

Openbare versie
Vertrouwelijk
[naam gemachtigde]
[...]

Datum
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 1 van 41
E-mail [e-mail adres]
Betreft Beslissing op bezwaar de heer Mooren

Geachte [naam gemachtigde],

Bij besluit van 28 december 2018 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan de heer Mooren een bestuurlijk boete met kenmerk [kenmerk] opgelegd wegens het feitelijk leiding geven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) door De Waerdt Vermogensbeheer B.V. (DWV) (**het boetebesluit**). Tevens heeft de AFM in het boetebesluit een besluit genomen, inhoudende openbaarmaking van het boetebesluit na bekendmaking daarvan (**het publicatiebesluit**). Tegen het boetebesluit en het publicatiebesluit heeft u, namens de heer Mooren, bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het boetebesluit en het publicatiebesluit 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.

I. Procedure

1. Bij brief van 17 september 2018 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan de heer Mooren een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft door DWV.
2. Op 1 november 2018 heeft de heer Mooren schriftelijk zijn zienswijze op dit voornemen ingediend (**de zienswijze**) en deze op 2 november 2018, tijdens de zienswijzezitting, mondeling toegelicht.
3. Bij besluit van 28 december 2018 heeft de AFM het boetebesluit genomen, waarmee aan de heer Mooren een bestuurlijke boete van € 10.000,- als bedoeld in artikel 1:80 van de Wft is opgelegd

wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft door DWV in de periode van 24 mei 2016 tot 20 september 2017 (**de boeteperiode**).

4. Op 4 januari 2019 heeft u, namens de heer Mooren, pro forma bezwaar gemaakt tegen het boetebesluit en het publicatiebesluit en tevens een nadere termijn verzocht voor het indienen van de gronden van bezwaar.
5. Op diezelfde dag heeft u, namens de heer Mooren, de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (**de voorzieningenrechter**) verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van het publicatiebesluit tot in hoogste instantie in de bodemprocedure zal zijn beslist (**het verzoek**).
6. Bij brief van 9 januari 2019 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en de termijn voor het indienen van de gronden van bezwaar verlengd tot vier weken na de datum van de uitspraak van de voorzieningenrechter. In die brief is tevens verzocht om uiterlijk bij het aanvullen van de bezwaargronden kenbaar te maken of de heer Mooren gebruik wenst te maken van het recht om gehoord te worden.
7. Op 2 april 2019 heeft de voorzieningenrechter het verzoek achter gesloten deuren ter zitting behandeld.
8. Bij uitspraak van 18 april 2019 heeft de voorzieningenrechter het verzoek grotendeels afgewezen en de AFM opgedragen om bij openbaarmaking van het boetebesluit een aantal gegevens onleesbaar te maken (**de uitspraak**).¹
9. Op 19 april 2019 heeft de AFM het boetebesluit op haar website www.afm.nl gepubliceerd.
10. Op 16 mei 2019 heeft u, namens de heer Mooren, de gronden van bezwaar aangevuld (**het aanvullend bezwaar**). Daarin is niet opgenomen dat de heer Mooren gebruik wenst te maken van het recht om gehoord te worden. Daarom is de AFM ervan uit gegaan dat de heer Mooren geen gebruik wenst te maken van dit recht.

II. Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [kenmerk] (**het onderzoeksrapport**) die met het boetevoornemen aan de heer Mooren is verzonden. De feiten die zijn genoemd in het boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

¹ De Uitspraak is op 17 mei 2019 geanonimiseerd gepubliceerd op Rechtspraak.nl (ECLI:NL:RBROT:2019:4044).

11. DWV is op 30 november 1999 opgericht en beschikte van 23 april 2002 tot 5 december 2017 over een vergunning van de AFM voor het ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot financiële instrumenten (vanaf 23 april 2002), vermogensbeheer (vanaf 24 juni 2004) en beleggingsadvies (vanaf 1 november 2007). Uit de jaarrekening van 2016 blijkt dat DWV gedurende dat jaar gemiddeld twee werknemers in dienst had op basis van fulltime dienstverband.
12. Op 5 augustus 2015 heeft de AFM aan DWV kenbaar gemaakt dat de AFM voornemens was de vergunning van DWV in te trekken. Naar aanleiding van dit voornemen heeft DWV een reorganisatieplan doorgevoerd. Dat hield onder meer in dat nieuwe bestuurders zouden worden aangesteld bij DWV.
13. Gedurende de boeteperiode kende DWV twee beleidsbepalers die beiden op 13 april 2016 na de voorgenoemde reorganisatie zijn aangemeld bij de AFM: de heer Mooren en [A].
14. Uit de gegevens van de Kamer van Koophandel (**KvK**) blijkt dat de heer Mooren in de periode van 24 mei 2016 tot en met 20 september 2017 bestuurder is geweest van DWV. De heer Mooren was in die periode gezamenlijk bevoegd met andere bestuurders.
15. Uit de KvK blijkt dat [A] in de periode van 24 mei 2016 tot en met 15 december 2017 statutair bestuurder was van DWV. [A] was in deze periode als algemeen directeur alleen/zelfstandig bevoegd. [A] hield sinds 16 juni 2016 80 procent van de aandelen in DWV.
16. Op 3 november 2016 heeft DWV een meldingsformulier wijziging gegevens betrouwbaarheid (meldingsformulier) aan de AFM toegezonden. Kortgezegd wordt hierin door DWV melding gemaakt van het feit dat [A] op 25 oktober 2016 is aangehouden [verdenking strafbaar feit]. Tijdens het onderzoek zijn een aantal ordners van DWV in beslag genomen. DWV heeft de Belastingdienst per e-mail verzocht deze te retourneren. Een kopie van de e-mail met het verzoek is door DWV aan het meldingsformulier toegevoegd.
17. Op 17 november 2016 heeft de AFM een ontvangstbevestiging van het meldingsformulier aan DWV gestuurd. De AFM verzoekt DWV haar op de hoogte te houden van het verdere verloop van het strafrechtelijk onderzoek.
18. In december 2016 heeft de AFM een onderzoek ingesteld bij DWV. Het doel van het onderzoek was om na te gaan of DWV voldeed aan de eisen die voortvloeien uit de Wft, in het bijzonder met betrekking tot de betrouwbaarheid van beleidsbepalers (artikel 4:10 van de Wft) en de integere en beheerste bedrijfsuitoefening (artikel 4:11 en 4:14 van de Wft).
19. Ten behoeve van dat onderzoek heeft de AFM op 7 december 2016 een onaangekondigd onderzoek ter plaatse verricht bij DWV. Gedurende het onderzoek heeft de AFM gesprekken gevoerd met de beleidsbepalers van DWV ([A] en de heer Mooren) en een medewerker van DWV ([B]). Tijdens het

gesprek werden alle betrokkenen bijgestaan door de gemachtigde van DWV. Deze gesprekken zijn vastgelegd in gespreksverslagen.

20. Voorts heeft de AFM van de volgende documenten een kopie meegenomen:

Cliëntendossiers;
Personeelsadministratie;
Medewerkershandboek;
Klachtenadministratie;
Urenregistratie van de heer Mooren
Diverse interne procedurebeschrijvingen; en
E-mailboxen van de heer Mooren en info@dewaerdt.nl

21. Een week na het onaangekondigde onderzoek ter plaatse heeft de AFM een informatieverzoek aan DWV verstuurd. Hierin verzocht de AFM aan DWV om informatie te verstrekken ten aanzien van haar personeel, de gebruikte e-mailadressen en de e-mailboxen waar deze e-mailadressen aan gekoppeld zijn. Toen bleek dat niet alle vragen van de AFM door DWV waren beantwoord, heeft de AFM gerappelleerd en later telefonisch contact gezocht, alvorens de gevraagde gegevens door DWV werden verstrekt. Deze informatie vormde, tezamen met de reacties vanuit DWV op de gespreksverslagen van de tijdens het onderzoek ter plaatse gehouden gesprekken, aanleiding voor de AFM om op 8 februari 2017 een aanvullend informatieverzoek aan DWV te richten.
22. De gevraagde informatie is op 21 februari 2017 door de AFM slechts gedeeltelijk ontvangen en vormde aanleiding om op 14 april 2017 een rappel informatieverzoek aan DWV te versturen. Hierin heeft de AFM aangegeven welke informatie ontbrak en een termijn tot en met 24 april 2017 gesteld voor het aanleveren van de ontbrekende informatie. Even daarvoor heeft de AFM een informatieverzoek verzonden aan ING Bank N.V. (ING) om informatie te verstrekken over een bankrekening welke op naam van DWV werd aangehouden. Deze informatie is op 3 april 2017 door ING verstrekt. Op 24 april 2017 heeft de AFM een reactie van DWV op het rappel informatieverzoek ontvangen.
23. De informatie over DWV die is vergaard in de periode tussen december 2016 en april 2017 maakte het mogelijk voor de AFM om de reeds daarvoor ontvangen informatie in een volledige context te plaatsen. Vooral het overzicht van de e-mailboxen van de bij DWV betrokken personen, waar op 14 december 2016 door de AFM om is gevraagd, heeft hieraan bijgedragen.
24. Hieronder volgt een weergave van de relevante feiten die daaruit zijn gebleken. Dit betreft achtereenvolgens een overzicht van de feiten ten aanzien van i.) de rolverdeling binnen het bestuur; ii.) de beheerste en integere bedrijfsvoering; iii.) de behandeling van klachten en tot slot iv.) belangenverstrengeling en –conflicten.

i. Feiten ten aanzien van de rolverdeling binnen het bestuur

25. Uit de e-mailbox van de heer Mooren blijkt dat hij zich in hoofdzaak bezig heeft gehouden met de boekhouding van DWV, personele zaken, administratieve zaken en de behandeling van klachten. Ook hield de heer Mooren zich bezig met de structurering van de bedrijfsvoering en verricht hij administratieve en boekhoudkundige werkzaamheden voor [ONDERNEMING A].
26. [ONDERNEMING A] was tot 6 februari 2018 in het handelsregister van de Kamer Koophandel ingeschreven en hield zich zoals daarin was vermeld, bezig met de verhuur van onroerend goed (niet van woonruimte), verhuur van onroerende zaken en vermogensbeheer. [ONDERNEMING A] had geen vergunning van de AFM of De Nederlandsche Bank (**DNB**). [A] is bestuurder en enig aandeelhouder van [ONDERNEMING A].
27. Uit de feiten is gebleken dat de heer Mooren diverse zaken met andere betrokkenen bij DWV afstemde. Het beantwoorden van vragen over een verzekering werd afgestemd met [A] en het invullen van de marktmonitor van de AFM werd door de heer Mooren afgestemd met [C] (compliance officer DWV) en [D] (medewerker van de accountant van DWV, [**ONDERNEMING B**]). Verder werd het akkoord voor de door [E] gewerkte uren, afgestemd met [F], de partner van [A].

ii. Feiten ten aanzien van de beheerste en integere bedrijfsvoering

28. Uit het jaarverslag van DWV blijkt dat DWV per 31 december 2015 slechts over €21,- aan liquide middelen beschikte. De omzet van DWV over het jaar 2015 bedroeg €36.991,-. DWV maakt in 2015 een verlies van €36.744,- (na belastingen)

Kapitaaltekort

29. Op 20 juli 2016 heeft DNB DWV een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom gestuurd, omdat DWV sinds 31 maart 2016 een tekort had van €6.000,- op de voor haar geldende wettelijke minimum solvabiliteitseis, waarmee DWV artikel 3:57, eerste lid van de Wft juncto artikel 59, derde lid, juncto artikel 93, eerste lid, van Verordening 575/2013/EU overtrad. DNB heeft de AFM op 19 september 2016 geïnformeerd dat er geen formele maatregel zal worden opgelegd aan DWV.
30. Het kapitaaltekort is per 28 september 2016 door haar aandeelhouder [A] hersteld, zo blijkt uit de notulen van de Algemene Vergadering van DWV van 27 juli 2016, 12 september 2016 en 20 september 2016 door middel van stortingen van respectievelijk €20.000,-, €13.000,- en €125.000,-. Op 3 oktober 2016 heeft DNB aan DWV een brief (kenmerk: [kenmerk]) gestuurd waarin wordt vastgesteld dat DWV in het tweede kwartaal van 2016 een tekort van €6.000,- had op het minimum aan te houden bedrag aan solvabiliteit.

31. Naar aanleiding van de brief van DNB, verstuurt [D] namens de accountant van DWV ([**ONDERNEMING B**]) een e-mail aan DWV. In deze e-mail geeft [ONDERNEMING B] het volgende aan:

“Het is nu van het grootste belang zorg te dragen voor voldoende toetsingsvermogen op de peilmomenten. Let er dus op dat, ingeval er sprake zou zijn terug lening, er op de peilmomenten (= eind van elk kwartaal) voldoende toetsingsvermogen aanwezig is.”

32. In de e-mail verzoekt [D] tevens om toezending van de meest recente bankafschriften. In de e-mail van de heer Mooren waarmee de bankafschriften aan [D] worden verzonden, wordt de volgende toelichting gegeven op een overboeking van 4 oktober 2016 van €90.000,- van de rekening van DWV aan de bankrekening van [ONDERNEMING A]:

“[A] heeft opdracht gegeven om Euro 90.000,00 terug te boeken naar [ONDERNEMING A], Bij de betaling is geen omschrijving meegegeven, daar dit bedrag terug moet komen 4 e kwartaal.”

Uitspraak geschillencommissie

33. Op 21 juni 2016 heeft de geschillencommissie Financiële Dienstverlening (**Kifid**) een bindende en openbare uitspraak gedaan in een conflict tussen een cliënt van DWV, [G], en DWV. De geschillencommissie acht de klacht van cliënt[G] gegrond en wijst de vordering gedeeltelijk toe. DWV moet binnen vier weken na dagtekening van de uitspraak een bedrag van €25.000,- vergoeden aan de cliënt.
34. Uit de klachtenadministratie van DWV blijkt dat DWV op 4 augustus 2016 in gebreke is gesteld door cliënt[G], omdat betaling van de toegewezen schadevergoeding is uitgebleven. Uit het klachtdossier van cliënt[G] blijkt dat de schadevergoeding in ieder geval tot 1 december 2016 niet betaald is. Uit de bankafschriften van DWV blijkt niet dat de schadevergoeding aan cliënt[G] is betaald.

Bewaarplicht

35. Uit het klachtdossier van cliënt [H], geen cliënt meer per ultimo 2016, blijkt dat DWV niet beschikt over diverse gegevens uit het cliëntdossier van deze cliënt. In het klachtendossier van deze cliënt is het volgen opgenomen:

“De waerdt vermogensbeheer B.v. heeft vanaf juni 2016 nieuwe bestuurders. Wij beschikken niet over de gegevens die u noemt in de brief van 28 juni 2016 aan [oud bestuurder van DWV I] en vragen u om ons genoemde documenten in de brief van 28 juni ons aan te leveren. Het betreft portefeuille overzicht, transactie overzicht in 2015 en genoemde correspondentie.”

36. Naar aanleiding van deze klacht stuurt oud bestuurder van DWV [I] op 4 september 2016 het volgende aan [F]:

"Ich habe den brief gelesen und weiss das Riakos mit ihm gesprochen hat in 2015. Vielleicht weiss er noch welche Absprachen gemacht sind."

37. Daarna verwijst [I] de cliënt per brief van 15 september 2016 weer naar DWV:

"Voor uw vragen omtrent de transacties die hebben plaatsgevonden in 2015 moet ik u toch verwijzen naar de huidige directie van De Waerdt aangezien zij, in de persoon van [J], contact met u hebben gehad over uw portefeuille in 2015. Het beheer van uw portefeuille is niet "verhuisd" van [K] naar mij doch naar [J] aangezien ik mij nooit heb beziggehouden met portefeuillebeheer. "

38. Uit e-mailonderzoek blijkt dat dit voor in ieder geval twee cliënten geldt.

iii. Feiten ten aanzien van de behandeling van klachten

39. Tijdens het onderzoek ter plaatse op 7 december 2016 heeft de AFM de klachtenadministratie ingezien en gekopieerd. Het betreft een ordner waarin alle documenten per klacht gerangschikt worden bewaard. In de klachtenadministratie zijn zeven klachten opgenomen die DWV heeft ontvangen in de periode van 7 september 2015 tot en met 22 juli 2016.
40. Een aantal van de klachten die zijn opgenomen in de klachtenadministratie zijn niet volledig. Zo is in het klachtdossier van cliënt [L] de klacht van cliënt niet opgenomen in de klachtenadministratie. De klachtenadministratie bevat slechts de correspondentie van de gemachtigde van cliënt [L] aan DWV waarin wordt getracht te komen tot een schikking. De correspondentie van DWV aan cliënt is niet in het dossier opgenomen. Verder valt op dat het klachtdossier van cliënt [L] tevens informatie bevat uit het klachtdossier van cliënt [G]. Uit het e-mailonderzoek blijkt dat DWV in ieder geval op 25 september 2015 reeds geïnformeerd is over de klacht van cliënt. Het klachtdossier van cliënt [H] bevat slechts een brief van DWV aan cliënt van 30 augustus 2016 waarin DWV verzoekt om nadere informatie van de cliënt en een brief van 15 september 2016 van [I] aan de cliënt waarin [I] reactie geeft op de klacht van de cliënt. De cliënt wordt door [I] verwezen naar [A] en de heer Mooren. Uit het klachtdossier blijkt niet hoe deze klacht verder is behandeld door DWV.
41. Het klachtdossier van cliënt [M] bevat geen ontvangstbevestiging van de klacht. Uit het dossier blijkt alleen dat er na ontvangst van de klacht telefonisch contact is geweest tussen DWV en cliënt [M]. De inhoud van dit contact is niet vastgelegd in het klachtdossier. Dit geldt ook voor het klachtdossier van cliënt [X].
42. Van de zeven klachten in de klachtenadministratie zijn vier klachten, van cliënten [H], [G], [N] en [O], doorgestuurd aan [I], als oud-beleidsbepaler van DWV. De heer Mooren informeert in voorkomende

gevallen [I] over de klacht en verzoekt hem de klacht te behandelen. Bijvoorbeeld in het dossier van cliënt [H]:

"Vanmorgen ontvangen wij bijgaande brief van [H], gelieve de brief te behandelen."

43. Cliënten worden - in de gevallen dat ze worden geïnformeerd - als volgt geïnformeerd over de verwijzing naar de oud-beleidsbepalers:

"Vanaf juni 2016 zijn [A]en ondergetekende bestuurders van De Waerd Vermogensbeheer B.V. Wij moeten u mededelen dat wij de vragen die U stelt in uw brief niet kunnen beantwoorden omdat wij geen kennis hebben van Uw dossier en vragen aan u om contact op te nemen met de oude bestuurders De Heren[I] en [K]."

44. Uit het klachtdossier van [G] blijkt dat de cliënt voor betaling van de vergoeding naar aanleiding van de Kifid-uitspraak van 21 juni 2016, is doorgestuurd naar de oud-beleidsbepalers [I] en [K]. In het dossier is het volgende opgenomen in een brief van 17 augustus 2016 van cliënt aan DWV:

"Daarin [AFM: in een telefoongesprek tussen de gemachtigde van cliënt en DWV] gaf [A] aan dat hij niet op de hoogte was van mijn claim ten tijde van het overnemen van de onderneming van De Waerd Vermogensbeheer B.V. Tevens gaf hij aan dat op grond van (garantie)afspraken met de oud-bestuurders, de heren[I] en [K], dat deze oud-bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor de betaling van mijn vordering van €25.000 uit hoofde van de Kifid-zaak."

45. Ook de brief van 17 augustus 2016, waarin cliënt aangeeft dat gemaakte afspraken tussen het oude en nieuwe bestuur voor hem niet relevant zijn, wordt door DWV doorgestuurd aan [I].

46. Op 5 september 2016 informeert DWV cliënt[G] als volgt:

"Ondergetekende zijn vanaf juni 2016 de nieuwe bestuurders van de Waerd Vermogensbeheer en hebben met de oude bestuurders contact gehad over dit dossier. [I] heeft aangegeven, persoonlijk voor betaling zorg te dragen met het verzoek meer tijd in te ruimen vanwege het vrijmaken van liquid middelen, wat betreft [K], deze is persoonlijk failliet verklaard. "

47. Afsproken wordt dat [I] de vordering in vier termijnen van €6.555,- zal betalen. Uit het dossier blijkt dat [I] het eerste gedeelte van de openstaande vordering aan de cliënt heeft betaald. Betaling van de overige termijnen is in ieder geval tot 1 december 2016 uitgebleven, omdat [I] geen bankfinanciering heeft verkregen. Uit de bankafschriften van DWV blijkt niet dat het resterende bedrag door DWV aan cliënt[G] is betaald.

iv. Feiten ten aanzien van belangenverstrengeling en belangenconflicten

48. DWV beschikte in juni 2016 over een Administratieve Organisatie en Interne Controle (**AO/IC**) document. In bijlage 8 bij voornoemde AO/IC is het beleid ter voorkoming van belangenconflicten opgenomen. In de AO/IC staat verder niets opgenomen over belangenverstrengeling.

Samenwerking DWV en [ONDERNEMING A]

49. Uit het jaarverslag van 2014 volgt dat DWV sinds 2014 gebruik maakt van het administratieve en secretariële apparaat van [ONDERNEMING A]. Ook maakt DWV gebruik van de IT-systemen van [ONDERNEMING A]. Per 20 november 2014 is DWV gevestigd in Roermond. Het pand waar DWV gevestigd is, is eigendom van [ONDERNEMING A]. De samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A] wijzigt na het aantreden van [A] en de heer Mooren als bestuurders van DWV niet.
50. Uit het e-mailonderzoek blijkt dat de bedrijfsvoering van DWV in de praktijk sterk verweven is met de bedrijfsvoering van [ONDERNEMING A]. DWV maakt gebruik van de IT-diensten van [ONDERNEMING A]. In de AO/IC staat niets opgenomen over de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A].
51. Uit de bankafschriften blijkt dat stortingen van [ONDERNEMING A] aan DWV worden aangewend om de vaste kosten van DWV te betalen. De stortingen van 28 september 2016 worden onder meer aangewend voor de betaling van heffing aan de AFM.
52. Naar aanleiding van de jaarrekening van DWV over 2016 heeft DNB op 19 juni 2017 nadere vragen gesteld aan [ONDERNEMING B] over de aard van de accountantsverklaring en aan DWV over de vorderingen op [ONDERNEMING A] op de balans. In het jaarverslag over het jaar 2016 van DWV is namelijk in paragraaf de controleverklaring van [ONDERNEMING B] opgenomen. Hieruit blijkt dat zij een verklaring van oordeelonthouding geeft bij de jaarrekening over 2016 van DWV.
53. Ten aanzien van de oordeelonthouding heeft [ONDERNEMING B] op 7 juli 2017 verklaard dat hier de volgende overwegingen een grote rol hebben gespeeld:

“Er is sprake van geen of nauwelijks functie scheiding

De directeur-groootaandeelhouder [AFM: [A]] kan iedereen binnen de onderneming overrulen Hierdoor kan onvoldoende zekerheid gegeven worden over de volledigheid van de omzet en de daarmee samenhangende posten in de jaarrekening. Hierdoor is het niet mogelijk om tot een goedgekeurde accountantsverklaring te komen.”

Samenwerking [ONDERNEMING B], [ONDERNEMING C] en [ONDERNEMING D]

54. Vanaf 13 april 2016 openden nieuwe cliënten van DWV een beleggingsrekening bij [ONDERNEMING E]. DWV was gevolmachtigd om te handelen op die beleggingsrekening.
55. Als beleggingsonderneming beschikt [ONDERNEMING E] over een vergunning van de Cyprus Securities and Exchange Commission en handelt het tevens onder de naam [**ONDERNEMING B**]. Op grond van een Europees paspoort is het [ONDERNEMING E] toegestaan de volgende beleggingsdiensten in Nederland aan te bieden: het ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot financiële instrumenten, vermogensbeheer, beleggingsadvies en het overnemen van financiële instrumenten en/of plaatsten van financiële instrumenten met plaatsingsgaranties.
56. DWV, [ONDERNEMING E] en de cliënten van DWV gingen een tripartiete overeenkomst aan, de limited power of attorney (**LPOA**). Met de LPOA verplichte [ONDERNEMING E] of [ONDERNEMING B] zich om namens de cliënt maandelijks een beheervergoeding en prestatievergoeding aan DWV te betalen voor de door DWV verrichtte werkzaamheden. Deze betaling werd ingehouden van de rekening van de cliënt.
57. De partner van [A], [F] was CEO van [ONDERNEMING B].
58. Het beleggingsfonds [ONDERNEMING D] wordt volgens haar prospectus van 19 maart 2015 en 17 januari 2017 beheerd door (**[ONDERNEMING C]**). Uit het prospectus blijkt dat DWV optreedt als adviseur van [ONDERNEMING D].
59. Voorts blijkt uit een vermogensbeheerovereenkomst tussen DWV en [ONDERNEMING C] van 1 juli 2016, dat DWV optreedt als beheerder van een deel van het vermogen van het [ONDERNEMING D]. [ONDERNEMING C] geeft de opdracht en de volmacht aan DWV om voor rekening en risico van [ONDERNEMING C] het beheer over het vermogen uit te oefenen. DWV ontving hiervoor een beheervergoeding en een percentage van de winst uit het [ONDERNEMING D].
60. Naast het adviseren van het [ONDERNEMING D] zoals hiervoor omschreven, wordt het fonds ook actief gepromoot bij de cliënten van DWV. DWV heeft speciaal hiervoor een 'Gespreksnotitie inzake bemiddeling fonds' opgesteld. Daarin staat omschreven welke informatie met een cliënt moet worden besproken.
61. Per brief van 10 mei 2017 heeft DWV de vermogensbeheerovereenkomst tussen DWV en [ONDERNEMING C] per 1 juli 2017 beëindigd. In de begeleidende brief is opgenomen dat de achtergrond van de opzegging is dat het vertrouwen in de samenwerking is geschaad, omdat DWV geen handelsvolmacht heeft ontvangen. Voorts staat in de brief opgenomen dat er een interesseconflict is ontstaan tussen [ONDERNEMING C] en [ONDERNEMING F]. Uit de KvK blijkt dat [ONDERNEMING F] een onderneming is van [P], in de periode vanaf 1 oktober 2016 medewerker van DWV. Blijkens de website van [ONDERNEMING F], bemiddelt zij in financiële instrumenten in naam,

voor rekening en onder de aansprakelijkheid van [ONDERNEMING G], een beleggingsonderneming gevestigd in Duitsland.

62. De over de verschillende perioden en hierboven weergegeven vergaarde informatie vormde in samenhang gezien aanleiding voor de AFM om bij brief van 17 augustus 2017 haar voornemen tot intrekking van de vergunning aan DWV kenbaar te maken. Naar aanleiding van dit voornemen heeft DWV een zienswijze gegeven en (wederom) een wijzigingsplan voorgesteld. Beide vormden voor de AFM geen aanleiding om af te zien van het voornemen tot intrekking van de vergunning. Hierop heeft DWV op 3 november 2017 en 29 november 2017 zélf een verzoek ingediend om haar vergunning per 30 november 2017 in zijn geheel in te trekken.
63. Per brief van 5 december 2017, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM de vergunning van DWV ingetrokken.
64. Op 17 september 2018 heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan de heer Mooren een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leiding geven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid, van de Wft door DWV.
65. Op 1 november 2018 heeft de heer Mooren schriftelijk zijn zienswijze op dit voornemen ingediend en op 2 november 2018 mondeling toegelicht.
66. Op 28 december 2018 is het boetebesluit en daarmee samenhangend het publicatiebesluit genomen.

III. Bezwaar

67. Het bezwaarschrift beoogt de herroeping van het boetebesluit, rectificatie van het publicatiebesluit en vergoeding van de kosten van het bezwaar van de heer Mooren op grond van artikel 7:15, tweede lid van de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb). Het bezwaarschrift bevat samengevat en zakelijk weergegeven de volgende gronden:
 - A. De AFM heeft gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat niet handhavend zou worden opgetreden tegen gedragingen van DWV van vóór 13 april 2016;
 - B. Het boetebesluit steunt op onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal;
 - C. Het beleid van DWV werd bepaald door twee natuurlijke personen;
 - D. DWV had haar bedrijfsvoering zodanig ingericht dat een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf werd gewaarborgd;
 - E. DWV droeg zorg voor een adequate behandeling van klachten;
 - F. DWV voerde een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstremming en ten aanzien van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten;
 - G. De heer Mooren heeft geen feitelijk leiding gegeven aan de overtredingen;

- H. Het opleggen van een boete is niet opportuun;
- I. De AFM wijkt af van haar boetebeleid feitelijk leidinggeven;
- J. Het publicatiebesluit levert een onevenredige benadeling of schade op.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m H

68. Voorafgaand aan de behandeling van de bezwaargronden, licht de AFM toe waarom zij in het boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat DWV in de periode van 24 mei 2016 tot 20 september 2017 geen adequaat beleid voerde dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde en waarom de AFM heeft gekozen voor het opleggen van een boete aan de heer Mooren voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. Dat is van belang voor de beoordeling van de bezwaargronden.
69. Na die toelichting volgt de beoordeling van de bezwaargronden van de heer Mooren, waarbij de AFM per bezwaargrond een samenvatting geeft met daarop volgend de reactie van de AFM op die betreffende bezwaargrond.

Geen integere uitoefening van het bedrijf DWV

70. DWV diende als beleggingsonderneming een adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt. Daarin wordt onder meer verstaan dat wordt tegengegaan dat de beleggingsonderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Deze norm is opgenomen in artikel 4:11, eerste lid, van de Wft. Het is belangrijk dat beleggingsondernemingen dergelijk beleid voeren, omdat het voorziet in de bewustwording, de bevordering en de handhaving van integer handelen binnen alle lagen van de financiële onderneming.²
71. In deel 4 van de Wft en onder liggende wetgeving, staan diverse andere normen die ondersteunend zijn aan het in artikel 4:11, eerste lid, van de Wft bedoelde beleid.³ Die normen beogen onder meer het op integriteit gericht beleid, in de inrichting van de bedrijfsvoering te verankeren. Als vergunninghoudende partij had DWV zich ook aan die normen moeten houden. De AFM benadrukt dat het voor het vertrouwen in de financiële markten van groot belang is dat vergunninghoudende partijen zich daadwerkelijk houden aan deze normen, nu beleggers hierop vertrouwen.
72. De AFM heeft in het boetebesluit geoordeeld dat zich stelselmatig en structureel diverse wetsovertredingen hebben voorgedaan binnen DWV. In samenhang gezien hebben zij tot het oordeel geleid dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf

² Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 501.

³ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 501.

heeft gewaarborgd. Dat is in strijd met artikel 4:11, eerste lid, van de Wft. Het integer handelen van een financiële onderneming is onmiskenbaar voor een goede financiële dienstverlening en (toezicht op) de waarborging hiervan, raakt een belangrijk aspect van het financieel toezicht. Een overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft is naar het oordeel van de AFM daarom ernstig. Dit vertaalt zich in de omstandigheid dat deze overtreding door de wetgever is geplaatst in de hoogste boetecategorie (3).

73. Deze diverse wetsovertredingen die ten grondslag lagen aan dit oordeel, staan uitvoerig beschreven in het boetebesluit. In deze beslissing op bezwaar wordt hierna daarom volstaan met een korte omschrijving van de overtredingen die ten grondslag liggen aan het boetebesluit.

Het dagelijkse beleid van DWV werd niet door twee natuurlijke personen bepaald

74. Het dagelijks beleid van een beleggingsonderneming dient te worden bepaald door twee natuurlijke personen.⁴ Na vergunningverlening dient een beleggingsonderneming doorlopend aan dit voorschrift te voldoen. Dit betekent dat bij belet of ontsteltenis van één of meer personen die het dagelijkse beleid bepalen, de betreffende onderneming onverwijld voor vervanging dient te zorgen.
75. De AFM heeft in haar onderzoek echter vastgesteld dat in de boeteperiode, het beleid van DWV in de praktijk niet werd bepaald door twee natuurlijke personen. De feiten waarop de AFM dit baseert zijn uitgebreid in het betreffende hoofdstuk van het boetebesluit beschreven. De AFM verwijst hiernaar.⁵ In de kern heeft de AFM vastgesteld dat door de wijze waarop binnen DWV de taken waren verdeeld en de feitelijke werkzaamheden werden verricht, er geen invulling werd gegeven aan het vier-ogen-principe. Beleidsbeslissingen werden zonder tegenspraak door slechts één van de beleidsbepalers genomen, namelijk [A].
76. Het vier-ogen-principe is van belang voor een beleggingsonderneming omdat dit de waarborging van de continuïteit en kwaliteit van uitoefening van het bedrijf en de dienstverlening dient. Slechts bij uitzondering en met toestemming van de AFM kan van artikel 4:83 van de Wft worden afgeweken. Dit kan alleen indien er alternatieve regelingen zijn getroffen om een gezonde en prudente bedrijfsvoering van de beleggingsonderneming te garanderen met inachtneming van de belangen van haar cliënten. Bij DWV was de bedrijfsvoering in de praktijk kennelijk zo ingericht, dat het mogelijk was dat besluiten die zien op de kern van de beleggingsonderneming, door slechts één beleidsbepaler werden genomen. Dat deze bepaling daadwerkelijk relevant is voor de integere uitoefening van de onderneming, wordt overigens geïllustreerd door het feit dat de AFM in het boetebesluit naast deze, nog diverse andere overtreding door DWV heeft geconstateerd.

⁴ Dit volgt uit artikel 4:83 van de Wft.

⁵ Zie paragraaf 2.3.1 van het boetebesluit.

DWV had haar bedrijfsvoering niet zodanig ingericht dat een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf werd gewaarborgd

77. Een beleggingsonderneming dient op grond van artikel 4:14, eerste lid van de Wft haar bedrijfsvoering zo in te richten dat zij hiermee een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgt. Dit houdt onder meer in dat de bedrijfsprocessen en bedrijfsrisico's beheerst dienen te worden.
78. De AFM heeft geconstateerd dat DWV in de boeteperiode haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integere bedrijfsvoering waarborgde. Dat deze norm is geschonden blijkt uit verschillende onderdelen opgenomen in het boeterapport.⁶ Zo heeft DWV medio 2016 twee incidenten die een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf DWV niet gemeld bij de AFM.⁷ Deze gebeurtenissen hielden verband met de financiële gezondheid van DWV en waren daarmee essentieel voor het continueren van het bedrijf. Zij hadden daarom gemeld moeten worden.
79. Het eerste incident betrof uit een bindende uitspraak van het Klachten Instituut Financiële Dienstverlening (**Kifid**) van 21 juni 2016, waaruit volgde dat DWV uiterlijk op bijvoorbeeld 19 juli 2016 een bedrag van €25.000,- moest betalen aan een cliënt. Dit, terwijl uit de feiten bleek dat de financiële situatie van DWV op dat moment in een zeer zorgwekkende staat verkeerde. De betalingsverplichting vormde daarmee een ernstige bedreiging voor de continuïteit van DWV. Dat dit zo was, wordt tevens bevestigd door de op 20 juli 2016 verzonden voorgenomen last onder dwangsom van DNB. DWV voldeed namelijk in het tweede kwartaal van 2016 niet aan de op haar rustende solvabiliteitsverplichtingen.⁸ Hoewel geen formele maatregelen zijn opgelegd, blijkt uit de feiten dat DWV in strijd met de afspraken die waren gemaakt met DNB hierover, vervolgens doelbewust en alléén op de toetsingsmomenten van DNB aan haar solvabiliteitsverplichtingen voldeed door middel van kapitaalstortingen. Daags na de toetsingsmomenten werd het kapitaal namelijk weer teruggestort. DWV deed daarmee voorkomen alsof de beheerste en integere bedrijfsuitoefening van DWV gewaarborgd was, terwijl in werkelijkheid de continuïteit van het bedrijf ernstig in gevaar was. Ook de voorgenomen last onder dwangsom had, gelet op de deplorabel financiële situatie en de niet-integere wijze waarop DWV met haar solvabiliteitsverplichtingen omging, als incident moeten worden gemeld bij de AFM.
80. Daarnaast bleek uit de feiten dat DWV niet in staat was te beschikken over een overzicht van alle door haar verleende beleggingsdiensten aan cliënten, terwijl zij daar wel toe verplicht was.⁹ Zo bleek

⁶ Zie paragrafen 2.3.2, 2.3.3 en 3.2 van het boeterapport.

⁷ Op grond van artikel 4:14, tweede lid van de Wft juncto artikel 24, derde lid BGfo.

⁸ DWV had in het tweede kwartaal van 2016 een tekort van €6000,- op de voor haar vereiste minimum aan te houden kapitaal van € 50.000,-. Dit was in strijd met artikel 3:57, eerste lid van de Wft.

⁹ Dit is in strijd met artikel 4:14, tweede lid, aanhef en onderdeel c van de Wft juncto artikel 35, eerste lid BGfo (oud).

DWV niet in staat om op verzoek van twee actieve cliënten, een overzicht te verstrekken van de op hen betrekking hebbende transacties en correspondentie. Deze informatie dient vijf jaar te worden bewaard. Dat is belangrijk, omdat daarmee op grond van artikel 35 BGfo toezicht kan worden gehouden op de naleving van in de verplichtingen die voortvloeien uit de Richtlijn Markets in Financial Instruments (**MIFID I**) die geïmplementeerd zijn in de Wft.

81. In het bezwaarschrift worden de feiten waarop de AFM tot haar conclusie is gekomen niet betwist. Wel wordt betwist dat de AFM op grond van deze feiten tot haar conclusie heeft kunnen komen. De gronden die hierop zien worden hieronder bij de behandeling van de bezwaargronden behandeld.

DWV beschikte niet over een adequate klachtenprocedure die waarborgde dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de termijn werden afgehandeld

82. Een beleggingsonderneming dient op grond van artikel 4:17, eerste lid van de Wft zorg te dragen voor een adequate behandeling van klachten van cliënten. Teneinde een adequate invulling hiervan te waarborgen heeft de wetgever nadere eisen gesteld. Zo dient een beleggingsonderneming niet alleen over een klachtenprocedure te beschikken, maar dient zij er tevens zorg voor te dragen dat klachten behoorlijk worden geadmistreerd en dat deze zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen een redelijke termijn worden afgehandeld.¹⁰ Een adequate vastlegging van de klacht, alsmede van de afhandeling daarvan is van belang voor een goede interne bewaking en beheersing van het klachtenproces en de klachten zelf, alsook voor interne en externe controledoeleinden.¹¹
83. De AFM heeft op basis van diverse bevindingen in het boetebesluit geoordeeld dat de klachtenprocedure van DWV onvoldoende waarborgde dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen een redelijke termijn werden afgehandeld. Zo is gebleken dat in de klachtenadministratie van meerdere gevallen een omschrijving van de klacht in zijn geheel ontbrak.¹² Eveneens is uit de klachtenadministratie in meerdere gevallen voor de AFM niet op te maken of, en zo ja, op welke wijze klachten zijn afgehandeld. Daarnaast is gebleken dat klachten van cliënten niet binnen de door DWV gestelde termijn werden afgehandeld. In het bijzonder wijst de AFM in het boetebesluit op de afhandeling van de klacht van de heer [X]. In dat geval heeft DWV bijna negen maanden gedaan over het afhandelen van de klacht door middel van een korte afwijzende reactie.
84. Naast deze procedurele gebreken heeft de AFM in het boetebesluit geoordeeld dat de inhoudelijke behandeling van de klachten door DWV eveneens niet voldeed aan de materiële eisen uit artikel 44 BGfo.

¹⁰ Zie hiervoor de artikelen 39 t/m 44 BGfo (oud).

¹¹ *Stb.* 2006, nr. 520, p. 186.

¹² Zie bijvoorbeeld de dossiers van cliënten [L],[G] en [O], zoals door de AFM ontvangen op 7 december 2016.

85. In het boetebesluit heeft de AFM hierover geoordeeld dat dit niet getuigt van de zorgvuldigheid die op grond van artikel 4:17, eerste lid van de Wft van een beleggingsonderneming wordt verwacht. Temeer nu cliënten met claims in voornoemde gevallen werden geconfronteerd met het persoonlijk faillissement van een van de voormalig beleidsbepalers.¹³ Hiermee heeft DWV naar het oordeel van de AFM afstand genomen van de op háár rustende verplichting om klachten adequaat, waaronder spoedig en zorgvuldig, af te handelen.

DWV voerde geen adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstrengeling

86. Een andere waarborg voor een integere bedrijfsuitoefening, betreft een beleid waarmee belangenverstrengeling wordt tegengegaan.¹⁴ Dit beleid dient zijn weerslag te vinden in procedures en maatregelen.¹⁵ Aan de hand van een analyse van de relevante integriteitsrisico's dient de onderneming beleid op te stellen om belangenverstrengeling tegen te gaan en dit beleid vervolgens ook uit te voeren. Onder belangenverstrengeling verstaat de AFM *'het risico dat persoonlijke of professionele belangen, andere dan die van de cliënt, bewust of onbewust worden meegenomen bij de dienstverlening door (medewerkers van) de beleggingsonderneming aan de cliënt'*. Het beleid dient duidelijk te maken op welke wijze een beleggingsonderneming omgaat met persoonlijke, professionele en financiële belangen in relatie tot het omgaan met belangen van cliënten.¹⁶
87. Uit de feiten en bevindingen is gebleken dat DWV nimmer de beschikking heeft gehad over een beleid dat belangenverstrengeling tegenging. DWV heeft geen analyse gemaakt van de risico's op belangenverstrengeling en heeft deze risico's ook niet onderkend, terwijl deze er wel degelijk waren. Dat belangenverstrengeling zich vervolgens heeft verwezenlijkt blijkt onder meer uit het volgende.
88. DWV trad enerzijds op als beheerder van het [ONDERNEMING D] en kreeg hiervoor een beheervergoeding, waarvan de hoogte afhankelijk was van de inleg in het fonds. Anderzijds adviseerde en promootte zij dit fonds bij haar eigen cliënten. Hierdoor bestond het risico dat de eigen (financiële) belangen van DWV, bewust of onbewust, werden meegenomen bij de dienstverlening aan haar cliënten. Deze risico's zijn nimmer geadresseerd, noch zijn de cliënten van DWV over deze belangen geïnformeerd. Tevens acht de AFM het kwalijk dat er binnen DWV geen beleid is gevoerd dat was gericht op het tegengaan van belangenverstrengeling.

DWV voerde geen adequaat beleid ten aanzien van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten

¹³ Zie bijvoorbeeld de dossiers van cliënten [G], [H] en [N], zoals door de AFM ontvangen op 7 december 2016.

¹⁴ Op grond van artikel 4:11, eerste lid, aanhef en onderdeel a, van de Wft.

¹⁵ Op grond van artikel 23, eerste lid, BGfo.

¹⁶ *Stb.* 2006, nr. 520, p. 173.

89. De belangenconflicten kunnen voortvloeien uit de verschillende activiteiten die een beleggingsonderneming ontplooit.¹⁷ Het is daarom noodzakelijk dat een beleggingsonderneming ter voorkoming daarvan, adequaat beleid voert en daar in de dagelijkse praktijk en in de omgang van cliënten uitvoering aan geeft. Indien een belangenconflict onvermijdelijk blijkt te zijn, dient de beleggingsonderneming ervoor te zorgen dat haar cliënten op een billijke wijze worden behandeld en stelt zij – alvorens over te gaan tot zaken – haar cliënten voorafgaand op de hoogte van dit belangenconflict.¹⁸
90. De Europese wetgever heeft middels de richtlijnen 2004/39/EG (MIFID) en 2014/65/EU (MIFID II) groot belang gehecht aan de bescherming van de belangen van beleggers en de daarvoor benodigde transparantie binnen de financiële sector in het bijzonder. Het volledig en juist informeren van cliënten is daaraan onlosmakelijk verbonden. Incorrect gedrag van beleggingsondernemingen kan beleggers schade betrekken en het vertrouwen van beleggers aantasten. In Nederland heeft het belang van een adequaat beleid ten aanzien van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten, zijn weerslag gevonden onder meer de artikelen 4:88 van de Wft en het gedurende de boeteperiode geldende artikel 167a BGfo.¹⁹
91. In het boetebesluit heeft de AFM geconstateerd dat DWV in de boeteperiode geen adequaat beleid voerde ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten. DWV had vanaf augustus 2015 weliswaar beleid hieromtrent opgenomen in de AO/IC, maar dit beleid beperkte zich tot het benoemen van algemeenheden. Daarin is niet terug te vinden welke specifieke omstandigheden, die DWV aangaan, een belangenconflict kunnen vormen die een wezenlijke risico brengen dat belangen van cliënten van DWV worden geschaad. In de werkwijze van DWV zijn bovendien ook daadwerkelijk diverse belangenconflicten ontstaan, die in het boetebesluit zijn benoemd. Deze belangenconflicten worden in bezwaar niet betwist.

De heer Mooren heeft feitelijk leiding gegeven aan de overtredingen van DWV

92. Uit de feiten en bevindingen is verder naar voren gekomen dat de heer Mooren feitelijk leiding heeft gegeven aan de bovengenoemde ernstige overtredingen van DWV. De heer Mooren was in de boeteperiode op de hoogte van de verschillende verboden gedragingen, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen. Zo was de heer Mooren er van op de hoogte dat het dagelijkse beleid in de praktijk alleen door [A] werd bepaald en dat het behandeling van klachten niet adequaat en zorgvuldig verliep. Hiermee heeft de heer Mooren de aanmerkelijke kans aanvaard dat de wetsovertredingen zich zouden voordoen.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708 nr. 19, p. 553.

¹⁸ Dit volgt uit artikel 4:88, tweede lid van de Wft.

¹⁹ Het bepaalde daarin is sindsdien terug te vinden in artikel 33 en 34 van de gedelegeerde verordening 2007/565 van de Europese Commissie betreffende markten voor financiële instrumenten 2014 inzake organisatorische eisen.

93. Daar komt bij dat de heer Mooren in zijn hoedanigheid als statutair bestuurder van een kleine beleggingsonderneming met in 2016 gemiddeld 2 werknemers in dienst op fulltime basis, in die gehele periode bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen. Uit het onderzoeksrapport is niet gebleken dat de heer Mooren enige maatregelen heeft getroffen ter voorkoming of beëindiging van de overtredingen. Hiermee is naar het oordeel van de AFM voldaan aan de criteria die in de jurisprudentie zijn gesteld aan het begrip feitelijk leidinggeven.²⁰
94. De AFM heeft hierboven uiteengezet waarom zij in het boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat er sprake is geweest van overtredingen en waarom de heer Mooren hier feitelijk leiding aan heeft gegeven. Hieronder gaat de AFM over tot de behandeling van de bezwaargronden voor zover relevant en niet reeds hierboven aan de orde is gekomen bij de uiteenzetting en onderbouwing van de verweten gedragingen.

A. De AFM heeft gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat niet handhavend zou worden opgetreden tegen gedragingen van DWV van vóór 13 april 2016

95. De heer Mooren stelt zich op het standpunt dat met de reorganisatie van DWV, die naar aanleiding van het eerste voornemen tot intrekking van de vergunning van de AFM op 5 augustus 2015 heeft plaatsgevonden, en de goedkeuring van de heer Mooren als beleidsbepaler op 13 april 2016, de AFM de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat er een streep onder de erfenis van DWV zou zijn gezet. De heer Mooren meent dat uit zijn goedkeuring als beleidsbepaler volgt, dat de AFM heeft ingestemd met alle plannen en wijzigingen in de organisatie van DWV. Gesteld wordt dat de AFM geen enkel bezwaar zag in het continueren van het bedrijf in de nieuwe opzet en de status quo op dat moment heeft goedgekeurd. Dientengevolge meent de heer Mooren dat de AFM hem en DWV geen gedragingen van DWV kan tegenwerpen die zijn aangevallen vóór 13 april 2016. Nu dit standpunt in meerdere bezwaargronden naar voren wordt gebracht, wenst de AFM hier, vooruitlopend op de behandeling van de overige bezwaargronden, op te reageren.

Reactie AFM

96. De heer Mooren doet een beroep op het vertrouwensbeginsel. De AFM stelt voorop dat het voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel noodzakelijk is dat de AFM een concrete, ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan waaraan de gerechtvaardigde verwachting kon worden

²⁰ Zie onder meer HR 16 december 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9607, (Slavenburg II); CbB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256; CbB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312; CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 en CbB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327. Dat de heer Mooren een persoonlijk verwijt valt te maken is per overtreding uitgebreid toegelicht in de pagina's 64 tot en met 68 van het boetebesluit. De AFM verwijst hiernaar.

ontleend dat, in dit geval, de AFM niet handhavend zou optreden tegen wetovertredingen van DWV die hun oorsprong vonden in de periode voorafgaand aan 13 april 2016.

97. Naar het oordeel van de AFM kan een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan slagen. Dit wordt als volgt gemotiveerd.
98. De heer Mooren ontleent de gestelde gerechtvaardigde verwachting aan de omstandigheden die zich na de voorgenomen intrekking van de vergunning van 5 augustus 2015 hebben voorgedaan. Dat betreft de reorganisatie van DWV en de aanmelding van twee nieuwe beleidsbepalers op 13 april 2016. Daarom wijst de heer Mooren in bezwaar op diverse informatieverzoeken die de AFM in het najaar van 2015 heeft verstuurd en stelt dat de AFM op grond daarvan geen enkel bezwaar heeft gezien in het continueren van het bedrijf in haar nieuwe opzet. Dat de overtredingen hebben plaatsgevonden wordt niet betwist.
99. De AFM ziet in deze omstandigheden echter geen concrete, ondubbelzinnige toezegging waaraan de gerechtvaardigde verwachting kon worden ontleend dat de AFM op enig moment niet (meer) handhavend zou optreden tegen overtredingen van DWV. De AFM heeft op geen enkel moment na de voorgenomen vergunningintrekking aan DWV medegedeeld dat het onderzoek is afgerond. Ook bij goedkeuring van twee nieuwe beleidsbepalers op 13 april 2016 heeft de AFM op geen enkele wijze aan DWV kenbaar gemaakt dat de AFM geen overtredingen van DWV heeft geconstateerd of dat het traject van de voorgenomen vergunning intrekking hiermee was afgerond.
100. Kortom, nog daargelaten dat er überhaupt geen toezeggingen zijn gedaan die duiden op, kort gezegd, het afzien van handhaving, valt ook anderszins niet in te zien op welke wijze de AFM als gevolg van onder meer informatieverzoeken ondubbelzinnige, concrete toezeggingen heeft gedaan, waaraan de heer Mooren of DWV het gerechtvaardigd vertrouwen kon ontleenen dat de AFM niet zou optreden tegen de overtredingen van DWV die plaatsvonden voorafgaand aan de goedkeuring van nieuwe beleidsbepalers. Een beroep op het vertrouwensbeginsel kan daarom niet slagen.

B. Het boetebesluit steunt op onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal

101. De heer Mooren stelt zich op het standpunt dat de AFM, in de onderbouwing van het boetebesluit, gebruik heeft gemaakt van het gespreksverslag met kenmerk [kenmerk](de verklaring). Deze verklaring is door de AFM vastgesteld aan de hand van een gesprek die de AFM heeft gevoerd met de heer Mooren op 7 december 2016 ten kantore van DWV en kwalificeert als wilsafhankelijk materiaal dat onder dwang is verkregen. Dat geldt eveneens voor de verklaringen van [A] en [B]. Volgens de heer Mooren adresseert de AFM dit in het boetebesluit ten dele, doch meent hij dat de AFM in het boetebesluit voorbij lijkt te gaan aan wat de heer Mooren in zijn schriftelijke zienswijze naar voren heeft gebracht.

Reactie AFM

102. De AFM deelt dit standpunt niet.

103. De AFM heeft op pagina 68 van het boetebesluit gemotiveerd dat de verklaringen van de heer Mooren en [A] niet ten grondslag zijn gelegd aan het boetebesluit. Daarin is tevens toegelicht dat naar aanleiding van wat in de zienswijze ten aanzien van wilsafhankelijk materiaal naar voren is gebracht, de AFM de bevindingen betreffende de overtreding van artikel 5:20 van de Awb heeft laten vallen. Ook andere verklaringen, waaronder de verklaringen van de heer Mooren tijdens het toetsingsgesprek, zijn niet ten grondslag gelegd aan het boetebesluit.

104. Zowel in de zienswijze als in bezwaar ontbreekt een verdere nadere onderbouwing van de stelling dat het (voorgenomen) boetebesluit zou steunen op onder dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal. De heer Mooren motiveert niet waar in het boetebesluit gebruik is gemaakt van wilsafhankelijk materiaal. Nu in bezwaar een nadere onderbouwing van voornoemde stelling ontbreekt, behoeft dit standpunt geen verdere behandeling.

105. Heroverweging van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

C. Het beleid van DWV werd bepaald door twee natuurlijke personen

106. De heer Mooren betwist het oordeel van de AFM dat het dagelijkse beleid van DWV niet werd bepaald door twee natuurlijke personen. Dat de taken binnen het bestuur werden verdeeld kan, naar zijn oordeel, niet de conclusie dragen dat het beleid slechts door één persoon werd bepaald. Een onderlinge rolverdeling kan daarnaast nooit tot gevolg hebben dat een statutair bestuurder geen beleidsbepaler is. Daarnaast stelt de heer Mooren dat de AFM haar redenering volledig baseert op de regels omtrent het 'collectief' zoals uitgewerkt in de Beleidsregel Geschiktheid. Deze beleidsregel kan geen verplichtingen creëren en vormt geen uitwerking van artikel 4:83, eerste lid van de Wft, aldus de heer Mooren.

Reactie AFM

107. De AFM heeft in het boetebesluit uitvoerig gemotiveerd op basis van welke feiten zij tot het oordeel is gekomen dat het beleid van DWV niet door twee natuurlijke personen werd bepaald.²¹ Aan die conclusie van de AFM ligt, anders dan in bezwaar wordt gesuggereerd, niet ten grondslag het enkele feit dat er binnen het bestuur taken zijn verdeeld.

108. Waar het de AFM om te doen is, is dat de taken zodanig waren verdeeld dat de gehele verantwoordelijkheid op bijvoorbeeld een kernproces zoals het uitzetten van het beleggingsbeleid

²¹ Zie pagina 13 tot en met 16 van het boetebesluit.

was geconcentreerd bij [A] die eigenstanding en zonder nadere afstemming alleen dit beleid bepaalde. Dat de heer Mooren zich niet met het beleggingsbeleid bezighield en ook niet bij de besluitvorming met betrekking tot dit beleid was betrokken, wordt in bezwaar niet betwist. Evenmin wordt betwist dat de heer Mooren niet zelfstandig bevoegd was om DWV te vertegenwoordigen. Wel betwist de heer Mooren dat [A] hem kon overrulen en onderbouwt dit met de stelling dat de AFM dit oordeel niet met argumenten staaft. De AFM wijst in reactie daarop, naast de hiervoor genoemde onbetwiste feiten, op de oordeelsonthouding van de accountant bij het jaarverslag van DWV over het jaar 2016. De accountant merkt daarover expliciet op dat [A] iedereen binnen het bedrijf kan overrulen. Nu in de praktijk het beleid van DWV aldus door [A] zonder afstemming werd bepaald, is het vier-ogen-principe geschonden.

109. Met de stelling dat een statutair directeur – wat voor onderlinge rolverdeling er ook is – altijd beleidsbepaler is – wat daar ook van zij – miskent de heer Mooren de ratio van artikel 4:83 van de Wft. Dit artikel draait niet alleen om het feit dat er op papier twee beleidsbepalers zijn, maar ziet juist op de wijze waarop binnen een bedrijf het beleid wordt bepaald en besluiten worden genomen. Er dient sprake te zijn van een vier-ogen-principe, zodat voor de onderneming belangrijke besluiten niet slechts door één persoon genomen kunnen worden. Daarmee wordt de continuïteit en de kwaliteit van de uitoefening van het bedrijf en de dienstverlening gewaarborgd. Het enkele feit dat een instelling twee statutair bestuurders heeft, is aldus onvoldoende om te voldoen aan artikel 4:83 van de Wft. Voor deze borging is noodzakelijk dat de bedrijfsprocessen zodanig zijn ingericht dat ook in de praktijk de belangrijke beslissingen niet zelfstandig en zonder tegenspraak door slechts één van de beleidsbepalers kunnen worden genomen.

110. Tot slot merkt de AFM op dat de heer Mooren in bezwaar er onterecht vanuit gaat dat de AFM de Beleidsregel Geschiktheid als uitgangpunt neemt voor de beoordeling of artikel 4:83, eerste lid van de Wft is geschonden. De AFM heeft deze beleidsregel slechts aangehaald om het begrip ‘collectief’ te duiden. Het vier-ogen-principe staat niet in de weg aan een taakverdeling binnen een collectief, zolang het vier-ogen-principe wordt gewaarborgd. Daar was binnen DWV geen sprake van, zoals de AFM aan de hand van bovengenoemde feiten heeft gemotiveerd.

111. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

D. DWV had haar bedrijfsvoering zodanig ingericht dat een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf werd gewaarborgd

De heer Mooren is kortgezegd van mening dat er zich binnen DWV geen incidenten hebben voorgedaan die aan de AFM hadden moeten worden gemeld en dat de schending van de bewaarplicht door DWV de heer Mooren niet verweten kan worden.

Melden van incidenten (1): kapitaaltekort

112. De heer Mooren bestrijdt dat de mogelijke impact van het kapitaaltekort op de integere uitoefening van het bedrijf kwalificeert als een incident nu de aandeelhouder ([A]) de onderneming van kapitaalstortingen had voorzien. De heer Mooren betoogt dat daarmee geen gevaar was voor de integere uitoefening van het bedrijf en onderbouwt deze stelling met het argument dat DNB na een voornemen daartoe, geen formele maatregel heeft genomen. Bovendien trekt de AFM naar zijn oordeel een verkeerde conclusie. De vermogensbestandsdelen wijzigen, doordat bijvoorbeeld een tegoed op een bankrekening een vordering op een debiteur wordt, maar dat betekent niet dat de kapitaalpositie verandert.

Reactie AFM

113. De AFM kan dit betoog niet volgen.

114. Een incident is een gedraging of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf van een financiële onderneming. Dit zijn incidenten die het vertrouwen in de betreffende financiële onderneming of de financiële markten als geheel schaden. In het boetebesluit heeft de AFM gemotiveerd waarom naar haar oordeel sprake was van een incident.

115. Het bezwaar van de heer Mooren gaat hier echter aan voorbij. De AFM oordeelt in het boetebesluit dat het voornemen van DNB van 20 juli 2016 tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens een tekort in het aan te houden eigen vermogen (kapitaaltekort) mede in het licht van de wijze waarop DWV omging met haar prudentiële verplichtingen, en het negatieve resultaat over het boekjaar 2015, kwalificeert als een incident. De kapitaalstortingen door de aandeelhouder maakt deze kwalificatie niet anders.

116. Dat komt, omdat die kapitaalstortingen helemaal niet tot doel hadden het eigen vermogen van DWV te doen toenemen, zodat doorlopend aan de prudentiële verplichtingen zou worden voldaan en er geen gevaar meer was voor de integere bedrijfsuitoefening van DWV. Dit blijkt onder meer uit de vaststelling van de AFM, dat na de kapitaalstortingen voorafgaand aan de toetsingsmomenten van DNB, (grote delen van) het kapitaal weer werd teruggeboekt naar [ONDERNEMING A]. Dit is bijvoorbeeld gebeurd op 4 oktober 2016 nadat het eigen vermogen van DWV door kapitaalstortingen op 28 september 2016 was aangevuld.²² Deze handelwijze is bovendien in strijd met de afspraak die DWV met DNB had gemaakt.²³ Immers was met DNB afgesproken dat *agiosstortingen* zouden worden gedaan, waardoor het eigen vermogen duurzaam zou worden aangevuld. De kapitaalstortingen die tot 28 september 2016 werden gedaan, waren voor DNB dan ook reden om af te zien van formele maatregelen, na het eerdere voornemen daartoe. Nu blijkt dat de gelden na de toetsingsmomenten van DNB weer werden teruggeboekt, is aan DNB door DWV een onjuiste voorstelling van zaken voorgespiegeld. Het waren immers geen agiosstortingen, er werd slechts rondom toetsingsmomenten

²² Zie boeterapport pagina's 17 en 18.

²³ E-mail van DNB aan AFM van 19 september 2016.

geschoven met kapitaal dat afkomstig was van [ONDERNEMING A]. Met deze werkwijze werd de schijn gewekt dat DWV financieel gezond was, terwijl DWV in werkelijkheid niet aan haar solvabiliteitsverplichtingen kon voldoen.

117. Gelet op het voorgaande kan de AFM het betoog van de heer Mooren, dat slechts de vermogensbestandsdelen wijzigen en niet de kapitaalpositie, niet begrijpen. Met DNB was overeengekomen dat agiostortingen zouden worden gedaan. Dergelijk stortingen hebben in positieve zin invloed op de solvabiliteit en daarmee op de kapitaalpositie van DWV. Maar uit de feiten blijkt dat het niet om duurzame agiostortingen ging, maar om tijdelijke geschuif met kapitaal die alleen tot doel hadden om op toetsingsmomenten van DNB aan de solvabiliteitseisen te voldoen. Uit de beschikbare informatie blijkt verder niet dat de stortingen een vordering op een debiteur waren. Wat ook niet in de rede ligt, nu ze op enig moment ook weer aan [ONDERNEMING A] werden teruggestort.

118. Met de hierboven geschetste constellatie van feiten was sprake van gedraging en/of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV. Deze gebeurtenis kan het vertrouwen in DWV ernstig schaden en had als incident daarom op grond van artikel 4:14, tweede lid, Wft jo. artikel 24, derde lid BGfo onverwijld aan de AFM gemeld moeten worden. Dat DNB toezicht houdt op de solvabiliteitseisen, doet niets af aan de bevoegdheid van de AFM om deze feiten te kwalificeren als incident dat aan haar als gedragstoezichthouder diende te worden gemeld.

119. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

Melden van incidenten (2): uitspraak geschillencommissie

120. In bezwaar voert de heer Mooren aan dat de Kifid-uitspraak van 21 juni 2016, waaruit een betalingsverplichting van €25.000,- volgt, geen omstandigheid betreft die valt aan te merken als een ernstig gevaar voor de integere bedrijfsvoering van DWV. Evenmin was sprake van een bedreiging voor de continuïteit van DWV, omdat – voor zover hier relevant – over de betalingsverplichting afspraken zijn gemaakt met oud bestuurder [I]. Aan de betalingsverplichting lagen claims ten grondslag van vóór het aantreden van de heer Mooren en [A]. Zij konden zich erop beroepen dat [I] in stond voor de betaling van het genoemde bedrag. De heer Mooren stelt dat de betaling ook is geschied.

Reactie AFM

121. Gelijk aan het oordeel in het boetebesluit is de AFM ook na heroverweging van oordeel dat met de bindende Kifid-uitspraak sprake was van een incident dat had moeten worden gemeld aan de AFM.

122. Door de uitspraak van het Kifid ontstond een opeisbare vordering van €25.000,- van klager op DWV. Hoewel het DWV vrij staat om over de betaling ervan met derden afspraken te maken, ontslaan

dergelijke afspraken haar niet van de verplichting de vordering te voldoen. Gelet op het grote verlies over het boekjaar 2015, het feit dat DWV eind 2015 over slechts €21,- aan liquide middelen beschikte en het gegeven dat de vordering twee-derde van de omzet van DWV over 2015 betrof, is de AFM tot het oordeel gekomen dat de betalingsverplichting een mogelijke dreiging voor de continuïteit van DWV vormde. De heer Mooren heeft niet gesteld dat de financiële positie van DWV in de eerste helft van 2016 is verbeterd. In dat licht bezien is de (gestelde) betalingsafpraak tussen DWV en [I] niet relevant. Tot het moment waarop bevrijdend was betaald, vormde deze feiten immers een mogelijke dreiging voor de continuïteit van de onderneming en was daarmee sprake van een gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf.

123. De stelling dat de betaling reeds had plaatsgevonden, is niet onderbouwd met bewijs en valt ook niet af te leiden uit de correspondentie die als bijlage 1 bij het aanvullend bezwaarschrift is bijgesloten. In deze bijlage is een e-mailcorrespondentie opgenomen waaruit is af te leiden dat een de betreffende cliënt - [G] - akkoord is met de betaling van de schadevergoeding door oud-beleidsbepaler [I]. Hoewel tevens is af te leiden dat een eerste betaling is gedaan om de schade te vergoeden, blijkt uit de betreffende correspondentie dat het resterende bedrag van €19 665, - tot in ieder geval op 1 december 2016 nog steeds niet was voldaan. Dit, terwijl de vordering reeds op 19 juli 2016 opeisbaar was geworden.
124. Onder deze omstandigheden kwalificeerde de niet geanonimiseerde en bindende Kifid-uitspraak van 21 juni 2016 als een gebeurtenis die een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV. De acute betalingsverplichting vormde, gelet op de zorgwekkende financiële omstandigheden waarin DWV verkeerde, een gevaar voor de continuïteit van de onderneming. Dit incident kan het vertrouwen van de consument in DWV ernstig schaden en had op grond van artikel 4:14, tweede lid van de Wft juncto artikel 24, derde lid BGfo onverwijld aan de AFM gemeld moeten worden.
125. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

Bewaarplicht

126. De heer Mooren voert in bezwaar aan dat naar aanleiding van het eerste voornemen van de AFM tot intrekking van de vergunning van DWV in augustus 2015, er een hersteloperatie is geweest. Daarbij zijn onder meer de cliëntendossiers herzien en geactualiseerd en vervolgens uitgebreid door de AFM gecontroleerd. De AFM is in dat proces geïnformeerd over inactieve (oude) klanten van DWV. Gelet op het 'groene licht' van de AFM voor DWV om onder een nieuw bestuur voort te bestaan, stelt de heer Mooren dat de AFM daarmee de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat er een streep onder die erfenis was gezet door de AFM. Naar het oordeel van de heer Mooren kan hem daarom geen verwijt worden gemaakt met betrekking tot de bewaarplicht van cliëntendossiers van voor 13 april 2016.

Reactie AFM

127. De AFM deelt dit standpunt niet.

128. DWV diende als beleggingsonderneming gegevens bij te houden over alle door haar verleende beleggingsdiensten en verrichtte beleggingsactiviteiten ten einde het toezicht op de naleven van wat ter implementatie van MiFiD ingevolge de wet is bepaald mogelijk te maken. De bewaarplicht geldt voor vijf jaar.²⁴

129. De AFM stelt voorop dat de heer Mooren niet betwist dat de dossiers niet op orde waren. De dossiers die ten grondslag liggen aan het oordeel van de AFM dat de bewaarplicht is geschonden, betroffen echter geen inactieve oude klanten zoals de heer Mooren in bezwaar stelt. De AFM heeft in het boetebesluit gemotiveerd dat de overtreding zag op de dossiers van de cliënten [H] en Kostenbroek.²⁵ Zij waren allebei in ieder geval tot ultimo 2016 cliënt bij DWV. Dat betekent dat ten tijde van het AFM-onderzoek, de periode van vijf jaar niet waren verstreken. De bewaarplicht is bovendien een verplichting waar een beleggingsonderneming doorlopend aan moet voldoen en gold voor deze cliënten zelfs tot ná de boeteperiode. Dat betekent dat het op de weg van DWV had gelegen om inspanningen te verrichten om de ontbrekende gegevens van deze actieve cliënten aan te vullen, zodat aan deze norm kon worden voldaan.

130. Een beroep op het gestelde gerechtvaardigde vertrouwen kan naar het oordeel van de AFM niet slagen. De AFM verwijst naar randnummers 97 tot en met 100 van dit besluit.

131. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

²⁴ Op grond van artikel 35, tweede lid, BGfo (oud).

²⁵ Pagina 53 van het boetebesluit.

E. DWV droeg zorg voor een adequate behandeling van klachten

132. De heer Mooren stelt in bezwaar dat hem geen verwijten kunnen worden gemaakt ten aanzien van gedragingen door DWV over de periode vóór 13 april 2016 en wijst daarbij op dezelfde argumenten als hiervoor over de bewaarplicht zijn aangedragen. De AFM leest hierin dat de heer Mooren daarmee stelt dat de gerechtvaardigde verwachting is gewekt dat er een streep onder de erfenis van DWV was gezet door de AFM.

133. Daarnaast stelt de heer Mooren zich op het standpunt dat nu DWV over een interne klachtenprocedure beschikte, er geen sprake kan zijn van een overtreding van artikel 44 BGfo. Dat DWV niet voldeed aan haar eigen interne klachtenprocedure kan in ieder geval niet leiden tot een overtreding van artikel 44 BGfo, zo stelt de heer Mooren.

Reactie AFM

134. AFM heeft in het boetebesluit de feiten uiteengezet die hebben geleid tot het oordeel dat DWV niet zorg heeft gedragen voor een adequate behandeling van klachten.²⁶ De heer Mooren betwist deze feiten niet.

135. Daargelaten dat de overtredingen van de norm om zorg te dragen voor een adequate klachtenbehandeling zien op overtreding van die norm ná 13 april 2016, kan een beroep op het gestelde gerechtvaardigde vertrouwen niet slagen. De AFM verwijst korthedshalve naar wat hierover is opgemerkt in randnummers 97 tot en met 100 van dit besluit. Uit nergens blijkt dat de AFM op enig moment een concrete, ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan waaraan de gerechtvaardigde verwachting kon worden ontleend dat de AFM niet handhavend zou optreden tegen wetovertredingen van DWV die hun oorsprong vonden in de periode voorafgaand aan 13 april 2016.

136. De norm om zorg te dragen voor een adequate behandeling van klachten richt zich tot de beleggingsonderneming en betreft bovendien een doorlopende verplichting. Dat de klachten zien op gedragingen van DWV in de periode vóór 13 april 2016 die tot de klachten hebben geleid, is daarom niet relevant. Het aantreden van nieuwe beleidsbepalers ontslaat DWV niet van deze verplichting. Sterker nog, klachten zien veelal op gebeurtenissen uit het verleden. De norm om zorg te dragen voor een adequate klachtenbehandeling ziet op de wijze waarop DWV er mee omgaat vanaf het moment dat deze binnenkomen. Uit het boetebesluit blijkt dat DWV (ook) in de boeteperiode geen zorg heeft gedragen voor een adequate behandeling van klachten. Daarmee is die norm overtreden.

137. De stelling dat DWV over een interne klachtenprocedure beschikte en dat daarmee artikel 44 BGfo niet kan zijn overtreden, kan de AFM daarom niet volgen. De AFM heeft in het boetebesluit gemotiveerd waarom DWV artikel 44 BGfo heeft overtreden. Het feit dat DWV over een interne

²⁶ Paragraaf 2.3.4. van het boetebesluit.

klachtenprocedure beschikte, maakt dit niet anders. Artikel 44 BGfo is namelijk een nadere uitwerking van de verplichting tot het hebben van een interne klachtenprocedure en heeft betrekking op de wijze waarop de financiële onderneming een klacht van een consument of cliënt dient te administreren.²⁷ De interne klachtenprocedure van DWV niet heeft gewaarborgd dat klachten verifieerbaar werden afgehandeld. Daarmee staat de overtreding van die bepaling vast.

138. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

F. DWV voerde een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstrengeling en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten

139. De heer Mooren voert in bezwaar aan, gerechtvaardigde verwachtingen te hebben ontleent aan de beoordeling van de AFM van de verbeteringen in de bedrijfsvoering van DWV die zijn doorgevoerd naar aanleiding van het voornemen van de AFM uit 2015 om de vergunning in te trekken. DWV was er destijds vanuit gegaan dat de doorgevoerde verbeteringen toereikend waren, althans had geen enkele indicatie van de AFM ontvangen dat deze niet toereikend waren. De heer Mooren stelt dat het opleggen van een boete in die context onevenredig is.

140. Voorts wijst de heer Mooren, zonder nadere onderbouwing, op de standpunten die zijn ingenomen in randnummers 50 tot en met 70 van de zienswijze en verzoekt de AFM die in haar besluitvorming te betrekken.

Reactie AFM

141. De AFM heeft in het boetebesluit de feiten uiteengezet die hebben geleid tot het oordeel dat DWV geen adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangverstrengeling en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten voerde.²⁸ De feiten worden in bezwaar niet betwist.

142. Voor wat betreft de blote verwijzing naar randnummer 50 tot en met 70 van de zienswijze merkt de AFM het volgende op. Bij het opstellen van het boetebesluit heeft de AFM op pagina's 57 tot en met 62 uitgebreid en gemotiveerd gereageerd op de zienswijze. Naar het oordeel van de AFM had de heer Mooren in bezwaar duidelijk moeten maken welke specifieke onderdelen in de zienswijze nog relevant zijn in de onderhavige bezwaarprocedure en in welk opzicht de AFM ontoereikend zou hebben gereageerd op de standpunten van de heer Mooren als naar voren gebracht in het zienswijzedocument. Een enkele verwijzing is daartoe niet voldoende om te spreken van een bezwaargrond waar de AFM op dient in te gaan.²⁹

²⁷ Stb. 2006, 520, p.116.

²⁸ Zie paragraaf 2.3.5 van het boetebesluit.

²⁹ Vergelijk met CBB 21 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:132, punt 3 en CBB 31 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2015:BW7462 punt 5.1.

143. De AFM heeft hierboven in randnummers 97 tot en met 100 uiteengezet, waarom ten aanzien van de doorgevoerde reorganisatie van DWV en aanmelding van nieuwe beleidsbepalers, een beroep op het vertrouwensbeginsel niet kan slagen. Het beroep op het evenredigheidsbeginsel ziet op toepassing van de handhavingsbevoegdheid en kan de heer Mooren evenmin baten. De AFM licht dat als volgt toe.
144. Op grond van het evenredigheidsbeginsel dient de AFM te beoordelen of het opleggen van een bestuurlijke boete vanwege de geconstateerde overtreding(en) in dit geval een evenredige sanctie is. Dit beginsel vloeit voort uit artikel 3:4, tweede lid, Awb. Hierin is het volgende opgenomen: *‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.’*
145. Het doel van een bestuurlijke boete is, ingevolge artikel 5:2, eerste lid, onder c, Awb onder meer *‘de overtreder leed toe te voegen’*. In aanvulling hierop heeft de AFM in haar Handhavingsbeleid het volgende over een bestuurlijke boete opgenomen: *‘Een punitieve sanctie heeft niet alleen een straffende werking, maar daarvan gaat – algemeen gesproken – ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen’*.³⁰ De wetgever heeft overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft ook aangemerkt als een overtreding van de hoogste boetecategorie. Zoals reeds aangegeven, acht de AFM schending van deze norm door DWV dermate ernstig dat zij heeft besloten een boete op te leggen aan de heer Mooren voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. De AFM neemt daarbij in overweging dat de heer Mooren persoonlijke wetenschap had van een aantal overtredingen en de gedragingen veelal zelf veroorzaakte of als zodanig accepteerde. Zo wist de heer Mooren dat het dagelijkse beleid van DWV in de praktijk enkel en alleen door [A] werd bepaald. Ook had de heer Mooren persoonlijke wetenschap van de niet integere wijze waarop DWV omging met de wettelijke solvabiliteitseisen. Dat blijkt uit het feit dat de heer Mooren de accountant zelf heeft geïnformeerd dat de gestorte gelden aan het eind van het vierde kwartaal van 2016 weer terug moesten worden geboekt van [ONDERNEMING A] naar DWV.
146. Met de naleving van de norm uit artikel 4:11, eerste lid van de Wft wordt beoogd dat wordt tegengegaan dat wetsovertredingen worden begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. De AFM neemt hierbij in overweging dat DWV gedurende lange tijd een aanzienlijke hoeveelheid wetsovertredingen heeft begaan waardoor DWV stelselmatig de Wft en het BGfo heeft overtreden. Daarnaast merkt de AFM op dat in de rechtspraak is uitgemaakt dat het opleggen van een bestuurlijke boete aan een bestuurder als feitelijk leidinggever een discretionaire bevoegdheid van de AFM betreft.³¹ In het onderhavige geval

³⁰ Handhavingsbeleid, p. 8.

³¹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 7 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1802, r.o. 11.1.

is de AFM van oordeel dat sprake is geweest van een zorgvuldige afweging van belangen en het evenredigheidsbeginsel met de oplegging van de boete aan de heer Mooren niet is geschonden.

147. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

G. De heer Mooren heeft geen feitelijk leiding gegeven aan de overtredingen

148. De diverse overtredingen uit het boetebesluit hebben samen geleid tot het oordeel dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde, waardoor sprake was van overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft en waaraan de heer Mooren feitelijk leiding heeft gegeven. Samengevat zien de afzonderlijke overtredingen op:

- i. het niet hebben van twee natuurlijke personen die het beleid van DWV bepaalden;
- ii. het niet zodanig inrichting van de bedrijfsvoering van DWV dat een beheerste en integere bedrijfsvoering werd gewaarborgd;
- iii. het niet zorg dragen voor een adequaat behandeling van klachten;
- iv. het niet voeren van een adequaat beleid ten aanzien van het tegen gaan van belangenverstremming en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten.

149. De heer Mooren was in de periode van 24 mei 2016 tot 20 september 2017 steeds op de hoogte van de verschillende overtredingen door DWV, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtredingen zich zouden voordoen. Daar komt bij dat hij deze gehele periode bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die overtredingen te voorkomen en/of te beëindigen, maar desalniettemin, alle maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. De AFM licht dit hieronder toe.

150. Artikel 5:1, derde lid, Awb verklaart artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing op het bestuursrecht. Dit brengt met zich mee dat ook voor het bestuursrecht geldt dat zowel rechtspersonen als natuurlijk personen beboet kunnen worden indien er een overtreding is geconstateerd. Uit vaste jurisprudentie volgt dat er sprake is van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging door een rechtspersoon, indien:

- I. een functionaris op de hoogte was van de verboden of soortgelijke gedraging door de rechtspersoon, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen;
- II. hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;

III. maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.³²

151. Nu de AFM in heroverweging van oordeel is dat de overtredingen in stand blijven, beperkt zij zich bij dit onderdeel tot de behandeling van de bezwaargronden die zich richten op de rol van de heer Mooren als feitelijk leidinggever aan de overtredingen. In de navolgende koppen zijn die drie bovengenoemde relevante criteria uiteengezet die volgens vaste rechtspraak als ondergrens gesteld worden aan feitelijk leidinggeven. Deze zijn voorzien van de bijbehorende aangevoerde bezwaren, voor zover die niet eerder tegen de overtredingen zijn ingebracht.

1. *De heer Mooren was op de hoogte van de verboden gedragingen door DWV, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen.*

152. Ten aanzien van de overtreding van de norm dat het beleid door twee natuurlijke personen moet worden bepaald, voert de heer Mooren in bezwaar aan, dat de AFM niet aannemelijk kan maken dat de heer Mooren op de hoogte was van de overtreding en dat bewust de aannemelijke kans is aanvaard dat die gedraging zich voor zou doen. Dit bezwaar wordt eveneens aangevoerd met betrekking tot de overtredingen betreffende het tegengaan van belangenverstremming en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten.

153. De heer Mooren beroept zich ten aanzien van de overtredingen aangaande de inrichting van de bedrijfsvoering, in bezwaar op het vertrouwensbeginsel. Gesteld wordt dat door de verbeteringen die door DWV zijn uitgevoerd, de informatieverzoeken van de AFM die daarop volgden, het afzien van het voornemen de vergunning in te trekken en tot slot het kunnen starten van een nieuw bestuur, de AFM duidelijk heeft gemaakt een streep achter het verleden te zetten. Onder deze omstandigheden, zo stelt de heer Mooren, is het onevenredig om een boete op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan deze overtredingen.

154. Het bezwaar tegen het feitelijk leidinggeven aan het niet voeren van een beheerste en integere bedrijfsvoering, richt zich op de kwalificatie van de term incidenten. De heer Mooren stelt dat, nu hij de financiële situatie van DWV goed kende, hij tot het oordeel kwam dat niet tot melding over hoefde te worden gegaan.

Reactie AFM

155. Dat de heer Mooren naar eigen zeggen niet op de hoogte was van bepaalde verboden gedragingen door DWV, wat daar ook van zij, doet niets af aan het feit dat de heer Mooren, mede gezien de beperkte omvang van DWV met gemiddeld slechts twee fulltime medewerkers in 2016, als

³² Bijv. HR 16 december 1986, NJ 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II); Cbb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256; CBB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312; Cbb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733; Cbb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327.

bestuurder van DWV op zijn minst bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. De AFM is echter van oordeel dat uit de feiten blijkt dat de heer Mooren wel degelijk op de hoogte was van de door de AFM geconstateerde overtredingen.

156. Zo wist de heer Mooren dat het dagelijkse beleid binnen DWV door slechts één natuurlijk persoon werd bepaald, omdat geen invulling is gegeven aan het vier-ogen-principe, althans heeft hij door te accepteren dat de portefeuilleverdeling in de praktijk van DWV betekende dat [A] alle beslissingen omtrent bijvoorbeeld het beleggingsbeleid alleen nam, bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat die gedragingen zich zouden voordoen. Vast staat immers, dat de verantwoordelijkheid voor de kernactiviteiten van DWV en de dienstverlening aan cliënten zonder enige vorm van tegenspraak werden uitgevoerd door [A]. De heer Mooren had daarbij geen rol van betekenis. Bovendien stemde de heer Mooren de aan hem toebedeelde activiteiten, af met [A] of zijn partner [F]. Onder die omstandigheden valt weinig af te dingen aan de vaststelling dat aan de eerste criteria voor feitelijk leidinggeven is voldaan.
157. Ook was de heer Mooren op de hoogte van de verwevenheid tussen de bedrijfsvoering van DWV en [ONDERNEMING A] en van betalingen die door [ONDERNEMING A] ten behoeve van DWV werden verricht. Tevens was de heer Mooren op de hoogte van de samenwerking met het [ONDERNEMING D]. Dat blijkt uit diverse e-mails die op zijn e-mail adres binnen zijn gekomen over dat fonds. Daarnaast heeft de heer Mooren de aanmerkelijke kans aanvaard dat – gezien de positie die [A] had binnen zowel DWV als [ONDERNEMING A] en zijn persoonlijke relatie met de CEO van [ONDERNEMING B], waar de heer Mooren van op de hoogte was dan wel als bestuurder van DWV had moeten zijn – dat belangenconflicten onvoldoende werden voorkomen en beheerst door middel van adequaat beleid.
158. Het beroep op het vertrouwensbeginsel kan evenmin slagen. De AFM heeft onder de randnummers 97 tot en met 100 van dit besluit reeds gemotiveerd waarom de heer Mooren er niet gerechtvaardigd vanuit heeft mogen gaan dat de bedrijfsvoering van DWV niet langer op bezwaren van de AFM stuitte. De AFM verwijst daarnaar. Datzelfde geldt voor het beroep op het evenredigheidsbeginsel. De AFM verwijst daarvoor naar randnummers 178 tot en met 182.
159. Ook kan het bezwaar betreffende de kwalificatie van de term incidenten niet slagen. De AFM heeft eerder gemotiveerd waarom het niet melden van de betalingsverplichting die volgend op de bindende Kifid-uitspraak, onder de gegeven omstandigheden, had moeten worden aangemerkt als een incident. De AFM verwijst daarnaar. De heer Mooren brengt geen punten naar voren die daar een ander licht op werpen.
160. Heroverweging leidt niet tot een ander oordeel.
2. *De heer Mooren was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om die verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen.*

161. De heer Mooren stelt dat, gelet op de zorgvuldige afhandeling van klachten, deze niet hadden kunnen worden afgehandeld zonder inzet van de betreffende oud-bestuurders. Met ander woorden, de heer Mooren meent dat juist zorgvuldig werd gehandeld door cliënten naar oud-bestuurders door te sturen. Dat komt, zo betoogt de heer Mooren, doordat de administratie van klachten van vóór 13 april 2016 (door hun toedoen) niet op orde was.

162. Daarnaast brengt de heer Mooren naar voren dat hij onder de gegeven omstandigheden, redelijkerwijs niet gehouden was om de overtreding van de bewaarplicht te beëindigen. Gesteld wordt dat hem het feitelijk leiding geven aan die overtreding, niet verweten kan worden omdat door het voorgaande bestuur van DWV ontoereikend invulling is gegeven aan de bewaarplicht.

Reactie AFM

163. De AFM kan dit standpunt niet volgen.

164. In randnummer 100 heeft de AFM gemotiveerd waarom de zorgvuldige afhandeling van klachten een doorlopende verplichting van een beleggingsonderneming is en waarom het aantreden van nieuwe beleidsbepalers DWV niet ontslaat van deze verplichting. De AFM verwijst hiernaar.

165. Verder merkt de AFM op dat niet betwist wordt dat de heer Mooren bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen. Als statutair bestuurder van een vergunning-houdende beleggingsonderneming die bij de AFM is aangemeld en getoetst als dagelijkse beleidsbepaler, rustte op de heer Mooren de verantwoordelijkheid voor de naleving van de op DWV van toepassing zijnde wet- en regelgeving. De AFM begrijpt in dat licht bezien niet, waarom de heer Mooren zich verschuilt achter de oud-beleidsbepalers en de verantwoordelijkheid voor het op een zorgvuldige wijze afhandelen van klachten, naast zich neer legt.

166. Dat zelfde geldt voor wat wordt aangevoerd ten aanzien van de overtreding van de bewaarplicht. Dat de heer Mooren op de hoogte was dat de cliëntendossiers niet op orde waren, wordt niet betwist. De heer Mooren gaat er onterecht vanuit dat deze overtreding ziet op inactieve oude cliënten van DWV. Zoals de AFM al eerder uiteen heeft gezet, ziet de overtreding van de bewaarplicht op cliënten die nog tot ultimo 2016 actief waren. Gelet daarop, had het op de weg van de heer Mooren gelegen – als statutair bestuurder en beleidsbepaler – om de dossiers van deze, actieve cliënten, op orde te (laten) brengen en aan te vullen waar nodig. De heer Mooren was namelijk bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de schending van de bewaarplicht ten aanzien van die cliënten te beëindigen.

167. Heroverweging leidt dus niet tot een ander oordeel.

3. *De heer Mooren heeft maatregelen daartoe achterwege gelaten.*

168. De heer Mooren brengt in bezwaar naar voren dat wel degelijk juist en adequaat is gehandeld en opgetreden tegen potentiële belangenverstremming en -conflicten. Zo wordt gewezen op de vermogensbeheerovereenkomst tussen DWV en [ONDERNEMING C] die per 1 juli 2016 is opgezegd. Toen zich een belangenconflict openbaarde, zo stelt de heer Mooren, is tevens de dienstverleningsovereenkomst opgezegd. Datzelfde geldt voor de arbeidsrelatie tussen DWV en [B] en DWV en [P].

Reactie AFM

169. De AFM deelt het oordeel van de heer Mooren niet.

170. De AFM benadrukt dat de heer Mooren als een bij de AFM aangemelde en geschikt en betrouwbaar bevonden beleidsbepaler, die tevens statutair bestuurder van DWV was, bij uitstek een positie bekleedde om maatregelen te treffen ter voorkoming van wetsovertredingen door DWV dan wel haar medewerkers, zoals het tegengaan van belangenverstremming en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten. Waar het hier – bij de beoordeling of de heer Mooren feitelijk leiding heeft gegeven aan deze overtreding – om gaat, is de vraag of de heer Mooren, gegeven zijn zeggenschap binnen DWV als statutair bestuurder, in actie is gekomen tegen de wetsovertredingen van DWV. Daar was geen sprake van. Dat de heer Mooren zélf geen maatregelen ter voorkoming of beëindiging van de bovengenoemde overtreding heeft genomen, blijkt uit het volgende.

171. De vermogensbeheerovereenkomsten tussen DWV en [ONDERNEMING C] B.V. en [ONDERNEMING D] is op 10 mei 2017 per 1 juli 2017 opgezegd en ondertekend door [A]. Uit de brief volgt dat de aanleiding om op te zeggen was gelegen in het feit dat DWV nog geen handelsvolmacht had ontvangen, alsmede een handelsconflict tussen [ONDERNEMING C] / [ONDERNEMING D] en [ONDERNEMING F]. De AFM stelt voorts vast dat de arbeidsrelatie met [B] op 10 mei 2017 is opgezegd en ondertekend door [A]. Die overeenkomst is opgezegd wegens het belangenconflict, nu [B] blijkens de brief aan hem, partner was bij [ONDERNEMING F] terwijl dat bedrijf tevens werkzaamheden verricht voor [ONDERNEMING C] B.V. De arbeidsrelatie met [P] is op 23 mei 2017 opgezegd en eveneens ondertekend door [A]. Uit die brief blijkt dat DWV een document heeft ontvangen waaruit blijkt dat [P] als partner in [ONDERNEMING F] werkzaamheden verricht voor [ONDERNEMING C] Daarmee was sprake van een belangenconflict

172. Uit de bovengenoemde stukken blijkt – wat daar ook van zij – dat deze allemaal zijn ondertekend door [A]. Deze documenten waar de heer Mooren naar verwijst, bieden dus geen enkel bewijs dat de heer Mooren in brede zin maatregelen of actie had genomen, dan wel alles gedaan heeft wat hij redelijkerwijs heeft kunnen doen om de overtredingen betreffende het tegengaan van belangenverstremming en het voorkomen en beheersen van belangenconflicten te beëindigen.

173. De heer Mooren had als bij de AFM aangemelde beleidsbepaler en statutair bestuurder maatregelen moeten treffen ter voorkoming van wetsovertredingen door DWV dan wel haar medewerkers. Nadat

deze wetsovertredingen waren aangevangen, had het op de weg van de heer Mooren gelegen om maatregelen te treffen ter beëindiging van de door DWV begane wetsovertredingen. Dit heeft de heer Mooren ten onrechte niet gedaan. Met dit stilzitten van de heer Mooren, staat vast dat voldaan is aan de laatste criterium voor feitelijk leiding geven.

174. In bezwaar is daarmee naar het oordeel van de AFM, niet aangetoond dat de heer Mooren niet is aan te merken als feitelijk leidinggever aan overtredingen van DWV. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

H. Het opleggen van een boete is niet opportuun

175. De heer Mooren stelt in bezwaar dat de bestuurlijke boete die aan hem voor feitelijk leiding geven aan overtredingen van DWV is opgelegd niet opportuun is. Voor de onderbouwing verwijst de heer Mooren naar een pagina op de website van de AFM waarin voorbeelden staan beschreven van relevante omstandigheden waar de AFM rekening mee houdt bij de beoordeling van de in te zetten handhavinginstrument. Eén van de daarin genoemde omstandigheden is of de overtreding geleid heeft tot marktverstoring. De heer Mooren stelt dat gezien de zeer beperkte omvang van DWV en klantenkring, niet betoogd kan worden dat sprake was van marktverstoring. Ook wordt gesteld dat het vertrouwen in de markt niet is geschaad en het boetebesluit geen ander doel beoogt dan genoegdoening voor de AFM.
176. Voorts roept de heer Mooren een aantal beginselen van behoorlijk bestuur in. Zo wordt gesteld dat de inzet van een bestuurlijke boete niet proportioneel is, nu het ziet op gedragingen van DWV die door voormalige bestuurders zijn geïnitieerd. Tevens stelt de heer Mooren dat het opleggen van een bestuurlijke boete een onevenredige toepassing van de bevoegdheden van de AFM is. De heer Mooren voert aan dat het onevenredig is hem te beboeten, omdat veel van de verweten overtredingen al eerder door de AFM zijn beoordeeld, ten tijde van de reorganisatie van DWV.

Reactie AFM

177. De AFM deelt het standpunt van de heer Mooren niet.
178. Op grond van het evenredigheidsbeginsel dient de AFM te beoordelen of het opleggen van een bestuurlijke boete vanwege de geconstateerde overtreding(en) in dit geval een evenredige sanctie is. Dit beginsel vloeit voort uit artikel 3:4, tweede lid, Awb. Hierin is het volgende opgenomen: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'
179. Het doel van een bestuurlijke boete is, ingevolge artikel 5:2, eerste lid, onder c, Awb onder meer 'de overtreder *leed toe te voegen*'. In aanvulling hierop heeft de AFM in haar Handhavingsbeleid het volgende over een bestuurlijke boete opgenomen: '*Een punitieve sanctie heeft niet alleen een*

straffende werking, maar daarvan gaat – algemeen gesproken – ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen.³³ De wetgever heeft overtreding van artikel 4:11, eerste lid, Wft ook aangemerkt als een overtreding van de hoogste boetecategorie. Zoals reeds aangegeven acht de AFM schending van deze norm dermate ernstig dat zij heeft besloten een boete op te leggen aan de heer Mooren voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. Temeer omdat met de naleving van de normen wordt beoogd dat wordt tegengegaan dat wetsovertredingen worden begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Daarbij merkt de AFM op dat in de rechtspraak is uitgemaakt dat het opleggen van een bestuurlijke boete aan een bestuurder als feitelijk leidinggever een discretionaire bevoegdheid van de AFM betreft.³⁴

180. De AFM heeft in het boetebesluit gemotiveerd waarom gelet op alle omstandigheden, een bestuurlijke sanctie in dit geval een passende sanctie is.³⁵ In het onderhavige geval is de AFM dan ook van oordeel dat sprake is geweest van een zorgvuldige afweging van belangen en het evenredigheidsbeginsel met de oplegging van de boete aan de heer Mooren niet is geschonden.

181. Voor wat betreft het betoog dat de bestuurlijke boete geen ander doel beoogt dan genoegdoening voor de AFM, wordt het volgende opgemerkt. Het handhavend optreden van de AFM tegen overtredingen sorteert een generaal preventief effect dat zich uitstrekt over de gehele financiële markt.³⁶ Daarbij is in overweging meegenomen dat binnen DWV stelselmatig en structureel een aanzienlijke hoeveelheid wetsovertredingen zijn begaan en dat de heer Mooren feitelijk leiding heeft gegeven aan die overtredingen. Mede gelet daarop, is niet gebleken dat voormelde doelen onevenredig zijn in verhouding tot de nadelige gevolgen die in dit geval voortvloeien uit deze bestuurlijke boete. Bovendien maakt de heer Mooren in bezwaar niet concreet, waar de nadelige gevallen voor hem precies betrekking op hebben.

182. Heroverweging leidt aldus niet tot een ander oordeel.

I. De AFM wijkt af van haar boetebeleid feitelijk leidinggevers

183. De heer Mooren meent dat de AFM afwijkt van haar 'boetebeleid feitelijk leidinggevers'. In bezwaar wordt verzocht om dat beleid toe te passen en de betrokken belangen daarbij goed af te wegen conform het evenredigheidsbeginsel. Naar het oordeel van de heer Mooren, wijkt de AFM hiervan af, nu uitsluitend bestuurlijke boetes zijn opgelegd aan feitelijk leidinggevers van DWV en niet aan de rechtspersoon. De AFM dient in ieder geval de rechtsoptvolger van DWV te beboeten, anders is sprake van willekeur, aldus gesteld.

³³ Handhavingsbeleid, p. 8.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 7 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1802, r.o. 11.1.

³⁵ Boetebesluit pagina 68 en 69.

³⁶ Zie bijvoorbeeld het College van Beroep voor het bedrijfsleven, 1 december 2016, ECLI:NLCBB:2016:352.

Reactie AFM

184. De AFM deelt het oordeel van de heer Mooren niet.

185. De AFM heeft reeds in het boetebesluit toegelicht dat in het ‘Boetebeleid feitelijk leidinggevers’ uitgangspunten zijn opgenomen met voorbeelden en uitzonderingen over wanneer uitsluitend één of meer feitelijk leidinggevers worden beboet en niet de rechtspersoon. De AFM brengt in herinnering dat het slechts gaat om voorbeelden en geen limitatieve opsomming van situaties waarin kan worden afgeweken van het uitgangspunt dat (uitsluitend) de rechtspersoon wordt beboet.

186. De AFM heeft voorts in het boetebesluit geoordeeld dat geen sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen waarbij sprake is van willekeur in handhavingspraktijk. Hoewel de AFM geen uitspraken kan doen over de beboeting van de rechtsopvolger van DWV, leidt de enkele omstandigheid dat de AFM ervoor kiest dit niet te doen, niet tot de conclusie dat sprake is van willekeur. Nu een nadere onderbouwing van de stelling dat sprake is van willekeur ontbreekt, behoeft dat standpunt geen andere behandeling.

187. In bezwaar zijn geen gronden aangevoerd die ander licht werpen op wat in het boetebesluit is opgenomen ten aanzien van dit onderdeel.

188. Heroverweging leidt dus niet tot een ander oordeel.

J. Het publicatiebesluit levert een onevenredige benadeling of schade op

189. De heer Mooren stelt zich op het standpunt dat de publicatie van het boetebesluit onrechtmatig is geschied en verzoekt rectificatie. Volgens de heer Mooren heeft de AFM geen concrete toets uitgevoerd bij de beoordeling van de uitzonderingsmogelijkheden uit artikel 1:98, eerste lid van de Wft. De heer Mooren stelt namelijk dat bij de beoordeling of de publicatie hem onevenredige schade berokkend, slechts is getoetst of sprake is van ‘een individuele, bijzondere situatie waarbij de heer Mooren, DWV of eventuele andere betrokken partijen als gevolg van de publicatie te wachten schade zodanig uitzonderlijk is, dat het belangen van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken’. Daarmee wordt conform de heersende lijn in jurisprudentie gemotiveerd. Echter, zo stelt de heer Mooren, wordt hiermee een te beperkte toepassing gegeven aan de uitzonderingsmogelijkheden, en hij wijst daarbij op het advies van de Afdeling advisering van Raad van State (Kamerstukken II 2016/17, 34769, nr. 4) en op artikel 71 MiFID II.

Reactie AFM

190. De AFM deelt het oordeel van de heer Mooren niet. Dit onderbouwt zij als volgt.

191. Op grond van artikel 1:97, eerste lid van de Wft is de AFM verplicht om een bestuurlijke sanctie openbaar te maken. De wetgever heeft het belangrijk gevonden dat bestuurlijke sancties in het kader van de Wft gepubliceerd worden. Hierbij is van de volgende gedachte uitgegaan. 'Overtredingen waarbij de toezichthouder overgaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete [...] zijn ernstig te noemen, zodat een waarschuwing over het algemeen op zijn plaats zal zijn'.³⁷ Artikel 1:97, derde lid van de Wft bevat daarom de verplichting voor de toezichthouder om bepaalde bestuurlijke boetes zo spoedig mogelijk openbaar te maken.³⁸ Onderdeel van dit belang is het zichtbaar maken van handhaving.³⁹ Van het informeren of waarschuwen gaat zowel een generieke als een specifieke preventieve werking uit. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁴⁰ De generieke preventieve werking is gelegen in het feit dat de markt er belang bij heeft om te weten dat de AFM van een ieder verwacht dat zij zich houdt aan de toepasselijke financiële wet- en regelgeving en dat de AFM, indien nodig, handhavend optreedt.

192. De wetgever heeft het belang van openbaarmaking zo zwaarwegend geacht dat zij het noodzakelijk vindt om limitatieve gronden in de wet vast te leggen op grond waarvan deze openbaarmaking achterwege gelaten kan worden, dan wel beperkt kan worden. Onevenredige mate van schade is geen omstandigheid op grond waarvan de AFM in zijn geheel moet afzien van openbaarmaking van het boetebesluit.⁴¹

193. Openbaarmaking kan beperkt (lees: in anonieme vorm) of uitgesteld worden, indien de openbaarmaking, voor zover in deze beslissing op bezwaar relevant, de betrokken partijen in onevenredige mate schade zou berokkenen.⁴²

194. Dat de AFM –conform de uitleg die het CbB hieraan geeft⁴³ - een veel te beperkte toepassing heeft gegeven aan de op grond van artikel 1:98 van de Wft voorgeschreven belangenafweging, kan de AFM niet volgen. De heer Mooren wijst daarbij, zonder nadere onderbouwing op artikel 71 MiFID II. Echter, uit de tekst van dat artikel blijkt niet dat op grond daarvan een ruimere belangenafweging mag worden gemaakt. Dat artikel laat de beoordeling van de vraag wanneer in de vermelde gevallen iets onevenredig is, expliciet over aan de toezichthouder nu er staat dat het gaat om 'een per geval uitgevoerde beoordeling van de evenredigheid van die bekendmaking door *de bevoegde autoriteit*'.

³⁷ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 420. Waarschuwing dient hier te worden gelezen als openbaarmaking.

³⁸ Ter zake van overtredingen van voorschriften die op grond van artikel 1:81 van de Wft zijn gerangschikt in de derde categorie.

³⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34769, nr. 3, p. 2-3.

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

⁴¹ Zie hiervoor artikel 1:98, tweede lid van de Wft.

⁴² Zie hiervoor artikel 1:98, eerste lid van de Wft.

⁴³ CbB 22 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:6, punt 7.3.

195. De heer Mooren heeft in bezwaar echter nagelaten om nader te concretiseren waar de door hem gestelde schade uit zou bestaan. De enkele stelling dat sprake is van schade, zonder toelichting waar die schade uit bestaat, is naar het oordeel van de AFM onvoldoende om aan te tonen dat er sprake is van een individuele, bijzondere omstandigheid voor de heer Mooren, waarvan het belang zich verzet tegen openbaarmaking. Hierbij merkt de AFM op dat het op de weg van de heer Mooren ligt om, in de periode voorafgaand aan de openbaarmaking, aan te geven welke belangen er naar zijn oordeel niet, dan wel onvoldoende zijn meegenomen in de afweging. Nu de heer Mooren dit heeft nagelaten ziet de AFM niet in waarom zij met haar belangenafweging in het boetebesluit blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij neemt de AFM in haar oordeel mee dat de eventuele schade van publicatie aan de heer Mooren het directe gevolg is van het eigen handelen dan wel nalaten van de heer Mooren. De AFM blijft, na heroverweging, van oordeel dat openbaarmaking van het boetebesluit niet achterwege heeft kunnen blijven en dat zij deze derhalve rechtmatig op haar website heeft gepubliceerd.⁴⁴

196. Ook de enkele verwijzing naar het advies van de Afdeling Advisering ondersteund het betoog van de heer Mooren over de beperkte toepassing van de belangenafweging in artikel 1:98 van de Wft niet. Dat advies heeft geen betrekking op enige bepalingen die hier relevant zijn. Het advies is opgesteld naar aanleiding van een wetsvoorstel dat voorziet in de introductie van een nieuwe bevoegdheid om onderzoeksrapporten te publiceren. Dat is van een geheel andere orde dan de in de Europese en Nederlandse wetgeving neergelegde bevoegdheid om boetebesluiten openbaar te maken.

197. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

Conclusie

198. Alles in overweging nemende, blijft de AFM in heroverweging bij haar standpunt dat DWV tussen 24 mei 2016 en 20 september 2017 diverse bepalingen uit de Wft en het BGfo heeft geschonden die tezamen tot de conclusie leiden dat artikel 4:11, eerste lid van de Wft is overtreden. Voor de AFM staat na zorgvuldige heroverweging vast, dat DWV in de bedoelde periode, geen adequaat beleid voerde dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. De overtreding van die norm is ernstig.

199. DWV had gedurende de boeteperiode twee statutair bestuurders en twee dagelijkse beleidsbepalers die door de AFM waren goedgekeurd: [A] en de heer Mooren. In heroverweging staat voor de AFM echter vast, dat het beleid van DWV in de praktijk alleen werd bepaald door [A] die naast bestuurder, ook grootaandeelhouder was. Daarmee overtrad DWV artikel 4:83 van de Wft. Gelet op zijn positie kon [A] iedereen binnen de relatief kleine onderneming overrulen. Dat werd ook als zodanig

⁴⁴ Conform de uitspraak in onderhavige zaak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044.

bevestigd door de boekhouder die om die reden zich onthield van zijn oordeel bij de jaarrekening van DWV over het jaar 2016. De heer Mooren had geen rol van betekenis binnen het bedrijf. Hij was slechts zes uur per week aanwezig en zijn werkzaamheden waren beperkt tot het op orde brengen van de administratie. Hiermee schond DWV het vier-ogen-principe.

200. In heroverweging komt de AFM ook niet tot een andere conclusie voor wat betreft de schending van artikel 4:14, eerste lid van de Wft. Een beleggingsonderneming dient op grond van dat artikel haar bedrijfsvoering zo in te richten dat zij hiermee een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgt. Bedrijfsrisico's en bedrijfsprocessen waren echter niet beheerst binnen DWV. Voor DWV ingrijpende incidenten, waaronder een duurzaam kapitaaltekort en een (voor DWV) forse betalingsverplichting inzake een schadevergoeding, werden niet gemeld aan de AFM. Daar komt bij dat ook in heroverweging vaststaat dat DWV niet voldaan heeft aan de verplichting om gegevens bij te houden over alle door haar verleende beleggingsdiensten om het toezicht op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving mogelijk te maken. Dit wordt ook niet betwist door DWV.
201. Eveneens staat voor de AFM in heroverweging vast dat DWV niet over een adequate klachtenprocedure beschikte die waarborgde dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de redelijke termijn werden afgehandeld. Daarmee staat vast dat artikel 4:17, eerste lid van de Wft is geschonden. Zo bleek de klachtenadministratie niet op orde en werden klachten niet binnen een redelijke termijn afgehandeld. In één geval duurde het zelfs maar liefst negen maanden voordat (kort) op een klacht werd gereageerd. In bezwaar zijn geen gronden aangevoerd die een andere conclusie rechtvaardigen.
202. Voorts voerde DWV geen adequaat beleid ten aanzien van het tegenaan van belangenverstrengeling. In heroverweging komt de AFM niet tot een ander oordeel. Dat is een schending van artikel 4:11, eerste lid sub a van de Wft, juncto artikel 23 lid 1 BGfo. DWV had nimmer beschikking over een beleid dat belangenverstrengeling tegenging. Risico's werden niet erkend, terwijl belangenverstrengeling op de loer lag en zich ook daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Zo trad DWV enerzijds op als beheerder van het [ONDERNEMING D] en kreeg zij hiervoor een beheervergoeding, waarvan de hoogte afhankelijk was van de inleg in het fonds. Anderzijds adviseerde en promoveerde zij dit fonds bij haar eigen cliënten.
203. Verder staat voor de AFM in heroverweging vast dat DWV geen adequaat beleid voerde ten aanzien van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten. DWV had vanaf augustus 2015 weliswaar beleid hieromtrent opgenomen in het AO/IC, maar dit beleid beperkte zich tot het benoemen van algemeenheden. In bezwaar wordt de schending van de bepalingen die hierop zien, artikel 4:88 van de Wft en artikel 167a BGfo (oud) niet gemotiveerd weerlegd.
204. Al deze overtredingen in ogenschouw nemende, leidt ook in heroverweging tot de conclusie dat DWV artikel 4:11, eerste lid van de Wft heeft overtreden.

205. Tot slot blijft de AFM na heroverweging van oordeel dat de heer Mooren gedurende de boeteperiode is aan te merken als feitelijk leidinggever aan voornoemde overtreding. Zo heeft de heer Mooren, op zijn minst, de aanmerkelijke kans aanvaard dat, de bovengenoemde overtredingen zouden plaatsvinden. Hij was als statutair bestuurder bij uitstek gehouden om deze overtredingen te voorkomen en/of te beëindigen, maar heeft dit nagelaten te doen. De AFM blijft na heroverweging van overdeel dat een boete passend en evenredig is.

V. Besluit

206. De AFM heeft besloten het boetebesluit van 28 december 2018 met kenmerk [kenmerk] in stand te laten.⁴⁵ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen. Het voorgaande leidt ertoe dat geen aanleiding bestaat om over te gaan tot de in het bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb.

VI. Rechtsgangverwijzing

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

VII. Publicatie

Op grond van de Wft moet de AFM het boetebesluit openbaar maken, nadat het besluit onherroepelijk is geworden. Ook moet de AFM dan de uitkomst van deze beslissing op bezwaar bekend maken en indien van toepassing de uitkomst van het beroep en hoger beroep. De AFM zal daarbij afwegen of er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor er aanleiding is om anoniem te publiceren of om de publicatie uit te stellen. Als het besluit onherroepelijk is geworden, zal de heer Mooren hierover in een aparte brief worden geïnformeerd en wordt de heer Mooren in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze te geven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

⁴⁵ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

41 van 41

[was getekend]

Manager

.....

[was getekend]

Hoofd

.....