholet heeft in de zienswijze gesteld dat het opleggen van een boete voor hem vergaande economische gevolgen kan hebben, en heeft gegevens over zijn draagkracht verstrekt.

In bezwaar geeft hij aan dat zijn vermogen beperkt is en dat hij dit heeft onderbouwd met stukken die voorafgaande aan boeteoplegging in het geding zijn gebracht. In bezwaar zijn geen nadere stukken met betrekking tot de draagkracht van Bertholet verstrekt.

In zijn pleitnota voor de hoorzitting in bezwaar heeft Bertholet opgemerkt dat gevolgen van het boetebesluit ernstig zijn voor Bertholet en [B]. Zo heeft de huisbankier van [B] en Zonneperceel de relatie opgezegd. Daarnaast geven gemeenten toepassing aan de Wet Bibob bij het aanvragen van omgevingsvergunningen voor zonneparken. Een bestuurlijke boete als onderhavige staat een positief Wet-Bibob-advies in de weg. Gevolg hiervan is dat [B] niet meer in staat is nieuwe parken te ontwikkelen, [B] kan hierdoor mogelijk niet langer bijdragen aan de energietransitie. Dit gevolg is onevenredig en noopt tot vernietiging van het boetebesluit.

Reactie AFM

58. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam is in haar uitspraak, met betrekking tot deze grond, tot het volgende oordeel gekomen:

“Dit betoog faalt. Uit het bestreden besluit blijkt dat de AFM een afweging heeft gemaakt van de rechtstreeks bij de boete betrokken belangen, dat zij daarbij de door Bertholet in dit verband gestelde omstandigheden heeft betrokken en dat zij niet automatisch is overgegaan tot het opleggen van een boete. In zoverre is het bestreden besluit in overeenstemming met artikel 3:4 van de Awb en het Handhavingsbeleid van de AFM. Bertholet heeft in zijn verzoekschrift volstaan met een herhaling van voormelde door hem gestelde omstandigheden en heeft geen redenen aangevoerd waarom verweerders standpunt dat daarin geen grond is gelegen om van boeteoplegging af te zien onjuist is gemotiveerd. Gelet hierop volstaat de voorzieningenrechter met de overweging dat geen grond aanwezig is voor het oordeel dat de AFM zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat een boete passend is.”

59. In lijn met het oordeel van de voorzieningenrechter, is het standpunt van de AFM dat de aanvullingen van Bertholet niet kunnen leiden tot gegrondverklaring van bezwaargrond A.
60. In de aanvullende alinea als hierboven in paragraaf 55 weergegeven, merkt Bertholet op dat het Handhavingsbeleid nooit een automatisme mag zijn. In iedere afzonderlijke zaak dient een afweging plaats te vinden van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen. Bertholet heeft niet onderbouwd waarom in dit geval sprake zou zijn van een automatisme, en waarom de AFM de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen niet zou hebben afgewogen. Mogelijk deelt Bertholet de uitkomst van de afweging door de AFM niet, maar dat is iets anders dan dat de afweging niet of onvoldoende heeft plaatsgevonden.
61. Daarnaast reageert de AFM als volgt op de algemene stelling van Bertholet dat handhavend optreden van de AFM in overeenstemming dient te zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van evenwichtige belangenafweging (artikel 3:4 Awb). Deze algemene stelling doet niet af aan de concrete bespreking van het Handhavingsbeleid op de pagina's 35 t/m 39 van het boetebesluit. Met haar algemene stelling onderbouwt Bertholet niet waarom de door de AFM gemaakte afweging niet op die manier had mogen zijn gemaakt. De AFM merkt in zijn algemeenheid op dat per handhavingstraject dient te worden bezien wat het te bereiken doel is van handhaving. Daarnaast is in het Handhavingsbeleid duidelijk toegelicht³⁶ dat de genoemde opsomming van factoren limitatief noch imperatief is bedoeld. De weging van die factoren kan van geval tot geval verschillen. Daarbij geldt voorts dat indien één of meer van de genoemde factoren zich niet voordoen, dit niet met zich brengt dat boeteoplegging zou zijn uitgesloten.
62. *Benadeling van obligatiehouders.* Het boetebesluit vermeldt op dit punt het volgende. “[V]oor het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete [is] niet vereist dat de AFM aantoont dat obligatiehouders of andere betrokken partijen zijn benadeeld. De overtreding van artikel 5:2 Wft maakt volgens de AFM dat

³⁶ Handhavingsbeleid, paragraaf 4, onder e.

obligatiehouders juist wel als benadeeld beschouwd kunnen worden in de zin dat zij ten onrechte geen kennis hebben kunnen nemen van een wettelijk verplicht prospectus. Het is niet uitgesloten dat wanneer zij daar wel kennis van hadden kunnen nemen, zij een andere beslissing hadden genomen met betrekking tot de obligaties.” In de aanvulling in bezwaar gaat Bertholet hier niet op in. Hij stelt dat tot op heden alle (betalings-)verplichtingen jegens de obligatiehouders zijn nagekomen en benoemt twee projecten die inmiddels (vroegtijdig) zijn afgelost. Hij stelt daarnaast vast dat de AFM niet betwist dat de obligatiehouders financieel niet zijn benadeeld. Bertholet bekijkt hiermee de benadeling van obligatiehouders slechts vanuit een direct financieel perspectief. Benadeling hoeft echter niet altijd financieel te zijn. Het artikel waarvoor de AFM uiteindelijk een boete heeft opgelegd, artikel 5:2 Wft, heeft primair als doel informatieverstrekking aan potentiële obligatiehouders. Het primaire doel is het waarborgen dat personen die overwegen al dan niet gelden in te leggen in een project als dat van de Zonneperceel B.V.’s, deze keuze kunnen maken aan de hand een prospectus dat op de daarvoor voorgeschreven wijze is goedgekeurd. Met het vaststellen van de overtreding is deze benadeling gegeven, in die zin dat de obligatiehouders geen kennis hebben kunnen nemen van een wettelijk goedgekeurd prospectus.

63. *Het door Bertholet genoten voordeel.* Het boetebesluit vermeldt op dit punt het volgende. *“De AFM heeft niet kunnen vaststellen of en zo ja in welke mate de heer Bertholet voordeel heeft genoten door het aanbieden van obligaties. De heer Bertholet heeft in ieder geval ook niet aangetoond dat hij – ondanks het gegeven dat hij (indirect) 50% aandeelhouder is van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 en de obligatiehouders hun inleg hebben overgemaakt naar deze entiteiten – geen voordeel heeft genoten door de overtreding. Dat de aanleg van de zonneparken noodzakelijk zou zijn voor de energietransitie rechtvaardigt, wat daar verder ook van zij, uiteraard ook niet dat overtredingen worden begaan.”* In bezwaar vult Bertholet zijn eerdere standpunt aan met de opmerking dat de AFM niet heeft gesteld dat hij voordeel heeft genoten van de overtreding, en dat het voordeel voor de maatschappij in het kader van de energietransitie wel het kader aangeeft waarbinnen de gestelde overtreding zou zijn begaan. Voorts erkent Bertholet het standpunt van de AFM dat een mogelijk voordeel voor de maatschappij, geen vrijbrief is om te handelen in strijd met de wet. De AFM heeft niet vast kunnen stellen of Bertholet voordeel heeft genoten van de overtreding. Overigens acht de AFM het niet onwaarschijnlijk dat Bertholet via zijn (middellijke) deelnemingen in de Zonneperceel B.V.’s voordeel heeft genoten uit de activiteiten van de Zonneperceel B.V.’s.³⁷ De door Bertholet genoemde omstandigheden maken in ieder geval niet dat de AFM niet tot boeteoplegging had kunnen overgaan.
64. *Beëindiging van de overtreding op eigen initiatief.* Het boetebesluit vermeldt op dit punt het volgende. *“[H]et op eigen initiatief beëindigen van een overtreding veronderstelt dat daar niet eerst een bezoek van de AFM aan vooraf gaat. Maar ook als de overtreding op eigen initiatief zou zijn beëindigd, is artikel 5:2 Wft in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 bij herhaling overtreden. De heer Bertholet heeft daar steeds feitelijk leiding aan gegeven.”* In bezwaar vult Bertholet zijn eerdere standpunt als volgt aan. Het bezoek van de AFM betrof een onderzoek. Op dat moment was door de AFM nog geen overtreding vastgesteld of door

³⁷ In gelijke zin de informatiememoranda, paragraaf 5.7: *“Immers verdient Zonneperceel B.V. aan de aan- en doorverkoop van de gronden middels een ABC-levering”*.

de AFM aan Bertholet bevestigd. De AFM merkt hierover op dat Bertholet in het aanvullend bezwaarschrift aangeeft dat de uitgifte van de obligatieleningen “*Direct na het bezoek [werd] gestaakt*”³⁸. De AFM maakt hieruit op dat met de uitgifte van obligatieleningen zou zijn doorgegaan, indien geen onderzoek ter plaatse zou hebben plaatsgevonden. De AFM blijft ook na heroverweging in bezwaar van oordeel dat van het staken van de overtreding op eigen initiatief geen sprake was.

65. *Het economisch effect van de toezichtmaatregel.* Het boetebesluit vermeldt op dit punt het volgende. “*De AFM merkt op zij met de belangen van obligatiehouders rekening houdt. Deze belangen maken dat de AFM heeft besloten om niet de Zonneperceel B.V.’s te beboeten, maar uitsluitend de feitelijk leidinggevers van de overtredingen door deze entiteiten. De AFM kan niet uitsluiten dat publicatie van de bestuurlijke boete ertoe leidt dat obligatiehouders bijvoorbeeld op grond van dwaling hun overeenkomst vernietigen en hun inleg terugvragen, maar dat zij hiertoe overgaan is ook geen gegeven. De AFM is hoe dan ook van oordeel dat deze eventuele consequentie niet maakt dat boeteoplegging niet opportuun is. De heer Bertholet heeft het aan zichzelf te wijten dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:2 Wft.*”

In bezwaar vult Bertholet zijn eerdere standpunt als volgt aan. Hij geeft aan dat zijn vermogen beperkt is en dat hij dit voorafgaand aan boeteoplegging heeft onderbouwd met stukken. In bezwaar zijn geen nadere stukken met betrekking tot de draagkracht van Bertholet verstrekt. Hij geeft aan dat de gevolgen van het boetebesluit ernstig zijn voor Bertholet en [B]. Zo heeft de huisbankier van [B] en de Zonneperceel B.V.’s de relatie opgezegd. Daarnaast geven gemeenten toepassing aan de Wet Bibob bij het aanvragen van omgevingsvergunningen voor zonneparken. Een bestuurlijke boete als onderhavige staat een positief Wet-Bibob-advies in de weg. Gevolg hiervan is dat [B] niet meer in staat is nieuwe parken te ontwikkelen en [B] kan hierdoor mogelijk niet langer bijdragen aan de energietransitie. Dit gevolg is onevenredig en noopt tot vernietiging van het boetebesluit.

De AFM reageert als volgt. Allereerst is de draagkracht van Bertholet met name relevant in het kader van het bepalen van de boetehoogte. Bertholet onderbouwt niet waarom de boetehoogte als vastgesteld in het boetebesluit geen stand zou kunnen houden, en verstrekt evenmin nadere financiële informatie. De AFM ziet daarom geen ruimte om op dit punt nader in te gaan. Bertholet stelt dat handelspartners en obligatiehouders hun relatie opzeggen en gemeenten niet of minder makkelijk een vergunning afgeven, maar geeft daarvan geen enkele onderbouwing. Daarbij dient te worden opgemerkt dat ook als die onderbouwing wel wordt verstrekt, dit niet wil zeggen dat de AFM een waarschuwing had moeten geven in plaats van de oplegging van een boete. De nadelige gevolgen die Bertholet mogelijk ondervindt, zijn het gevolg van de overtreding door de Zonneperceel B.V.’s en het feitelijk leiding geven daaraan door Bertholet. Naar zijn aard zal een boetebesluit doorgaans nadelige gevolgen hebben voor de overtreder, maar het enkele feit dat uit een bestuurlijke boete mogelijk indirecte (negatieve) gevolgen voortkomen houdt niet in dat van de bestuurlijke boete als handhavinginstrument dient te worden afgezien. De AFM acht het daarbij ook niet aannemelijk dat handelspartners en obligatiehouders direct hun relatie met Bertholet of de Zonneperceel B.V.’s beëindigen. Als juist is dat de financiële verplichtingen jegens obligatiehouders tot op heden volledig zijn voldaan, dan zullen obligatiehouders ook dat aspect bij hun handelen betrekken. En als al juist is dat de opgelegde boete voldoende grond is om een omgevingsvergunning op grond van de Wet Bibob

³⁸ Aanvullend bezwaarschrift, par. 5.53.

te weigeren, dan kan de heer Bertholet daar bij de rechter tegenop komen. Daarbij neemt de AFM in aanmerking dat een bestuurlijke boete niet altijd hoeft te betekenen dat een dergelijk advies negatief uitvalt: het is een omstandigheid die bij de beoordeling van een Wet Bibob-advies kan worden betrokken.³⁹ In hoeverre gemeenten een bestuurlijke boete meenemen bij de afhandeling van een vergunningaanvraag is geen omstandigheid waar de AFM de keuze voor een handhavinginstrument van af dient te laten hangen. Van de AFM kan in het kader van haar handhavingpraktijk niet worden gevergd af te zien van het opleggen van een boete aan elke partij die meent daar later last van te kunnen hebben in haar bedrijfsvoering. Het – mogelijke – gevolg van het bestreden besluit voor een Wet Bibob-advies, leidt dan ook niet tot het oordeel dat het opleggen van een boete onevenredig is, of strijdig met het handhavingbeleid. Als eerder aangegeven vinden de negatieve gevolgen van de boete hun oorsprong in de overtreding van artikel 5:2 Wft en het feitelijk leiding geven daaraan door Bertholet. De AFM komt dan ook na heroverweging in bezwaar niet tot de conclusie dat zij onjuiste toepassing heeft gegeven aan het Handhavingbeleid en geen boete als handhavinginstrument had mogen hanteren.

66. Hetgeen Bertholet bij bezwaargrond A heeft aangevoerd leidt niet tot een andere conclusie in bezwaar.

B. Het is onduidelijk of de AFM de vereiste functiescheiding in acht heeft genomen.

Standpunt Bertholet

67. In aanvulling op hetgeen Bertholet in de zienswijze voorafgaand aan boeteoplegging naar voren heeft gebracht (en waarop de AFM in het boetebesluit heeft gereageerd) is in bezwaar op dit punt zakelijk weergegeven het volgende aangevoerd.

68. Bertholet merkt op dat het voor een geadresseerde van een boetevoornemen niet duidelijk is wanneer het onderzoek is afgerond en wie daarbij betrokken zijn geweest. Het is niet mogelijk om vast te stellen wie de hand in het onderzoeksrapport hebben gehad en of de functiescheiding in acht is genomen. Dat de boetefunctionaris het onderzoeksrapport afsluit en van een datum voorziet, is een aanwijzing dat de boetefunctionaris betrokken is bij het opstellen van het onderzoeksrapport (hij verricht immers een handeling daarin). Onduidelijk is waar die bemoeienis ophoudt. Daarnaast verwijst Bertholet naar de conclusie van A-G Keus bij de uitspraak van de Raad van State van 12 april 2017. A-G Keus stelt in zijn conclusie dat de bestuursrechtspraak aan rapporten die een rol spelen bij de bestuurlijke handhaving verdergaande eisen pleegt te stellen dan de Awb voorschrijft, aldus Bertholet. Volgens Bertholet is sprake van omstandigheden die vragen oproepen over de naleving van het mandaatverbod in artikel 10:3, vierde lid, Awb en het verbod op vooringenomenheid. Die omstandigheden zijn het delen door de AFM met het Openbaar Ministerie van de gegevens van Bertholet, het ten onrechte opleggen van een boete aan Bertholet en het afronden van het onderzoeksrapport op dezelfde datum waarop de AFM aan Bertholet het boetevoornemen heeft toegestuurd. Bertholet stelt dat van de AFM meer transparantie mag worden verwacht omtrent haar bevindingen onder de omstandigheden dat een bestuursorgaan de hem

³⁹ <https://www.justis.nl/> > Producten > Bibob > Wet Bibob > Weigeringsgronden.

toevertrouwde belangen niet oneigenlijk mag behartigen door zich bijvoorbeeld door persoonlijke belangen of voorkeuren te laten beïnvloeden, de nodige objectiviteit moet betrachten en zich niet mag laten leiden door vooringenomenheid.

Reactie AFM

69. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam is in haar uitspraak, met betrekking tot deze grond, tot het volgende oordeel gekomen:

“4.1 Artikel 10:3, vierde lid, van de Awb, waarin is bepaald dat mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport heeft opgemaakt, mist in dit geval toepassing nu het bestreden besluit niet in mandaat, maar door het bestuur van de AFM zelf is genomen [..]. Dat het boeterapport niet de naam of namen van de opstellers bevat en is gedateerd op dezelfde datum als het voornemen tot boeteoplegging is in zoverre dan ook niet relevant.

[..]

4.3 Wat Bertholet naar voren heeft gebracht biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat persoonlijke belangen of voorkeuren de besluitvorming door de AFM hebben beïnvloed. Dat het boeterapport niet de naam of namen van de opstellers bevat en is gedateerd op dezelfde datum als het voornemen tot boeteoplegging levert geen aanwijzing voor vooringenomenheid op. Het enkele feit dat het, zoals de AFM heeft toegelicht, vaste werkwijze is dat de boetefunctionaris het boeterapport, nadat dit aan hem is overgedragen, dateert op de datum van het boetevoornemen, wat daarvan in het licht van de in artikel 5:51, eerste lid, van de Awb opgenomen beslistermijn ook zij, betekent niet dat hij bemoeienis heeft gehad met het opstellen van dit rapport. Daarbij neemt de voorzieningenrechter nog in aanmerking dat alle feiten en omstandigheden waarop de AFM de boete heeft gebaseerd zijn vermeld in het boeterapport dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt en dat deze feiten en omstandigheden niet zijn weersproken door Bertholet. [..], is evenmin voldoende voor de conclusie dat de AFM bij het nemen van het bestreden besluit met vooringenomenheid heeft gehandeld. Dat dit alles bij Bertholet vragen oproept over de naleving van het verbod op vooringenomenheid, is ontoereikend om te dienen als een objectief aanknopingspunt voor overtreding van dit verbod.

4.4. Het betoog van Bertholet faalt.”

70. In lijn met het oordeel van de voorzieningenrechter, is het standpunt van de AFM dat bezwaargrond B van Bertholet niet kan leiden tot gegrondverklaring.
71. De AFM merkt op dat het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet in mandaat is genomen. In het boetevoornemen is dit ook toegelicht:

“Het onderzoeksrapport en de ondersteunende documentatie zijn door de afdeling Marktintegriteit & Handhaving van de AFM aan de boetefunctionaris van de AFM overgedragen. De boetefunctionaris brengt advies uit aan het bestuur van de AFM over het voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen. De boetefunctionaris betreft ook uw reactie in zijn advies. Het bestuur neemt uiteindelijk de beslissing tot het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete.”⁴⁰

72. Daarnaast is Bertholet duidelijk met wie hij contact heeft gehad tijdens de onderzoeksfase. Uit het kenmerk van het onderzoeksrapport, waarin de [...] letters [...] zijn opgenomen, blijkt dat de persoon met wie Bertholet contact heeft gehad tijdens het onderzoek ook één van de opstellers is van het onderzoeksrapport. Dezelfde toezichthouder heeft op 24 augustus 2017 het onderzoek naar de Zonneperceel B.V. 's aangekondigd (brief met kenmerk [...])⁴¹. De boetefunctionarissen voegen het door hen ontvangen onderzoeksrapport als separaat document bij het boetevoornemen. Niet valt in te zien in welke zin het enkele aanhechten zou zijn aan te merken als onderzoekshandeling.
73. Het onderzoeksrapport is binnen de grenzen van artikel 5:48, tweede lid, Awb vormvrij. De wetgever heeft geen nadere eisen gesteld aan de vorm van het onderzoeksrapport. Het onderzoeksrapport dient de overtreder in de gelegenheid te stellen om na te gaan of het rapport op hem ziet en welke gedraging hem precies wordt verweten. Verder dient het rapport gedagtekend te zijn, waar in dit geval sprake van is. De Awb vereist niet dat het rapport ondertekend is. De AFM constateert dat het onderzoeksrapport voldoet aan de vereisten die de wet daaraan stelt.
74. Het verbod op vooringenomenheid houdt in dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult, en ervoor waakt dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden.⁴²
75. Het gegeven dat Bertholet vragen heeft bij de ondertekening en de dagtekening van het onderzoeksrapport maakt niet dat sprake is van vooringenomenheid aan de zijde van de AFM. Het is in eerste instantie aan Bertholet om te onderbouwen waarom van vooringenomenheid sprake is. Bertholet heeft naar het oordeel van de AFM geen feiten aangedragen waaruit blijkt dat de besluitvorming is beïnvloed door een persoonlijk belang.
76. Afsluitend merkt de AFM op dat het bestreden besluit is gebaseerd op het onderzoeksrapport en niet steunt op feiten of omstandigheden die niet kenbaar zijn voor Bertholet. Aan Bertholet is kenbaar gemaakt wat de

⁴⁰ Dossier nr. [...].

⁴¹ Dossier nr. [...].

⁴² Artikel 2:4 Awb.

van toepassing zijnde feiten zijn en welke conclusies de AFM daar uit trekt. Zie ook de uitspraak van het CBb van 12 oktober 2017:

“Het verdedigingsbeginsel noopt daar ook voor het overige niet toe, omdat immers alle feiten en omstandigheden waarop AFM de boetes heeft gebaseerd zijn vermeld in de boeterapporten die aan de bestreden besluiten ten grondslag liggen en dus bij appellanten bekend zijn. Feiten en omstandigheden die niet aan de bestreden besluiten ten grondslag zijn gelegd, zijn appellanten dus ook niet tegengeworpen en vallen buiten de grenzen van het geding, zodat zij zich daartegen ook niet hoeven te verdedigen.”⁴³

77. Hetgeen Bertholet bij bezwaargrond B heeft aangevoerd leidt dan ook niet tot een andere conclusie in bezwaar.

C. Het opleggen van de boete is in strijd met het gelijkheidsbeginsel

Standpunt Bertholet

78. Hieronder gaat de AFM in op bezwaargrond C voor zover die niet een woordelijke kopie betreft van de zienswijze van Bertholet voorafgaand aan de boeteoplegging. In het boetebesluit is ingegaan op die zienswijze. Voor zover Bertholet in bezwaar niet meer doet dan de zienswijze woordelijk herhalen, ziet de AFM aanleiding om op dit punt te verwijzen naar de reactie daarop in het boetebesluit.
79. In bezwaargrond C verwijst Bertholet naar het boetebesluit. Bertholet geeft aan dat de AFM in het boetebesluit, bij het benoemen van verschillen tussen de Bertholet-boete en de gevallen als omschreven in de uitspraak van het CBb van 21 december 2017⁴⁴, niet verder komt dan de opmerkingen dat: (i) de Bertholet-boete niet ter discussie staat en (ii) dat in het Bertholet-geval ‘niet serieus [ter discussie] kan staan’ dat de obligaties zijn aangeboden ‘in een groep verbonden groepsmaatschappijen’ en tot slot dat (iii) onduidelijkheid over een open norm hier niet aan de orde is. Bertholet acht het niet relevant of er in de gevallen als omschreven in de uitspraak van het CBb discussie is gevoerd over groepsmaatschappijen. Evenmin is de opmerking over de open norm relevant. Het CBb heeft dat argument al verworpen in haar genoemde uitspraak. Bertholet merkt het volgende op over het argument van de AFM dat haar bij het maken van een handhavingskeuze, een eenmaal gegeven waarschuwing niet blijvend kan worden tegengeworpen. Bertholet verwijst naar de argumentatie van de AFM dat zij, na het geven van een waarschuwing, in een vergelijkbaar geval wel heeft besloten tot een boeteoplegging, namelijk de door het CBb vernietigde boete. Nu in het geval van Bertholet legt de AFM weer een boete op. De AFM erkent hiermee uitdrukkelijk dat sprake is van een vergelijkbaar geval. De AFM logenstraft haar eigen argument dat sprake is van verschillende zaken. Daarnaast heeft de AFM niet twee keer achter elkaar een boete opgelegd. De eerste van die twee is namelijk door het CBb vernietigd, zodat de facto geen boete is opgelegd. De

⁴³ CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, r.o. 7.6.

⁴⁴ CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409.

Bertholet-zaak zou dus de eerste zaak zijn waarin een boete wordt opgelegd wegens overtreding van het groeps criterium. In de eerdere zaken is hoogstens een waarschuwing gegeven.

80. Afsluitend stelt Bertholet dat de AFM in een andere zaak [...] over is gegaan tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing wegens overtreding van artikel 5:2 Wft. De AFM heeft volgens Bertholet aangegeven dat gebrek aan capaciteit bij de AFM reden was om geen bestuurlijke boete aan [F] op te leggen. Bertholet is van mening dat een dergelijk capaciteitsprobleem bij de AFM niet mag leiden tot een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Reactie AFM

81. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam is in haar uitspraak, met betrekking tot deze grond, tot het volgende oordeel gekomen:

“5.2 Zoals het CBb heeft overwogen in de door de AFM in het bestreden besluit genoemde uitspraak van 14 augustus 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:401) strekt het gelijkheidsbeginsel in het kader van het opleggen van bestuurlijke boetes niet zover dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan onrechtmatig is uitgeoefend alleen omdat een eventuele andere overtreder niet is beboet. Dat kan anders komen te liggen als sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingspraktijk van het bevoegde bestuursorgaan.

5.3 In de door Bertholet genoemde uitspraak van het CBb van 21 december 2017 ziet de voorzieningenrechter geen aanknopingspunten voor het oordeel dat van een dergelijke ongelijke behandeling in dit geval sprake is. Dat de AFM in het verleden (medio 2014) heeft volstaan met een waarschuwing naar aanleiding van een overtreding van artikel 5:2 van de Wft betekent, anders dan Bertholet lijkt te menen, niet dat de AFM vervolgens nooit meer een boete zou mogen opleggen voor een dergelijke overtreding. Dat een boeteoplegging voor (het feitelijk leiding geven aan) een overtreding van artikel 5:2 van de Wft uit dezelfde periode als waarin de AFM deze waarschuwing heeft gegeven door het CBb in strijd is geacht met het gelijkheidsbeginsel leidt niet tot een ander oordeel. Deze boeteoplegging duidt er eerder op dat met de onderhavige boeteoplegging geen sprake is van willekeur in de handhavingspraktijk van de AFM en dat, zoals de AFM ter zitting heeft meegedeeld, in de regel tot boeteoplegging wordt overgegaan bij een overtreding van artikel 5:2 van de Wft.

5.4 [...] Dat, zoals Bertholet ter zitting naar voren heeft gebracht, in het geval van [G] ook sprake was van een overtreding van artikel 5:2 van de Wft waarvoor de AFM geen boete heeft opgelegd, kan hem evenmin baten. [...] Dat de AFM heeft volstaan met een openbare waarschuwing en heeft besloten niet alsnog de overtreding van artikel 5:2 van de Wft te beboeten duidt [...] niet op willekeur in de handhavingspraktijk van de AFM.”

82. In lijn met het oordeel van de voorzieningenrechter, is het standpunt van de AFM dat ook bezwaargrond C van Bertholet niet kan leiden tot gegrondverklaring.
83. Bertholet stelt dat de AFM erkent dat sprake is van vergelijkbare gevallen. Voor de goede orde merkt de AFM op dat zij in het boetebesluit met de verwijzing naar gelijke gevallen, verwijst naar de twee gevallen die aan de orde waren in de meergenoemde uitspraak van het CBb van 21 december 2017. Omdat die gevallen vergelijkbaar waren, heeft het CBb de in één van die gevallen de opgelegde boete vernietigd. De nu aan Bertholet opgelegde boete is onvoldoende vergelijkbaar met de twee gevallen die aan de orde waren in de meergenoemde uitspraak van het CBb.
84. Waar Bertholet in bezwaar stelt dat de AFM nu niet in twee opeenvolgende gevallen een boete heeft opgelegd, omdat de eerste van die boetes is vernietigd door het CBb, gaat dit voorbij aan de consistente *handhavingskeuze* van de AFM om voor deze overtredingen van artikel 5:2 Awb in beide gevallen een boete op te leggen. De AFM heeft ook ter zitting in het kader van de voorlopige voorziening aangegeven dat zij in de regel tot boeteoplegging overgaat bij een overtreding van artikel 5:2 Wft. De stelling van Bertholet dat zijn zaak dus de eerste zaak zou zijn waarin een boete wordt opgelegd wegens overtreding van het groeps criterium, gaat voorbij aan deze consistente handhavingskeuze.
85. Verder is een verschil met de zaken waarop de uitspraak van het CBb betrekking heeft dat het bij Bertholet gaat om een overtreding die in een latere periode is begaan en een later onderzoek van de AFM. Een eenmalig gegeven waarschuwing in het verleden (medio 2014) kan de AFM niet blijvend worden tegengeworpen.
86. Met betrekking tot de argumentatie van Bertholet die ziet op [G]/[F] verwijst de AFM naar de volgende passage uit het Handhavingsbeleid:

“In de regel treden toezichthouders zelf bestuursrechtelijk op tegen geconstateerde overtredingen van financiële wet- en regelgeving. [...]”⁴⁵

87. [...] In die situatie valt niet in te zien dat de AFM ook handhavend dient op te treden, afgezien van het gegeven dat er wel een openbare waarschuwing is gegeven. [...] De AFM merkt op dat de handelwijze bij [G]/[F] er juist op wijst dat de inzet van handhavingsbevoegdheden niet willekeurig is geschiedt.
88. Dat de AFM in zijn algemeenheid handhavingskeuzes niet zou mogen laten beïnvloeden door de beschikbare handhavingscapaciteit, is overigens onjuist. De AFM verwijst in dat kader naar de volgende passage uit een uitspraak van het CBb van 8 mei 2018:

“Het College is voorts met de rechtbank van oordeel dat het beroep van appellanten op het gelijkheidsbeginsel - volgens appellanten heeft ACM willekeurig gehandeld door in andere zaken af te zien van het beboeten van feitelijke leidinggevers aan overtreding van artikel 6

⁴⁵ Handhavingsbeleid paragraaf 4.

van de Mw - niet slaagt. Ter zitting van het College heeft ACM nader toegelicht dat zij, gelet op de beperkte capaciteit en middelen waarover zij beschikt, keuzes dient te maken over het al dan niet vervolgen van feitelijke leidinggevers. Bij die keuze betreft zij onder meer het aanwezige bewijs. Mede gelet daarop kan naar het oordeel van het College niet worden staande gehouden dat ACM niet op een consistente wijze gebruik maakt van haar bevoegdheden ten aanzien van boeteoplegging.”⁴⁶

89. De AFM dient ook keuzes te maken die kunnen worden beïnvloed door de haar ter beschikking staande capaciteit. [...] Gelet op het voorgaande alsmede de wijze waarop de AFM in het genoemde geval is omgegaan met de geconstateerde feiten, blijft de AFM van oordeel dat geen sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel.
90. Voor zover de bezwaargrond van Bertholet ziet op [...], geldt dat dit geheel losstaat van het bestreden besluit, en geen onderdeel is van of ten grondslag is gelegd aan de overtreding ter zake waarvan de AFM uiteindelijk een boete heeft opgelegd. Op basis hiervan kan dus niet worden geconcludeerd dat de AFM in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld.
91. De AFM constateert dat er geen sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingspraktijk. Hetgeen Bertholet bij bezwaargrond C heeft aangevoerd leidt dan ook niet tot een andere conclusie in bezwaar.

D. Een eventueel op te leggen boete dient te worden gematigd tot nihil op grond van de omstandigheden van het geval, dan wel op grond van beperkte draagkracht

E. Bekendmaking van de persoonsgegevens van Bertholet zou onevenredig zijn en aan de betrokken partijen zou in onevenredige mate schade worden berokkend

92. In de opsomming van zijn bezwaargronden in paragraaf 1.3 van het aanvullend bezwaarschrift heeft Bertholet ook bovenstaande gronden D en E opgenomen, die mogelijk als bezwaargrond zijn bedoeld, hoewel ze een bijna letterlijke kopie zijn van paragraaf 1.2 van de zienswijze die Bertholet voorafgaand aan boeteoplegging heeft gegeven. De gronden zijn zo beperkt aangepast dat ze nog uitgaan van de situatie dat er geen boete is opgelegd en de boete nog niet is gepubliceerd. De AFM licht in het boetebesluit toe hoe zij tot de hoogte van de opgelegde boete is gekomen (waarbij de omstandigheden van het geval en de draagkrachtgegevens van Bertholet zijn betrokken) en licht toe wat haar overwegingen zijn om over te gaan tot publicatie van de opgelegde boete. In bezwaar gaat Bertholet, anders dan het noemen van bovenstaande twee punten, op geen enkele manier in op die toelichting. In bezwaar is ook geen aanvullende informatie aangeleverd ter onderbouwing van de draagkracht van Bertholet en zijn er evenmin nieuwe omstandigheden aangevoerd die in heroverweging tot een ander boetebedrag kunnen leiden. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam geen aanleiding gezien om de publicatie op te schorten, en heeft publicatie van de boete reeds plaatsgevonden. Tegen die achtergrond ziet de AFM

⁴⁶ Cbb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:140, r.o. 5.3.5.

aanleiding om zich ten aanzien van deze twee bezwaargronden te beperken tot verwijzing naar de toelichting op beide punten in het boetebesluit.

V. **Besluit**

93. De AFM heeft besloten het bestreden besluit in stand te laten.⁴⁷ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. **Verzoek om kostenvergoeding**

94. Bertholet verzoekt afsluitend om vergoeding van de kosten die zijn gemaakt in verband met de behandeling van het bezwaar. Met betrekking tot dit verzoek merkt de AFM op dat ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb⁴⁸ de kosten die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken door het bestuursorgaan uitsluitend worden vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu er in het onderhavige geval geen sprake is van herroeping van het bestreden besluit, wijst de AFM het verzoek van Bertholet om een kostenvergoeding af.

VII. **Rechtsgangverwijzing**

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[Was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[Was getekend]
Manager
Juridische Zaken

⁴⁷ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

⁴⁸ Het door Bertholet aangehaalde artikel 7:28 Awb ziet op de beroepsprocedure.