

Openbare versie

De heer S. Jellema

[...]

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 44
Kopie aan	Mr. K. Spee
Telefoon	020 - 797 2545
E-mail	boetefunctionaris@afm.nl
Betreft	Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete

Geachte heer Jellema,

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten aan u een bestuurlijke boete van € 75.000 op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 5:2 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door Zonneperceel II B.V., Zonneperceel III B.V., Zonneperceel IV B.V., Zonneperceel V B.V., Zonneperceel VII B.V., Zonneperceel VIII B.V. en Zonneperceel IX B.V. (gezamenlijk hierna: **ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9**). In de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 hebben ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in Nederland effecten aan het publiek aangeboden, zonder dat terzake van de aanbidding een prospectus algemeen verkrijgbaar was dat was goedgekeurd door de AFM of door een toezichhoudende instantie van een andere lidstaat. Aan deze overtreding van artikel 5:2 Wft heeft u (hierna ook te noemen: **de heer Jellema**) feitelijk leiding gegeven.

Hieronder wordt het besluit verder toegelicht. In hoofdstuk 1 gaat de AFM in op de betrokken (rechts)personen en het procesverloop. In hoofdstuk 2 volgt het juridisch kader. Hoofdstuk 3 gaat in op de feiten die aanleiding vormen voor het besluit. Hoofdstuk 4 bevat een weergave van uw zienswijze. In hoofdstuk 5 volgt de beoordeling, waarbij ook wordt ingegaan op uw zienswijze. Hoofdstuk 6 bevat het besluit en in hoofdstuk 7 staat hoe u bezwaar kunt maken.

[...]

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	2 van 44

1. Betrokken (rechts)personen en procesverloop

1.1 Betrokken (rechts)personen

De hieronder weergegeven gegevens met betrekking tot de betrokken (rechts)personen heeft de AFM vastgesteld aan de hand van informatiememoranda die ZP 1 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 beschikbaar hebben gesteld en/of gegevens uit de KvK die de AFM op 9 oktober 2018 heeft geraadpleegd.

Zonneperceel B.V. (ZP 1)

ZP 1 is opgericht op 6 november 2015 en is ingeschreven in het KvK onder nummer 64518493. ZP 1 staat ingeschreven onder het adres Veerdijk 40 D, 1531 MS te Wormer. De handelsnaam is Zonneperceel B.V. De handelsactiviteiten van ZP 1 zijn als volgt in de KvK beschreven: “Algemene burgerlijke en utiliteitsbouw. Beheer van onroerend goed. Bemiddeling bij handel, huur of verhuur van onroerend goed.” Statutair bestuurder van ZP 1 is de heer Jellema.

ZP 2 t/m 5

ZP 2, ZP 3, ZP 4 en ZP 5 zijn alle opgericht op 14 maart 2016 en ingeschreven in het KvK onder respectievelijk nummer 65578821, 65579186, 65578767 en 65578910. De handelsnamen betreffen Zonneperceel II t/m Zonneperceel V B.V. ZP 2 t/m ZP 5 staan ingeschreven onder het adres Veerdijk 40 D, 1531 MS te Wormer. De handelsactiviteiten van ZP 2 t/m 5 zijn als volgt in de KvK beschreven: “Algemene burgerlijke en utiliteitsbouw. Beheer van onroerend goed. Bemiddeling bij handel, huur of verhuur van onroerend goed. Het bouwen en aanleggen van zonneparken, het verrichten van activiteiten op het gebied van duurzaamheid in het algemeen en meer specifiek de handel in duurzame producten waaronder zonnepanelen, alsmede de bemiddeling in, alsmede de aan- en verkoop, exploitatie, beheer en ontwikkeling van onroerende zaken ten behoeve van zonneparken.” Statutair bestuurder van ZP 2 t/m 5 is de heer Jellema.

ZP 7 t/m 9

ZP 7 t/m 9 zijn alle opgericht op 29 juli 2016 en ingeschreven in het KvK onder respectievelijk nummer 66577373, 66577454 en 66577446. De handelsnamen betreffen Zonneperceel VII t/m Zonneperceel IX B.V. ZP 7 t/m 9 staan ingeschreven onder het adres Veerdijk 40 D, 1531 MS te Wormer. De handelsactiviteiten van ZP 7 t/m 9 zijn als volgt in de KvK beschreven: “Elektrotechnische bouwinstallatie. Groothandel in elektronische en telecommunicatieapparatuur en bijbehorende onderdelen. Projectontwikkeling. Het bouwen en aanleggen van zonneparken, het verrichten van activiteiten op het gebied van duurzaamheid in het algemeen en meer specifiek de handel in duurzame producten waaronder zonnepanelen, alsmede de bemiddeling in, alsmede de aan- en verkoop, exploitatie, beheer en ontwikkeling van onroerende zaken ten behoeve van zonneparken.” Statutair bestuurder van ZP 7 t/m 9 is de heer Jellema.

[C]

[C] is opgericht op [datum] en is ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [C] staat ingeschreven onder [adres]. De handelsactiviteiten van [C] zijn als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Statutair bestuurder van [C] is de heer Jellema.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	3 van 44

[D]

[D] is opgericht op [datum] en is ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [D] staat ingeschreven onder [adres]. De handelsactiviteiten van [D] zijn als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Enig aandeelhouder en statutair bestuurder van [D] is [E].

[E]

[E] is opgericht op [datum] en is ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [E] staat ingeschreven onder [adres]. De handelsactiviteiten van [E] zijn als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Enig aandeelhouder en statutair bestuurder van [E] is de heer [A].

[F]

[F] is opgericht op [datum] en is ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [F] staat ingeschreven onder [adres]. De handelsactiviteiten van [F] zijn als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Statutair bestuurder van [F] is de heer Jellema. Aandeelhouder van [F] is mevrouw [G].

[H]

[H] is opgericht op [datum] en stond tot [datum] ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [H] stond geregistreerd onder zowel [adres] als [adres]. De handelsactiviteiten van [H] waren als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Statutair bestuurder van [H] is de heer Jellema.

[I]

[I] is opgericht op [datum] en is ingeschreven in het KvK onder nummer [...]. [I] staat ingeschreven onder [adres]. De handelsactiviteiten van [I] zijn als volgt in de KvK beschreven: “[...]”. Statutair bestuurder en enig aandeelhouder van [I] is sinds [datum] [E]. Voorheen was [F] bestuurder van [I].

Alle hiervoor genoemde ondernemingen beschikken niet over een vergunning van de AFM en hebben hier in het verleden ook niet over beschikt.

1.2 Verloop van het proces

De AFM is op 4 april 2017 een onderzoek gestart naar de naleving van de Wft en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) door de onderneming Zonneperceel B.V., althans de entiteit ‘Zonneperceel’. Aanleiding voor dit onderzoek waren teksten op de website (www.zonneperceel.nl) waaruit bleek dat onder de naam ‘Zonneperceel’ obligaties werden aangeboden, en het informatiememorandum van ZP 4.

Voorafgaand aan het onderzoek vond reeds een aantal contactmomenten plaats tussen de AFM en Zonneperceel B.V. Deze contactmomenten worden hieronder weergegeven.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	4 van 44

Op 14 januari 2016 heeft de AFM op de website www.zonneperceel.nl geconstateerd dat de vrijstellingsvermelding niet conform de regelgeving was opgenomen in de informatieverstrekking over de aangeboden obligaties.¹

Bij brief van 20 januari 2016 heeft de AFM Zonneperceel B.V. hierop aangesproken.

Op 11 februari 2016 heeft de AFM een brief ontvangen van ‘Zonneperceel.nl’, waarin zij aangeeft dat de vrijstellingsvermelding op de website is aangepast.

Op 15 februari 2016 heeft de AFM een e-mail verstuurd naar [e-mailadres] als reactie op de brief van Zonneperceel.nl d.d. 11 februari 2016. In de e-mail bedankt de AFM de heer [A] voor het aanpassen van de website en wordt aangegeven dat er op dat moment geen opmerkingen meer zijn over het gebruik van de vrijstellingsvermelding op de website.

Op 21 april 2016 heeft de AFM een brief verzonden aan Zonneperceel B.V., waarin de onderneming wordt geïnformeerd over de geldende normen op grond van de Whc.

Als gezegd is op 4 april 2017 door de AFM besloten om een onderzoek te starten naar Zonneperceel B.V., althans de entiteit ‘Zonneperceel’. Hieronder volgt een weergave van het verloop van dit onderzoek.

Op 4 april 2017 heeft de AFM een informatieverzoek verstuurd aan [bank 1] met als doel informatie te verkrijgen over de bankrekening [...] die wordt aangehouden op naam van [D] (**Bankrekening [D]**).

Op 12 april 2017 heeft de AFM een antwoord ontvangen op dit informatieverzoek.

Naar aanleiding van de ontvangen informatie heeft de AFM op 13 april 2017 een informatieverzoek verstuurd aan [bank 2] met als doel informatie te verkrijgen over de volgende bankrekeningen:

- [...], aangehouden op naam van [C] (**Bankrekening [C]**);
- [...], aangehouden op naam van ZP 1 (**Bankrekening ZP 1**);
- [...], aangehouden op naam van ZP 2 (**Bankrekening ZP 2**);
- [...], aangehouden op naam van ZP 3 (**Bankrekening ZP 3**);
- [...], aangehouden op naam van ZP 4 (**Bankrekening ZP 4**);
- [...], aangehouden op naam van ZP 5 (**Bankrekening ZP 5**).

Op 20 april 2017 heeft de AFM een antwoord ontvangen op dit informatieverzoek. Uit het antwoord van [bank 2] blijkt onder meer het volgende:

¹ Er geldt een vrijstelling van de prospectusplicht op grond van artikel 5:2 Wft bij de aanbieding van effecten wanneer wordt voldaan aan de voorwaarden voor deze vrijstelling zoals beschreven in de Vrijstellingsregeling Wft (Vr Wft). Op grond van artikel 54, vierde lid, Vr Wft dient bij een vrijgestelde aanbieding van effecten vermeld te worden dat de aanbieding buiten toezicht van de AFM plaatsvindt. Voor deze vrijstellingsvermelding gelden wettelijke normen.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	5 van 44

- [...] (**Bankrekening ZP 7**) wordt aangehouden op naam van ZP 7;
- [...] (**Bankrekening ZP 8**) wordt aangehouden op naam van ZP 8;

Op 26 juli 2017 heeft de AFM een informatieverzoek verstuurd aan [bank 1] met als doel informatie te verkrijgen over de volgende bankrekeningen:

- [...], aangehouden op naam van [H] (**Bankrekening [H]**);
- [...], aangehouden op naam van [I] (**Bankrekening [I]**);
- [...], aangehouden op naam van [F] (**Bankrekening [F]**).

Op 3 augustus 2017 heeft de AFM een antwoord ontvangen op dit informatieverzoek.

Op 24 augustus 2017 heeft de AFM telefonisch contact opgenomen met ‘Zonneperceel’ om een onderzoek ter plaatse aan te kondigen. Daarbij gaf de heer [A] desgevraagd aan dat de heer Jellema met vakantie was en de AFM op dat moment daarom niet te woord kon staan. Vervolgens heeft de AFM een e-mail verstuurd aan Zonneperceel.nl met het verzoek aan de heer Jellema om contact op te nemen.

Op 25 augustus 2017 heeft de AFM een terugbelverzoek van mr. Spee van Hammerstein Advocaten N.V. ontvangen. De AFM heeft hierop telefonisch contact opgenomen met mr. Spee, maar is er niet in geslaagd om hem te bereiken.

Op 28 augustus 2017 heeft de AFM opnieuw geprobeerd telefonisch contact opgenomen met mr. Spee, maar is hier weer niet in geslaagd. Vervolgens heeft de AFM telefonisch contact opgenomen met de heer Jellema. Daarbij heeft de AFM nogmaals het onderzoek ter plaatse op het kantoor van ‘Zonneperceel’ op 30 augustus 2017 aangekondigd. Deze aankondiging heeft de AFM vervolgens per e-mail bevestigd.

Op 30 augustus 2017 heeft de heer Jellema telefonisch medegedeeld dat hij wegens een kwetsuur niet bij het onderzoek aanwezig kan zijn. Vervolgens heeft de heer Jellema per e-mail aan de AFM medegedeeld dat de heer [A] gemachtigd is om ‘Zonneperceel’ te vertegenwoordigen. Vanaf 13.00 uur heeft de AFM op het kantoor van ‘Zonneperceel’ onderzoek uitgevoerd op grond van de Wft en de Whc. Bij het onderzoek waren mr. Spee en zijn collega mr. Roderburg, de heer [A] en een medewerkster van ‘Zonneperceel’ aanwezig. Tijdens dit onderzoek hebben toezichthouders van de AFM met de heer [A] gesproken en documentatie en een kopie van het e-mailbestand van ‘Zonneperceel’ gevorderd en meegenomen voor nader onderzoek.

Op 13 september 2017 heeft de AFM per e-mail het verslag van het gesprek met de heer [A] op 30 augustus 2017 en aanvullende schriftelijke vragen aan [C] en mrs. Spee en Roderburg gestuurd.

Op 11 oktober 2017 heeft de AFM per brief en e-mail de antwoorden op de schriftelijke vragen ontvangen, alsmede opmerkingen bij het verslag van het gesprek met de heer [A].

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	6 van 44

Op 12 oktober 2017 heeft de AFM mr. Spee verzocht om een ontbrekende bijlage bij de brief van 11 oktober 2017 na te zenden.

Op 13 oktober 2017 heeft mr. Spee per e-mail medegedeeld dat deze bijlage nog niet voorhanden was en dat geprobeerd wordt deze na te zenden.

Op 8 januari 2018 heeft de AFM geconstateerd dat op de website Zonneperceel.nl een nieuw project in Hattemberbroek is aangekondigd, waarin geïnvesteerd kan worden.

Op 10 januari 2018 heeft de AFM telefonisch contact gehad met de heer [A] over het nieuwe project in Hattemberbroek. De heer [A] heeft tijdens dit gesprek aangegeven dat dit inderdaad een nieuw project betreft waarin geïnvesteerd kan worden. Verder gaf de heer [A] aan dat de obligaties ten aanzien van dit project kunnen worden verkregen voor ten minste € 100.000 per stuk. Na het gesprek heeft de AFM ‘Zonneperceel’ per e-mail verzocht om het aanbiedingsmateriaal van dit project.

Op 15 januari 2018 heeft de AFM per e-mail van de heer [A] het aanbiedingsmateriaal met betrekking tot het project in Hattemberbroek ontvangen. Uit dit materiaal blijkt dat het een aanbieding van Zonneperceel XI B.V. betreft waarbij een beroep gedaan wordt op de uitzondering van de prospectusplicht op grond van artikel 5:3, eerste lid, aanhef en onderdeel c, Wft.

Op 25 oktober 2018 heeft de AFM de heer Jellema in kennis gesteld van het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan hem in persoon voor het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9.

Op 29 november 2018 heeft de heer Jellema, vertegenwoordigd door zijn gemachtigde mr. Spee, een schriftelijke zienswijze op het boetevoornemen gegeven.

2. Juridisch kader

Op grond van artikel 5:2 Wft is het verboden in Nederland effecten aan te bieden aan het publiek, tenzij terzake van de aanbieding een prospectus algemeen verkrijgbaar is dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat.

2.1 Effecten

Onder “effecten” wordt volgens de algemene definitiebepaling van artikel 1:1 Wft verstaan:

- “a. een verhandelbaar aandeel of een ander daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht niet zijnde een appartementsrecht.*
- b. een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument; of*

c. elk ander door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs waarmee een in onderdeel a of b bedoeld effect door uitoefening van de daaraan verbonden rechten of door conversie kan worden verworven of dat in geld wordt afgewikkeld;”

2.1.1 Verhandelbaarheid effecten

Wil er sprake zijn van een “effect” zoals bedoeld in artikel 1:1 van de Wft, dan moet er voorts sprake zijn van verhandelbaarheid. Een effect is verhandelbaar als aan een drietal voorwaarden is voldaan: 1) standaardisatie, 2) overdraagbaarheid en 3) “verhandel” mogelijkheden.²

Standaardisatie

Het vereiste van standaardisatie veronderstelt een uitwisselbaarheid van de betreffende producten die door de uitgevende instelling worden aangeboden. Met uitwisselbaarheid wordt bedoeld dat de contractuele relatie tussen iedere afzonderlijke belegger en de uitgevende instelling gelijk is. Deze uitwisselbaarheid volgt uit de kenmerken en voorwaarden, zoals looptijden en rentevergoedingen, van de aangeboden producten. Op het moment dat deze kenmerken voor elke belegger die het aanbod accepteert vrijwel gelijk zijn is er sprake van een gestandaardiseerd aanbod.

Overdraagbaarheid

Van overdraagbaarheid is sprake indien de effecten kunnen worden overgedragen aan een derde.

Verhandelbaarheid

Voor mogelijkheden tot verhandeling is niet doorslaggevend dat in een concreet geval een markt aanwezig is voor de effecten, maar slechts dat de desbetreffende effecten, gelet op hun eigenschappen, kunnen worden verhandeld.

2.1.2 Categorieën effecten

In artikel 5:1, sub d en sub e, Wft zijn twee categorieën effecten gedefinieerd, te weten een “effect met een aandelenkarakter” en een “effect zonder aandelenkarakter”:

“d. effect met een aandelenkarakter:

1°. door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar aandeel of een ander met een aandeel gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht; of

2°. elk ander door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs waarmee, door uitoefening van het aan dit waardebewijs verbonden recht, door conversie of omruiling een ander effect met een aandelenkarakter als bedoeld onder 1° kan worden verworven, indien het verhandelbare waardebewijs is uitgegeven door de rechtspersoon, vennootschap of instelling, of door een daarmee in een groep verbonden groepsmaatschappij, die ook het te verwerven effect met een aandelenkarakter heeft uitgegeven;

² Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 51 en de Beleidsregel verhandelbaarheid, in werking getreden op 15 februari 2011 (*Stcrt.* 2011, nr. 2634).

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	8 van 44

e. effect zonder aandelenkarakter: effect dat geen effect met een aandelenkarakter is, te onderscheiden in de volgende categorieën:

1°. door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs, waarmee door uitoefening van het daaraan verbonden recht, door conversie of omruiling een ander effect kan worden verworven en dat niet is uitgegeven door de rechtspersoon, vennootschap of instelling, of door een daarmee in een groep verbonden groepsmaatschappij, die ook het te verwerven effect met een aandelenkarakter heeft uitgegeven;

2°. door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs dat door uitoefening van het daaraan verbonden recht, recht geeft op een afwikkeling in geld;

3°. ieder overig effect dat geen effect met een aandelenkarakter is.”

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat obligaties vallen onder artikel 5:1, sub e, 3° Wft (overige effecten die geen effecten met een aandelenkarakter zijn).

2.2 Aanbieden aan het publiek

Volgens artikel 5:1, sub a, Wft is er sprake van het aanbieden van effecten aan het publiek als een voldoende bepaald aanbod tot het aangaan van een overeenkomst tot het kopen van effecten wordt gericht tot meer dan één persoon. Ook een uitnodiging tot het doen van een aanbod op dergelijke effecten valt onder het aanbieden daarvan.³ Van dit laatste is bijvoorbeeld al sprake als er:

- wordt gepeild bij (potentiële) klanten of zij interesse zouden hebben in het kopen van effecten, of
- er een informatiedocument van de aanbieding online is gezet, of
- mensen telefonisch of via brochures op de hoogte worden gebracht van (de mogelijkheid dat een bedrijf) een aanbieding (mogelijk zal gaan starten).

2.3 Artikel 53, tweede lid, Vrijstellingsregeling Wft (Vr Wft)

Artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud) bevatte gedurende de onderzoeksperiode een vrijstelling van onder meer de prospectusplicht, voor zover het effecten betreft die deel uitmaken van een aanbieding waarbij de totale tegenwaarde van de aanbieding binnen de Europese Economische Ruimte, berekend *per categorie* en over een *periode van twaalf maanden*, minder dan € 2,5 miljoen bedraagt.⁴ Uit de toelichting bij de Vr Wft blijkt dat met “*categorie*” verschillende soorten effecten kunnen worden bedoeld.⁵

De vrijstelling als bedoeld in artikel 53, tweede lid, Vr Wft kende in de onderzoeksperiode de volgende elementen:

- i. het geldt *per categorie effect*,
- ii. berekend over een *periode van 12 maanden*,

³ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 560.

⁴ Per 1 oktober 2017 is de Vr Wft aangepast in die zin dat een vrijstelling geldt voor zover het effecten betreffen waarvan de totale tegenwaarde van de aanbieding binnen de Europese Economische Ruimte, berekend per categorie en over een periode van twaalf maanden, minder dan € 5 miljoen bedraagt. Daarbij is een nieuw lid opgenomen in artikel 53 Vr Wft, te weten het vierde lid, dat regelt dat vrijgestelde aanbiedingen van effecten voorafgaand aan de aanbieding gemeld dienen te worden bij de AFM en dat er een informatiedocument aan beleggers moet worden verstrekt.

⁵ *Stcrt.* 2005, nr. 125, p. 11.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	9 van 44

iii. rekening houdend met alle aanbiedingen *binnen een groep*.

Hieronder wordt ingegaan op hoe de onderdelen “categorie effect” en “periode van 12 maanden” van artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud) geïnterpreteerd moeten worden. Ten slotte bespreekt de AFM het groepsbegrip van artikel 53, derde lid, Vr Wft (oud).

2.3.1 Categorie effect

Zoals hiervoor in paragraaf 2.1.2 uiteengezet, kent de Wft twee verschillende categorieën effecten, te weten “effecten met een aandelenkarakter” en “effecten zonder aandelenkarakter”. Het zijn deze twee categorieën effecten waarop wordt gedoeld met het criterium “per categorie” in artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud).

2.3.2 Periode van 12 maanden

In artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud) is het aanbieden van effecten vrijgesteld van (onder meer) de prospectusplicht, voor zover het effecten betreft die deel uitmaken van een aanbieding waarbij de totale tegenwaarde, berekend per categorie en *over een periode van 12 maanden*, minder dan € 2,5 miljoen bedraagt. Dit 12-maanden criterium dient zo te worden uitgelegd dat voorafgaand aan een nieuwe aanbieding bezien moet worden óf en voor welk bedrag deze vrijgesteld van de prospectusplicht plaats mag vinden.⁶ Bij het bepalen hiervan dient vanaf de beoogde startdatum twaalf maanden terug in de tijd gekeken te worden.

Let wel, het gaat hierbij om het bedrag dat is aangeboden en dus niet om het bedrag dat daadwerkelijk is opgehaald. Wanneer effecten voor een totale tegenwaarde van (net geen) € 2,5 miljoen zijn aangeboden, maar dit slechts heeft geleid tot de aankoop van effecten ter waarde van € 1 miljoen, kan er dus niet een nieuwe aanbieding worden gedaan van (net geen) € 1,5 miljoen. Hiermee zou namelijk voor een totaal van (net geen) € 4 miljoen aan effecten worden aangeboden.

2.3.3 Groepsbegrip

Op grond van artikel 53, derde lid, Vr Wft wordt voor de toepassing van de vrijstelling van artikel 53, tweede lid, Vr Wft de totale tegenwaarde van de aanbiedingen van in een groep verbonden groepsmaatschappijen opgeteld. Met de invoering van het derde lid van artikel 53 Vr Wft in 2010 is beoogd te bewerkstelligen dat de beperking van de vrijstelling uit het tweede lid niet wordt omzeild door de aanbieding te spreiden over verschillende groepsmaatschappijen:⁷

“Tevens is een nieuw derde lid ingevoegd waarin wordt bepaald dat bij de berekening van het bedrag van de vrijstelling als bedoeld in het tweede lid, aanbiedingen van groepsmaatschappijen bij elkaar worden opgeteld. Hiermee wordt beoogd te bewerkstelligen dat de hierboven beschreven beperking van de vrijstelling door wijziging van het tweede lid, niet wordt omzeild door de aanbieding te spreiden over

⁶ VZr. Rb Rotterdam 23 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4824, r.o. 4.2.

⁷ Zie artikel IV, onder F, op pagina 15 en de toelichting daarbij op pagina 19 van de Regeling van de minister van Financiën tot wijziging van een aantal ministeriële regelingen op het terrein van de financiële markten (Wijzigingsregeling financiële markten 2010, *Stcrt.* 2009, 20007).

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 10 van 44

verschillende groepsmaatschappijen. Het gaat hierbij om een aanvullende voorwaarde die aan de berekening wordt gesteld in gevallen waarin sprake is van een uitgifte door een onderneming die deel uitmaakt van een groep. In deze gevallen dient de berekening nog altijd plaats te vinden conform de in het tweede lid genoemde voorwaarden.”

Voor wat betreft de uitleg van het begrip ‘groep’ in artikel 53, derde lid, Vr Wft wordt aangesloten bij het begrip ‘groep’ zoals dat in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek is gedefinieerd.⁸ Op grond van deze bepaling is een groep een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Volgens de toelichting op deze bepaling⁹ en jurisprudentie¹⁰ kan een groep in de kern worden omschreven als een samenstel van juridisch zelfstandige ondernemingen onder centrale (gemeenschappelijke) leiding. Of sprake is van een groep, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Er kan onder meer sprake zijn van een groep wanneer de verschillende rechtspersonen (i) dezelfde oprichter(s) hebben, (ii) op hetzelfde adres zijn gevestigd, (iii) financieel, fiscaal en/of juridisch op identieke wijze zijn gestructureerd, en/of (iv) verschillende aanbiedingen doen maar daarbij wel steeds gebruik wordt gemaakt van dezelfde documentatie zoals deelnameformulieren.¹¹ Andere indicatoren om te bepalen of er sprake is van een groep zijn onder meer het bestaan van een gemeenschappelijk beleid of een gemeenschappelijke strategie, gezamenlijke monitoring of inkoop en externe uitingen aan het publiek.¹²

2.4 Feitelijk leidinggeven

Artikel 5:1, tweede lid, van de Awb bepaalt dat onder overtreder wordt verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb is artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (**WvSr**) van overeenkomstige toepassing. In artikel 51, tweede lid, WvSr is onder meer bepaald dat indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, strafvervolgning kan worden ingesteld en de in de wet voorziene straffen en maatregelen kunnen worden uitgesproken tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging.

Volgens vaste jurisprudentie¹³ is sprake van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging door een rechtspersoon, indien:

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

⁸ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29708, nr. 19, p. 561-562.

⁹ *Kamerstukken II* 1979-1980, 16 326, nr. 3, p. 42.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2860, r.o. 3.4.1 en de bij dat arrest horende conclusie van A-G Wattel, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2860, r.o. 7.3 en 7.4, CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409, r.o. 5.7.

¹¹ Vgl. CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409, r.o. 5.6-5.7.

¹² Zie bijv. Hof Den Haag 26 mei 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6503, r.o. 6.4.

¹³ Zie onder meer HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	11 van 44

In dit verband is niet vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet gericht op de wederrechtelijkheid van de gedragingen.¹⁴ Met andere woorden: niet van belang is of de feitelijk leidinggever wist dat de gedragingen door de rechtspersoon een overtreding zouden opleveren.

3. Feiten die aanleiding vormen voor het besluit

3.1 Kenmerken van de aanbieding

Algemeen

De entiteit ‘Zonneperceel’ heeft beleggers onder meer via haar website (www.zonneperceel.nl) de mogelijkheid geboden¹⁵ – en biedt ten aanzien van een enkel project nog steeds de mogelijkheid¹⁶ – om met de aankoop van obligaties te investeren in grond onder zonneparken in Nederland. Met de obligatiegelden worden percelen grond gekocht waarop zonneparken worden gerealiseerd. [H], [I] dan wel een nader op te richten Special Purpose Vehicle huurt of pacht de grond van de vennootschap die – met het geld van de obligatiehouders – de grond heeft aangekocht. Vanuit deze huur- of pachtopbrengsten wordt de rente aan obligatiehouders uitbetaald. Aan het eind van de looptijd van de obligatielening wordt de hoofdsom afgelost vanuit de opbrengst uit de verkoop van de grond. Deze grond zal door de exploitatie van een zonnepark op die grond in waarde zijn gestegen.

Op de website Zonneperceel.nl zijn de volgende projecten weergegeven:

- Emmen, Pottendijk, 4,5 MW¹⁷
- Pekela, 6 MW
- Veendam, 15 MW
- Coevorden, 6 MW
- Markelo, 7 MW
- Gasselternijveen, 3,5 MW
- Eemshaven, 20 MW
- Hattemerbroek, 21 MW¹⁸

Per project is onder meer toegelicht waar de grond is gelegen, of en wanneer een vergunning is verkregen, wat het vermogen van het te realiseren zonnepark is en hoeveel zonnepanelen op de grond worden geplaatst.

¹⁴ CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, r.o. 10.3.

¹⁵ De website is geraadpleegd op 16 januari 2018, zie bijlage 2 van het onderzoeksrapport.

¹⁶ Dit betreft het project Hattemerbroek (Zonneperceel XI B.V.).

¹⁷ ‘MW’ staat voor megawatt en geeft het potentiële vermogen van het te realiseren zonnepark weer.

¹⁸ Uit het informatiememorandum van Zonneperceel XI B.V. blijkt dat het project Hattemerbroek betrekking heeft op de uitgifte van obligaties door deze B.V. Het gaat hierbij om een minimale tegenwaarde van € 100.000 per belegger. Bij deze aanbieding wordt een beroep gedaan op een uitzondering van de prospectusplicht op grond van artikel 5:3, eerste lid, onder c, Wft.

Datum 28 december 2018
Ons kenmerk [...]
Pagina 12 van 44

Informatiememoranda

In totaal zijn in de periode waarop het onderzoek van de AFM betrekking heeft vanuit acht verschillende Zonneperceel-entiteiten obligaties uitgegeven (zie ook hierna tabel 1). Ten behoeve van de uitgifte van de obligaties zijn acht informatiememoranda beschikbaar gesteld. In deze informatiememoranda wordt steeds het aanbod gedaan om van één specifieke entiteit (bijv. ZP 1, ZP 2, etc.) obligaties af te nemen.

De informatiememoranda zijn daarbij in opmaak gelijk en komen qua inhoud grotendeels overeen. Zo kennen de informatiememoranda allemaal dezelfde acht hoofdstukken en bevatten ze ten minste zes vergelijkbare bijlagen.¹⁹ Deze bijlagen betreffen de volgende documenten:

- Statuten van de betreffende vennootschap
- Concept pacht of huurovereenkomst
- Concept exploitatiebegroting
- Obligatievoorwaarden
- Trustee-overeenkomst
- Beheer- en managementovereenkomst

In hoofdstuk 4, paragraaf 4.1 (met als titel “aanbieding”) van de informatiememoranda wordt vermeld dat het obligatiefonds of de uitgevende instelling²⁰ voornemens is “om registergoederen (*Objecten*) aan te schaffen om deze te verpachten/verhuren [...] aan [...] [...]. Om de financiering daarvan mogelijk te maken geeft [AFM: het Obligatiefonds of de Uitgevende Instelling] *Obligaties uit.*” Vervolgens worden de voornaamste kenmerken van de aangeboden Obligaties weergegeven.

In paragraaf 4.2 (met als titel “inschrijving”) wordt vermeld: “*De mogelijkheid tot inschrijving op de Obligaties vangt aan op [datum] en geschiedt middels het deelnameformulier.*”

Uit de informatiememoranda blijkt verder dat iedere uitgifte van obligaties door ‘Zonneperceel’ betrekking heeft op één of meerdere specifieke percelen. In tabel 1 zijn op basis van paragraaf 3.2 van de informatiememoranda per uitgifte de betreffende percelen weergegeven. Uit deze tabel volgt ook welke specifieke Zonneperceel-entiteit de obligaties in de betreffende (percelen van) projecten uitgeeft:

ZP	Perceel	Locatie	Grootte	Vermogen
1	Emmen AC 881, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893 en 894	Veenakkers, 7881 XJ Emmer-Compascuum (Gemeente Emmen)	15,1 ha	10 MW

¹⁹ De informatiememoranda van ZP 2 t/m 5 en 7 bevatten acht bijlagen, het informatiememorandum van ZP 1 bevat zes bijlagen en de informatiememoranda van ZP 8 en 9 bevatten 7 bijlagen.

²⁰ De informatiememoranda van ZP 1 t/m 5 spreken over ‘Obligatiefonds’ dat in paragraaf 5.1 wordt gedefinieerd als de vennootschap die de obligaties uitgeeft. De informatiememoranda van ZP 7 t/m 9 spreken over ‘Uitgevende Instelling’ dat in paragraaf 5.1 en in de obligatievoorwaarden wordt gedefinieerd als de vennootschap die de obligaties uitgeeft.

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 13 van 44

2	Nieuwe Pekela H 1248	Doorsneeweg te Nieuwe Pekela (gemeente Pekela)	7,37 ha	5,1 MW
3	Veendam I 2559, 2566 en 2567 en Wildervank A 2531, 2532, 2613 en 2980.	Industrieweg te Veendam (gemeente Veendam)	16 ha (waarvan 10,7 ha Zonneperceel III B.V. en 5,3ha grond van de gemeente)	15 MW
4	Coevorden L 1083 en L 2049	Krimweg te Coevorden (gemeente Coevorden)	8,15 ha	6 MW
5	Markelo N 399, 673, 734, 774 en 775	Herikerweg te Markelo (gemeente Hof van Twente)	7,9 ha zonnepark en 2 ha. Woningbouw	7,5 MW
7	Gasselte C 5929, 6046, 7001, 7019	Tuinstraat, Ir. W.I.C. van Veelenweg en Vaart in Gasselternijveen	3,5 ha	3,5 MW
8	Uithuizermeeden M 211 en 212	Oostpolder te Eemshaven	circa 20 ha; Van het totale oppervlakte wordt door Zonneperceel VIII B.V. 10 ha aangekocht van kadastraal nummer 211. De overige hectares van kadastraal nummer 211 (circa 3,5) en het kadastrale nummer 212 blijven eigendom van Zonneperceel Beheer B.V.	20 MW
9	Uithuizermeeden M 211 en 212	Oostpolder te Eemshaven	circa 20 ha; Van het totale oppervlakte wordt door Zonneperceel IX B.V. 10 ha aangekocht, een gedeelte van kadastraal nummer 211 en nummer 212. De overige hectares van kadastraal nummer 211 (circa 10) wordt eigendom van Zonneperceel VIII B.V.	20 MW

Tabel 1 Percelen per aanbieding

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 14 van 44

De kenmerken van de aanbidding worden beschreven in paragraaf 4.1 van de informatiememoranda. In tabel 2 zijn deze kenmerken per uitgifte weergegeven.

ZP	Nominale waarde per obligatie	Aantal uit te geven obligaties	Totale tegenwaarde	Rente	Looptijd	Begin inschrijfperiode	Einde inschrijfperiode
1	€ 2.500	780	€ 1.950.000	5,2 %	5 jr	7-12-2015	24-12-2015
2	€ 2.500	384	€ 960.000	5,2 %	5 jr	1-4-2016	1-5-2016
3	€ 2.500	712	€ 1.780.000	4 %	3 jr	14-9-2016	1-10-2016
4	€ 1.000	1180	€ 1.180.000	4,7 %	5 jr	1-11-2016	1-1-2017
5	€ 1.000	2400	€ 2.400.000	7,5 %	1 jr	22-2-2017	1-4-2017
7	€ 2.500	280	€ 700.000	4 %	3 jr	3-4-2017 ²¹	1-5-2017
8	€ 2.500	800	€ 2.000.000	5 %	3 jr	6-6-2017	1-7-2017
9	€ 2.500	800	€ 2.000.000	5 %	3 jr	3-7-2017	1-8-2017

Tabel 2 Kenmerken aanbidding

Onder het voorwoord op pagina 2 van de informatiememoranda is vermeld dat de aanbiddingen zijn vrijgesteld van de prospectusplicht:

“Op de aanbidding van Zonneperceel [...] B.V. is de prospectusplicht en/of de vergunningplicht niet van toepassing omdat de totale waarde van de aanbidding minder dan € 2,5 miljoen bedraagt (artikel 53 lid 2 van de Vrijstellingsregeling onder de Wft. Zonneperceel [...] B.V. staat daarmee niet onder toezicht van de AFM en dit memorandum heeft niet de status van een prospectus.”²²

Op het voorblad van de informatiememoranda is ook steeds een vrijstellingsvermelding opgenomen.

In paragraaf 4.1 van de informatiememoranda is de verhandelbaarheid van de obligaties beschreven:

“De Obligaties zijn vrij verhandelbaar binnen de grenzen van Nederland door middel van onderhandse akte.”

Daarnaast wordt de verhandelbaarheid van de obligaties beschreven in artikel 15 van de obligatievoorwaarden, die steeds als bijlage bij een informatiememorandum is gevoegd:

“De Obligaties zijn uitsluitend verhandelbaar en te verkopen in Nederland. [...] De Obligaties zijn slechts tussentijds verhandelbaar middels een daartoe bestemde onderhandse akte van cessie [...]. De Obligaties

²¹ Op pagina 14 van het informatiememorandum van ZP 7 staat dat de inschrijving start op 3 april 2016. Gezien het feit dat het informatiememorandum is gedateerd op 3 april 2017, moet dit vermoedelijk 3 april 2017 zijn.

²² De informatiememoranda van ZP 1 t/m 4 spreken over ‘Zonneperceel B.V.’, de informatiememoranda van ZP 5 en 7 t/m 9 spreken over respectievelijk ‘Zonneperceel V B.V.’, ‘Zonneperceel VII B.V.’, ‘Zonneperceel VIII B.V.’ en ‘Zonneperceel IX B.V.’

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	15 van 44

worden niet genoteerd aan een gereguleerde markt en evenmin zal een markt in obligaties in stand worden gehouden door de Vennootschap.”

3.2 Structuur Zonneperceel-entiteiten

3.2.1 Aandeelhoudersstructuur ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9

In de paragrafen 5.1 en 5.2 van de informatiememoranda die ZP 2 t/m 5 en 7 t/m 9 hebben uitgegeven, alsmede uit gegevens van de KvK die in het kader van het onderzoek zijn geraadpleegd, blijkt dat ZP 1 t/m 5 en 7 t/m 9 globaal de volgende aandeelhoudersstructuur kennen, althans ten tijde van het onderzoek van de AFM kenden:

[Organogram]

Figuur 1 Aandeelhoudersstructuur Zonneperceel

Oftewel:

- [D] en [H] zijn aandeelhouders van ZP 1;
- De heer Jellema is aandeelhouder van [H];
- De heer [A] is via [E] aandeelhouder van [D].
- [D] en [F] zijn aandeelhouders zijn van ZP 2²³, ZP 3 en ZP 4²⁴;
- [C] is aandeelhouder van ZP 5, ZP 7, ZP 8 en ZP 9. [D] en [F] zijn vervolgens aandeelhouders van [C].

3.2.2 Oprichting vennootschappen

Uit de oprichtingsstatuten van ZP 1 blijkt dat de onderneming is opgericht door [H] en [D]. De heer Jellema is bestuurder en aandeelhouder van [H]. [E] is bestuurder van [D]; de heer [A] is bestuurder van [E]. Oftewel: ZP 1 is (indirect) opgericht door de heren Jellema en [A].

Uit de oprichtingsstatuten van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 blijkt dat deze alle zijn opgericht door [F] en [D]. De heer Jellema is bestuurder van [F]. [E] is bestuurder van [D]; de heer [A] is bestuurder van [E]. Oftewel: ook ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 zijn (indirect) opgericht door de heren Jellema en [A].

De oprichtingsstatuten van ZP 1 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 zijn voorts nagenoeg identiek. ZP 2 t/m 5 zijn alle opgericht op 14 maart 2016. ZP 7 t/m 9 zijn alle opgericht op 29 juli 2016.

²³ In het informatiememorandum van ZP 2 staat in paragraaf 5.1 dat [D] en [H] aandeelhouders zijn van ZP 2. In paragraaf 5.1 staat dat [D] en [F] de twee aandeelhouders zijn. Mogelijk is paragraaf 5.1 per abuis overgenomen van het informatiememorandum van ZP 1.

²⁴ Uit de akte levering aandelen d.d. 31 december 2016 blijkt dat de aandelen van ZP 4 op die datum door [D] en [F] zijn geleverd aan [C].

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	16 van 44

3.2.3 Zeggenschap

Uit paragraaf 5.5 van de informatiememoranda waarin een organogram is opgenomen, blijkt dat de heer Jellema de (enig) statutair bestuurder is van alle verschillende entiteiten binnen ‘Zonneperceel’. Dat blijkt ook uit uittreksels van het KvK.²⁵

In het voorwoord op pagina 2 van de informatiememoranda staat het volgende:

“Zonneperceel [AFM: gevolgd door het volgnummer van de desbetreffende vennootschap] is de initiatiefnemer en wordt bestuurd door de heer Ing. S. Jellema en de heer [A]. [...] De combinatie van beide heren heeft geresulteerd in een het bedrijf Zonneperceel waarbij het mogelijk wordt gemaakt om te investeren in de gronden onder de zonneparken.”

Aldus wordt door de betrokken entiteiten medegedeeld dat naast de heer Jellema ook de heer [A] (feitelijk) bestuurder is van de betreffende entiteit.

De heer Jellema heeft de heer [A] ook gemachtigd om hem te vertegenwoordigen tijdens het onderzoek ter plaatse. In zijn e-mail van 30 augustus 2017 aan de AFM, schrijft de heer Jellema het volgende²⁶:

“Zoals wij vanmorgen telefonisch besproken hebben ben ik niet in de gelegenheid om naar ons kantoor in Wormer te komen.

De heer [A] is wel aanwezig en bij deze machtig ik hem om namens mij alles te bespreken inzake uw onderzoek naar Zonneperceel Beheer BV en onderliggende BV's”

De heer [A] is ook betrokken bij het opstellen van informatiememoranda. In een e-mail vanaf het adres [e-mailadres] aan info@zonneperceel.nl d.d. 2 februari 2017²⁷ staat het volgende:

“Hi [A],

Aangehecht een geupdate versie van het IM.

[...]

Schikt het om maandag telefonisch door deze versie heen te lopen?”

Als bijlage bij deze e-mail van 2 februari 2017 is een conceptversie van een informatiememorandum voor ZP 5 toegevoegd.

²⁵ Bijlage 52 t/m 58.

²⁶ Zie bijlage 40.

²⁷ Zie bijlage 25.

Datum 28 december 2018
Ons kenmerk [...]
Pagina 17 van 44

Daarnaast blijkt uit diverse e-mails dat de heer [A] zich namens ‘Zonneperceel’ richt tot derden voor (onder meer) het aangaan van samenwerkingen, het verkrijgen van financiering en het vaststellen van een informatiememorandum. Daarbij maakt de heer [A] gebruik van het e-mailadres info@zonneperceel.nl.²⁸

Bij wijze van voorbeeld wijst de AFM op de volgende e-mail aan [e-mailadres] en [e-mailadres] d.d. 5 oktober 2016:²⁹

“Ik ben [A] en mijn werk is al sinds 2007 het bemiddelen, kopen en verkopen van gronden in Nederland. [...] Symen Jellema, is oprichter van [...] en heeft zich al vroegtijdig bezig gehouden met het ontwikkelen van grondgebonden zonneparken. [...] Wij zijn inmiddels een alliantie aangegaan waarbij wij gezamenlijk grondgebonden zonneparken ontwikkelen. Dit doen wij voornamelijk via onze vennootschap Zonneperceel, waarbij wij iedere locatie grond in een aparte vennootschap aankopen.”

Ook stuurt de heer [A] e-mails aan potentiële beleggers en bespreekt hij met hen de investeringsmogelijkheden.³⁰

3.3 Betalingen tussen Zonneperceel-entiteiten

Uit de bankafschriften die de AFM heeft opgevraagd blijken onder meer de volgende betalingen tussen Zonneperceel-entiteiten onderling:

Van	Naar	Datum	Bedrag	Omschrijving
ZP 1	ZP 2	31 maart 2016	€ 10.000	‘Overheveling teveel betaalde bedrag 10.000 euro van [naam] naar Project Pekel’
ZP 1	ZP 2	22 april 2016	€ 25.000	‘Overboeking deelname [naam] Project Pekela’
ZP 1	ZP 5	15 maart 2017	€ 10.000	‘Deelname [naam] doorstorten naar ZP V’
ZP 2	ZP 5	4 maart 2017	€ 5.000	‘[naam] project Markelo’
ZP 4	ZP 3	1 december 2016	€ 50.000	‘Deelname [naam] is van project Veendam’
ZP 4	ZP 3	14 december 2016	€ 10.000	‘Deelname [naam] t.b.v. Zonneperceel III BV’

Tabel 3 Betalingen tussen Zonneperceel-entiteiten

3.4 Betalingen aan Zonneperceel-entiteiten

Uit de bankafschriften blijken voorts diverse betalingen die betrekking hebben op de aankoop van obligaties door beleggers. In de periode van 10 december 2015 tot en met 13 april 2017 wordt naar de bankrekeningen van ZP 1

²⁸ Zie bijvoorbeeld bijlage 3, 19, 22 en 23.

²⁹ Zie bijlage 19.

³⁰ Zie bijlage 21, 31.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	18 van 44

t/m 5 en ZP 7 – voor zover de AFM kan vaststellen – in totaal € 8.314.331 overgemaakt in relatie tot de aankoop van obligaties van deze entiteiten.³¹

3.5 Rol van de heer Jellema bij Zonneperceel-entiteiten

De AFM heeft het volgende vastgesteld met betrekking tot de rol van de heer Jellema bij de activiteiten van de verschillende Zonneperceel-entiteiten:

- Uit pagina 2 van de informatiememoranda blijkt dat de heer Jellema mede-initiatiefnemer is van ‘Zonneperceel’.³²
- De heer Jellema weet dat door ZP 1 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 obligaties zijn aangeboden aan beleggers in Nederland. Dit blijkt ten eerste uit het voorwoord op pagina 2 van de informatiememoranda, waarin staat dat de “combinatie“ van de heren [A] en Jellema heeft geresulteerd in de mogelijkheid om te investeren in de gronden onder zonneparken van ‘Zonneperceel’.³³ Het blijkt ook uit diverse e-mails die de heer Jellema heeft gestuurd, waaronder de volgende:
 - De heer Jellema ondertekent een e-mail d.d. 27 maart 2016 waarin een nieuwsbrief van ‘Zonneperceel’ aan (potentiële) beleggers wordt toegezonden.³⁴ In dezelfde e-mail wordt een nieuw project aangekondigd waarbij beleggers vanaf € 2.500 kunnen investeren.
 - Op 31 augustus 2016³⁵ en op 7 november 2016³⁶ zijn door het ‘Team van Zonneperceel’ e-mails gestuurd aan potentiële beleggers, waarin nieuwe projecten worden aangekondigd.
 - De heer Jellema beantwoordt in een e-mail d.d. 20 september 2016 op verzoek van de heer [A] enkele vragen van een potentiële belegger naar aanleiding van een informatiememorandum³⁷;
 - De heer Jellema ontvangt op 5 oktober 2016 een afschrift van een e-mail waarin de heer [A] ‘Zonneperceel’ beschrijft als een alliantie tussen de heer Jellema en de heer [A].³⁸
- De heer Jellema is ervan op de hoogte dat bij de aanbieding geen prospectus ter zake van de aanbieding algemeen verkrijgbaar was dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichhoudende instantie van een andere lidstaat. Dit blijkt uit het feit dat er geen prospectus is ingediend bij de AFM en er wel informatiememoranda met daarin de vrijstellingsvermelding zijn opgesteld.

Daarnaast heeft de AFM met betrekking tot de positie van de heer Jellema binnen de Zonneperceel-entiteiten het volgende vastgesteld:

- Uit de oprichtingsakten van ZP 1 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 blijkt dat deze entiteiten mede zijn opgericht door de heer Jellema in de hoedanigheid van bestuurder van [F] of in de hoedanigheid van bestuurder van [H].³⁹

³¹ Ten overvloede merkt de AFM op dat er vermoedelijk meer betalingen zijn op de bankrekeningen van Zonneperceel-entiteiten, maar dat op het moment dat de informatie is ontvangen nog niet alle aanbiedingen (te weten ZP 8 en ZP 9) waren gestart.

³² Zie pagina 18 van het onderzoeksrapport en de informatiememoranda (bijlage 2, 12, 18, 20, 26, 27, 33, 34).

³³ Zie pagina 18 van het onderzoeksrapport en de informatiememoranda (bijlage 2, 12, 18, 20, 26, 27, 33, 34).

³⁴ Zie bijlage 9.

³⁵ Zie bijlage 15.

³⁶ Zie bijlage 20.

³⁷ Zie bijlage 17.

³⁸ Zie bijlage 18.

³⁹ Zie bijlage 1, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14.

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 19 van 44

- De heer Jellema is enig statutair bestuurder van de vennootschappen ZP 1 t/m 5 en 7 t/m 9.
- Uit de e-mail van 27 maart 2016 blijkt dat de heer Jellema extern optreedt als vertegenwoordiger van Zonneperceel.⁴⁰ Door middel van deze e-mail, die door de heer Jellema wordt ondertekend, wordt een nieuwsbrief van 'Zonneperceel' aan consumenten aangeboden en wordt een nieuw project aangekondigd waar consumenten in kunnen investeren. En ook uit de e-mail d.d. 30 augustus 2017 die de heer Jellema aan de AFM heeft gestuurd, blijkt dat de heer Jellema bevoegd is om 'Zonneperceel' extern te vertegenwoordigen.⁴¹ In deze e-mail machtigt de heer Jellema de heer [A] om namens hem alles te bespreken met betrekking tot het onderzoek van de AFM naar 'Zonneperceel'.
- De heer Jellema staat geregistreerd als gemachtigde van de bankrekeningen die op naam staan van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9.⁴²

4. Zienswijze van de heer Jellema

De gemachtigde van de heer Jellema heeft op 29 november 2018 een schriftelijke zienswijze namens zijn cliënt ingediend. Hierin is – zakelijk weergegeven - het volgende naar voren gebracht.

- **Geen overtreding**

Uit de informatiememoranda volgt dat Zonneperceel B.V., althans een Zonneperceel-entiteit, de uitgevende instelling is die de obligaties heeft aangeboden. De heer Jellema in persoon kan daarom niet worden aangemerkt als aanbieder van effecten zoals bedoeld in artikel 5:1 Wft.

- **Geen sprake van feitelijk leidinggeven**

Uit het Boetebeleid feitelijk leidinggevers van de AFM volgt het uitgangspunt dat de vennootschap als normgeadresseerde wordt beboet. Pas in uitzonderlijke situaties zou een boete kunnen worden opgelegd aan de feitelijk leidinggever, aldus de heer Jellema. De AFM heeft niet gemotiveerd welke uitzonderlijke situatie zich hier voordoet.

De AFM zal daarnaast moeten aantonen dat de heer Jellema voldoet aan de Slavenburg-criteria. De heer Jellema stelt vanzelfsprekend bekend te zijn geweest met de obligaties die door de Zonneperceel-entiteiten zijn aangeboden, maar hij was er niet mee bekend dat artikel 5:2 Wft werd overtreden. Hij kon daar ook niet bekend mee zijn omdat hij met de Zonneperceel-entiteiten weinig van doen zou hebben. De dagelijkse leiding lag in handen van de heer [A]; de heer Jellema was verantwoordelijk voor de dagelijkse gang van zaken binnen '[...]'.⁴³ De enkele hoedanigheid van bestuurder is onvoldoende om te worden aangemerkt als (beboetbare) feitelijk leidinggever van een overtreding.

⁴⁰ Zie bijlage 17.

⁴¹ Zie bijlage 37.

⁴² Zie bijlage 29.

⁴³ De AFM vermoedt dat de heer Jellema hiermee doelt op [I].

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	20 van 44

De AFM zou de heer Jellema zelf ook niet als feitelijk leidinggever hebben gezien. De heer Jellema wijst in dit verband op correspondentie tussen de AFM en de heer [A]. De AFM heeft de heer Jellema ook niet gehoord, anders dan de heer [A]. Uit het dossier blijkt ook dat de heer Jellema geen feitelijk leiding heeft gegeven. Vrijwel alle correspondentie is door de heer [A] gevoerd; nergens blijkt uit dat de heer Jellema van de gestelde overtreding op de hoogte was.

- **Funcitiescheiding**

De heer Jellema stelt vraagtekens bij de inachtneming van de functiescheiding en de uitoefening van taken zonder vooringenomenheid door de AFM. In dat verband wijst de heer Jellema erop dat het onderzoek(srapport) zou zijn afgerond op 25 oktober 2018, dezelfde datum waarop het voornemen tot het opleggen van de bestuurlijke boete is verzonden. De onderzoeksbevindingen zijn niet ondertekend of voorzien van een naam of namen van degene(n) die deze hebben opgesteld, zodat onduidelijk is wie de toezichthouder(s) is of zijn.

- **Gelijkheidsbeginsel**

Onder verwijzing naar een uitspraak van het CBB⁴⁴ stelt de heer Jellema (bij wijze van subsidiair verweer) dat sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel. De AFM heeft namelijk in een ander geval waarin sprake was van een overtreding van artikel 5:2 Wft volstaan met het geven van een waarschuwing. De heer Jellema stelt daarom dat hem ook een waarschuwing moet worden gegeven.

- **Handhavingsbeleid**

De heer Jellema meent dat een juiste toepassing van het Handhavingsbeleid van de AFM zou moeten leiden tot de toepassing van een ander handhavingsinstrument dan het opleggen van een bestuurlijke boete. De heer Jellema wijst in dat verband op zijn betoog inzake het gelijkheidsbeginsel en de volgende omstandigheden:

- er is geen sprake van recidive;
- er is een geringe mate van verwijtbaarheid;
- de obligatiehouders zijn niet benadeeld;
- de heer Jellema heeft persoonlijk geen voordeel genoten door de uitgifte van obligaties;
- de overtreding is op eigen initiatief beëindigd;
- de AFM heeft aanvankelijk niet opgestreden tegen de overtreding;
- de overtreding heeft hooguit geduurd tot 4 april 2017 en niet tot 1 augustus 2017, zoals de AFM stelt;
- de heer Jellema heeft meegewerkt aan het onderzoek van de AFM;
- de financiële draagkracht van de heer Jellema is beperkt;
- het opleggen en publiceren van de boete kan verregaande economische gevolgen hebben voor de heer Jellema, 'Zonneperceel' en '[...]'. De heer Jellema doet in dit verband een beroep op het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb;
- de overtreding heeft niet geleid tot marktverstoring;
- de overtreding kan niet het vertrouwen in de markt hebben geschaad.

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

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	21 van 44

- **Hoogte boete**

De heer Jellema stelt dat zijn draagkracht onvoldoende is om een bestuurlijke boete te voldoen van het basisbedrag van € 2.000.000 of bedragen in die orde van grootte.

- **Publicatie**

De openbaarmaking van de persoonsgegevens van de heer Jellema is onevenredig en door publicatie zou ook aan de betrokken partijen in onevenredige mate schade berokkend worden. Een volledige publicatie van het boetebesluit zou ertoe leiden dat het welhaast is uitgesloten dat gerenommeerde partijen willen samenwerken met ‘[...]’ dan wel de heer Jellema, waardoor ‘[...]’ haar bedrijfsvoering zal moeten staken. ‘[...]’ kan de zonneparken namelijk niet (allemaal) zelf realiseren.

5. Beoordeling

5.1 Inleiding

De AFM is van oordeel dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 artikel 5:2 Wft hebben overtreden en dat de heer Jellema feitelijk leiding heeft gegeven aan deze overtreding. Hetgeen de heer Jellema in zijn zienswijze naar voren heeft gebracht, leidt niet tot een ander oordeel. De AFM licht dit toe.

5.2 Overtreding van artikel 5:2 Wft

Op grond van artikel 5:2 Wft is het verboden om in Nederland effecten aan te bieden aan het publiek, tenzij ter zake van de aanbieding een prospectus algemeen verkrijgbaar is dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat.

De AFM is van oordeel dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 deze prospectusplicht hebben overtreden. Zij hebben namelijk in Nederland effecten aan het publiek aangeboden zonder te beschikken over een door de AFM of andere toezichthouder goedgekeurd prospectus, terwijl geen vrijstelling van de prospectusplicht van toepassing was.

5.2.1 Obligaties kwalificeren als effecten

Hiervoor is in paragraaf 2 reeds toegelicht dat artikel 1:1 Wft onder “effecten” het volgende verstaat:

- “a. een verhandelbaar aandeel of een ander daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht niet zijnde een appartementsrecht.*
- b. een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument; of*
- c. elk ander door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs waarmee een in onderdeel a of b bedoeld effect door uitoefening van de daaraan verbonden rechten of door conversie kan worden verworven of dat in geld wordt afgewikkeld;”*

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	22 van 44

Een obligatie kwalificeert als effect als bedoeld in artikel 1:1 Wft wanneer deze verhandelbaar is. Een effect is verhandelbaar als aan een drietal voorwaarden is voldaan: 1) standaardisatie, 2) overdraagbaarheid en 3) “verhandel” mogelijkheden.

Uit de in paragraaf 3.1 weergegeven kenmerken van de door Zonneperceel-entiteiten aangeboden obligaties volgt dat deze obligaties zijn aan te merken als verhandelbare effecten in de zin van artikel 1:1 van de Wft. Aan de hand van de informatiememoranda en de obligatievoorwaarden heeft de AFM immers vastgesteld dat de obligaties voor meerdere beleggers gelijke kenmerken en rechten kennen. Per aanbieding zijn de kenmerken voor wat betreft looptijd, rente en andere rechten en plichten immers gelijk voor alle beleggers die deze obligaties afnemen. Daarmee is er sprake van een zekere mate van standaardisatie. Verder volgt uit hetgeen over de verhandelbaarheid is geschreven in paragraaf 4.1 van de informatiememoranda en in artikel 15 van de obligatievoorwaarden dat eveneens wordt voldaan aan de voorwaarde van verhandelbaarheid en overdraagbaarheid. De obligaties zijn immers vrij verhandelbaar binnen de grenzen van Nederland door middel van een onderhandse akte. Via een overdracht bij onderhandse akte kunnen de obligaties dus ook aan een derde worden overgedragen.

Categorie effect

De obligaties die de Zonneperceel-entiteiten hebben aangeboden betreffen steeds verhandelbare schuldinstrumenten die vallen onder artikel 5:1, sub e onder 3°, Wft. Zij zijn aan te merken als effecten zonder aandelenkarakter.

5.2.2 Obligaties zijn aangeboden aan het publiek

Volgens artikel 5:1, sub a, Wft is er sprake van het aanbieden van effecten aan het publiek als een voldoende bepaald aanbod tot het aangaan van een overeenkomst tot het kopen van effecten wordt gericht tot meer dan één persoon. Ook een uitnodiging tot het doen van een aanbod op dergelijke effecten valt onder het aanbieden daarvan.

Via onder meer de website Zonneperceel.nl zijn (potentiële) beleggers gewezen op de mogelijkheid om te investeren in de projecten van ‘Zonneperceel’.⁴⁵ Beleggers zijn aldus uitgenodigd tot het doen van een aanbod in één of meer projecten. Door ‘Zonneperceel’ zijn ook verschillende e-mails verzonden, waarin (potentiële) beleggers worden gewezen op (aankomende) mogelijkheden om te investeren in (nieuwe) projecten. Zo heeft ‘Zonneperceel’ op 31 augustus 2016 een e-mail gestuurd waarin zij wijst op het nieuwe project Veendam. En op 7 november 2016 heeft ‘Zonneperceel’ een e-mail gestuurd waarin zij wijst op het “vierde” project Coevorden. Geïnteresseerden kunnen het bij de e-mail gevoegde deelnameformulier invullen en retourneren.^{46 47}

Voor ieder afzonderlijk project is een informatiememorandum opgesteld waarin een voldoende bepaald aanbod wordt gedaan tot het afnemen van obligaties. In het voorwoord van de informatiememoranda op p. 2 is steeds aangegeven welke specifieke Zonneperceel-entiteit (ZP 1 t/m 5 dan wel 7 t/m 9) de “uitgevende instelling” van de obligaties is. In paragraaf 4.1 van de informatiememoranda wordt steeds vermeld dat het obligatiefonds of de

⁴⁵ Zie de printscreens van de website, bijlage 2 bij het onderzoeksrapport.

⁴⁶ Zie bijlage 21. Zie voorts voor andere voorbeelden bijlage 30 en 35.

⁴⁷ Zie bijlage 30.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	23 van 44

uitgevende instelling⁴⁸ voornemens is “om registergoederen (*Objecten*) aan te schaffen om deze te verpachten/verhuren [...] aan [...] [...]. Om de financiering daarvan mogelijk te maken geeft [AFM: het Obligatiefonds of de Uitgevende Instelling] *Obligaties uit*.” Uit paragraaf 3 van de informatiememoranda blijkt dat iedere uitgifte van obligaties door Zonneperceel betrekking heeft op één of meerdere specifieke percelen (zie hiervoor uitgebreid paragraaf 3.1). De informatiememoranda zijn onder meer via e-mail ter beschikking gesteld dan wel aangekondigd.

Dat effecten zijn aangeboden aan het publiek, blijkt tot slot ook uit p. 2 van de informatiememoranda waar de betreffende Zonneperceel-entiteit zich beroept op een vrijstelling van artikel 5:2 Wft op grond van artikel 53 Vr Wft (oud). Het doen van een beroep op de vrijstelling is immers niet noodzakelijk wanneer geen effecten aan het publiek worden aangeboden.

Zienswijze

De heer Jellema heeft in zijn zienswijze er op gewezen dat de AFM hem ten onrechte zou aanmerken als aanbieder van de effecten. De AFM kan dit verwijt, ook in het licht van het voorgaande, niet plaatsen. Niet de heer Jellema (dan wel de heer [A]), maar ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 worden aangemerkt als de aanbieder van effecten. De heer Jellema wordt aangemerkt als *feitelijk leidinggever* van de overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP t/m 9. Daarmee stelt de AFM niet dat de heer Jellema zelf als aanbieder van effecten moet worden aangemerkt.

5.2.3 Vrijstelling is niet van toepassing

Op grond van artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud) zijn aanbieders van effecten aan het publiek vrijgesteld van de prospectusplicht voor zover het effecten betreft die deel uitmaken van een aanbidding waarbij de totale tegenwaarde van de aanbidding binnen de Europese Economische Ruimte, berekend per categorie en over een periode van twaalf maanden, minder dan € 2,5 miljoen bedraagt. Volgens artikel 53, derde lid, Vr Wft wordt voor de toepassing van deze vrijstelling de totale tegenwaarde van de aanbidding van in een groep verbonden groepsmaatschappijen opgeteld. Met de invoering van het derde lid van artikel 53 Vr Wft is beoogd te bewerkstelligen dat de beperking van de vrijstelling uit het tweede lid niet wordt omzeild door de aanbidding te spreiden over verschillende groepsmaatschappijen.

5.2.3.1 Zonneperceel-entiteiten vormen een groep

Zoals hiervoor toegelicht in paragraaf 2.3.3 is in artikel 2:24b BW bepaald dat sprake is van een groep wanneer rechtspersonen en vennootschappen een economische eenheid vormen waarin zij organisatorisch met elkaar zijn verbonden. Uit de toelichting op deze bepaling en de jurisprudentie volgt dat van belang is of sprake is van een centrale (gemeenschappelijke) leiding van de verschillende rechtspersonen en/of vennootschappen binnen de groep.

⁴⁸ De informatiememoranda van ZP 1 t/m 5 spreken over ‘Obligatiefonds’ dat in paragraaf 5.1 wordt gedefinieerd als de vennootschap die de obligaties uitgeeft. De informatiememoranda van ZP 7 t/m 9 spreken over ‘Uitgevende Instelling’ dat in paragraaf 5.1 en in de obligatievoorwaarden wordt gedefinieerd als de vennootschap die de obligaties uitgeeft.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	24 van 44

De AFM heeft vastgesteld dat de verschillende Zonneperceel-entiteiten organisatorisch met elkaar in verbinding staan. Dat blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden als reeds besproken in hoofdstuk 3:

- De heer Jellema is statutair bestuurder van alle Zonneperceel-entiteiten. In de informatiememoranda wordt voorts steeds opgemerkt dat de betreffende entiteit wordt bestuurd door de heren Jellema en [A];
- De aandeelhouders van [H] dan wel [F] enerzijds en de heer [A] via [E] en [D] anderzijds zijn direct of indirect via [C] aandeelhouders van alle Zonneperceel-entiteiten;
- De heren Jellema en [A] zijn steeds betrokken geweest bij de oprichting van de verschillende Zonneperceel-entiteiten;⁴⁹
- De verschillende Zonneperceel-entiteiten zijn blijkens de nagenoeg identieke oprichtingsstatuten ook op identieke wijze gestructureerd.

Naast het feit dat er sprake is van organisatorische verbondenheid tussen de entiteiten binnen ‘Zonneperceel’ als gevolg van formeel-juridische verhoudingen, blijkt deze verbondenheid ook uit de feitelijke (economische) werkelijkheid:

- Alle Zonneperceel-entiteiten staan ingeschreven op hetzelfde adres (zie hiervoor paragraaf 1.1);
- ZP 2 t/m 5 zijn alle op 14 maart 2016 opgericht; ZP 7 t/m 9 zijn alle op 29 juli 2016 opgericht;
- Uit de door de AFM opgevraagde bankafschriften volgt dat betalingen van de ene naar de andere Zonneperceel-entiteit voorkomen (zie hiervoor tabel 3, paragraaf 3.2);
- Uit zowel het aanbiedingsmateriaal als de website Zonneperceel.nl volgt dat de entiteiten naar buiten treden als onderdeel van het ‘bedrijf Zonneperceel’. Zo worden e-mails aan (potentiële) beleggers niet gestuurd door (bijvoorbeeld) ZP 2, 3 of 4, maar steeds vanuit ‘Zonneperceel’. De aanbiedingen door de afzonderlijke Zonneperceel-entiteiten worden in communicatie naar (potentiële) beleggers ook gepresenteerd als nieuwe projecten van ‘Zonneperceel’ (bijvoorbeeld het “vierde” of “zevende” project);⁵⁰
- Bij alle aanbiedingen wordt aanbiedingsmateriaal beschikbaar gesteld dat in opmaak gelijk is en inhoudelijk grotendeels overeenkomt;⁵¹
- In een e-mail van 5 oktober 2016 van de heer [A] aan [bank 1] beschrijft de heer [A] ‘Zonneperceel’ als een alliantie tussen [D] en [F] waarbij iedere locatie grond in een aparte vennootschap wordt aangekocht.⁵²

Op basis van bovenstaande feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, concludeert de AFM dat de verschillende Zonneperceel-entiteiten deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW. De hiervoor besproken feiten en omstandigheden duiden immers op het bestaan van een organisatorische verbondenheid tussen en centrale leiding van alle entiteiten binnen ‘Zonneperceel’. Deze centrale leiding wordt uitgeoefend door de heren [A] en Jellema in hun hoedanigheid van (feitelijk) bestuurder van de verschillende entiteiten. Ook uit de feitelijk economische werkelijkheid volgt dat de entiteiten binnen ‘Zonneperceel’ door de

⁴⁹ ZP 1 is opgericht door [H] en [D]. ZP 2 t/m 5 en 7 t/m 9 zijn opgericht door [F] en [D]. De heer [A] is via [E] indirect bestuurder van [D]; de heer Jellema is bestuurder van [H] en [F].

⁵⁰ Zie hiervoor paragraaf 5.2.2.

⁵¹ Zie hiervoor paragraaf 3.1.

⁵² Zie bijlage 18.

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 25 van 44

heren Jellema en [A] als ware het één onderneming worden aangestuurd. Daarmee is naar het oordeel van de AFM sprake van een economische eenheid waarin de verschillende entiteiten organisatorisch met elkaar zijn verbonden als bedoeld in artikel 2:24b BW en is het bepaalde in artikel 53, derde lid, Vr Wft van toepassing.

5.2.3.2 De totale tegenwaarde van de groepsaanbieding is hoger dan € 2,5 miljoen

Uit tabel 2, opgenomen in paragraaf 3.1, en tabel 4, hierna opgenomen, volgt dat de afzonderlijke Zonneperceel-entiteiten elk steeds minder dan € 2,5 miljoen aan obligaties hebben aangeboden. Echter, gezien het feit dat er sprake is van een groep en omdat bij de aanbiedingen steeds dezelfde categorie effecten is aangeboden (te weten: obligaties), moet op grond van artikel 53, derde lid, Vr Wft voor de toepassing van de vrijstelling van artikel 53, tweede lid, Vr Wft de totale tegenwaarde van de aanbiedingen van deze in een groep verbonden entiteiten over een periode van twaalf maanden worden berekend. Daarbij staat voorop dat voorafgaand aan iedere nieuwe aanbieding van effecten door de aanbieder moet worden beoordeeld of er een prospectus algemeen verkrijgbaar moet worden gesteld.

ZP	Totale tegenwaarde	Begin aanbieding	Einde aanbieding
1	€ 1.950.000	7-12-2015	24-12-2015
2	€ 960.000	1-4-2016	1-5-2016
3	€ 1.780.000	14-9-2016	1-10-2016
4	€ 1.180.000	1-11-2016	1-1-2017
5	€ 2.400.000	22-2-2017	1-4-2017
7	€ 700.000	3-4-2017 ⁵³	1-5-2017
8	€ 2.000.000	6-6-2017	1-7-2017
9	€ 2.000.000	3-7-2017	1-8-2017

Tabel 4 Totale tegenwaarde en aanbiedingsperiode groepsaanbiedingen

Op 7 december 2015 is de aanbieding van ZP 1 met een tegenwaarde van € 1.950.000 gestart.⁵⁴ Het is de AFM niet bekend of tot dat moment eerdere aanbiedingen van dezelfde categorie effecten hebben plaatsgevonden. De AFM beschouwt de aanbieding van ZP 1 daarom als eerste aanbieding. Hierdoor bestond er vanaf 7 december 2015 de mogelijkheid om over een periode van twaalf maanden (dus tot en met 6 december 2016) voor een waarde van € 2,5 miljoen effecten van dezelfde categorie vrijgesteld van de prospectusplicht aan te bieden. Voor de aanbieding van ZP 1 hoefde er geen prospectus algemeen verkrijgbaar te worden gesteld, aangezien deze onder de grens van € 2,5 miljoen werd aangeboden.

Op 1 april 2016 startte de aanbieding van ZP 2 met een tegenwaarde van € 960.000.⁵⁵ Aangezien de aanbieding van ZP 1 minder dan 12 maanden voor de startdatum van ZP 2 is gestart (op 7 december 2015) moest de tegenwaarde van ZP 1 worden meegenomen bij het bepalen of en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbieding (ZP 2) kon plaatsvinden. Dit betekent dat er op 1 april 2016 een aanbieding van maximaal € 550.000

⁵³ Op pagina 14 van het informatiememorandum van ZP 7 staat dat de inschrijving start op 3 april 2016, gezien het feit dat het informatiememorandum is gedateerd op 3 april 2017, moet dit vermoedelijk 3 april 2017 zijn.

⁵⁴ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 2.

⁵⁵ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 10.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	26 van 44

(€ 2.500.000 - € 1.950.000) vrijgesteld van de prospectusplicht had kunnen plaatsvinden. Nu de tegenwaarde van de aanbieding van ZP 2 meer dan deze € 550.000 bedroeg, was de vrijstelling als bedoeld in artikel 53 Vr Wft (oud) niet van toepassing. Voor de aanbieding van ZP 2 was op grond van artikel 5:2 Wft een prospectus vereist.

Op 14 september 2016 startte de aanbieding van ZP 3 met een tegenwaarde van € 1.780.000.⁵⁶ Nu de startdata van de aanbiedingen van ZP 1 en ZP 2 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 3 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiedingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbieding (ZP 3) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 1 en ZP 2 (€ 1.950.000 + € 960.000 = € 2.910.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbieding van ZP 3 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

Op 1 november 2016 startte de aanbieding van ZP 4 met een tegenwaarde van € 1.180.000.⁵⁷ Nu de startdata van de aanbiedingen van ZP 1, ZP 2 en ZP 3 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 4 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiedingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbieding (ZP 4) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 1, ZP 2 en ZP 3 (€ 1.950.000 + € 960.000 + € 1.780.000 = € 4.690.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbieding van ZP 4 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

Op 22 februari 2017 startte de aanbieding van ZP 5 met een tegenwaarde van € 2.400.000.⁵⁸ Nu de startdata van de aanbiedingen van ZP 2, ZP 3 en ZP 4 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 5 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiedingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbieding (ZP 5) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 2, ZP 3 en ZP 4 (€ 960.000 + € 1.780.000 + € 1.180.000 = € 3.920.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbieding van ZP 5 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

Op 3 april 2017 startte de aanbieding van ZP 7 met een tegenwaarde van € 700.000.⁵⁹ Nu de startdata van de aanbiedingen van ZP 3, ZP 4 en ZP 5 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 7 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiedingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbieding (ZP 7) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 3, ZP 4 en ZP 5 (€ 1.780.000 + € 1.180.000 + € 2.400.000 = € 5.360.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbieding van ZP 7 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

⁵⁶ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 16.

⁵⁷ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 19.

⁵⁸ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 23.

⁵⁹ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 24. Hier wordt overigens aangegeven dat de mogelijkheid tot inschrijving aanvangt op 3 april 2016; dit moet worden gezien als een verschrijving.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	27 van 44

Op 6 juni 2017 startte de aanbidding van ZP 8 met een tegenwaarde van € 2.000.000.⁶⁰ Nu de startdata van de aanbidding van ZP 3, ZP 4, ZP 5 en ZP 7 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 8 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiddingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbidding (ZP 8) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 3, ZP 4, ZP 5 en ZP 7 (€ 1.780.000 + € 1.180.000 + € 2.400.000 + € 700.000 = € 6.060.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbidding van ZP 8 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

Op 3 juli 2017 startte de aanbidding van ZP 9 met een tegenwaarde van € 2.000.000.⁶¹ Nu de startdata van de aanbidding van ZP 3, ZP 4, ZP 5, ZP 7 en ZP 8 op minder dan twaalf maanden van de startdatum van ZP 9 zijn gelegen, dienen de tegenwaarden van deze aanbiddingen meegenomen te worden bij het bepalen óf en voor welke tegenwaarde een nieuwe vrijgestelde aanbidding (ZP 9) kon plaatsvinden. Nu de totale tegenwaarde van ZP 3, ZP 4, ZP 5, ZP 7 en ZP 8 (€ 1.780.000 + € 1.180.000 + € 2.400.000 + € 700.000 + 2.000.000 = € 8.060.000) de vrijstellingsgrens van € 2,5 miljoen overschrijdt, bestond er ook voor de aanbidding van ZP 9 geen ruimte om gebruik te maken van de vrijstelling uit artikel 53 Vr Wft (oud).

Gezien het bovenstaande is de vrijstelling op grond van artikel 53, tweede lid, Vr Wft niet van toepassing op de aanbiddingen door ZP 2 t/m 5 en 7 t/m 9.

5.2.4 Geen prospectus

Niet ter discussie staat dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 geen prospectus hebben opgesteld dat is goedgekeurd door de AFM. Dit blijkt bovendien uit de omstandigheid dat in de informatiememoranda een vrijstellingsvermelding is opgenomen, waarmee wordt aangegeven dat geen prospectusplicht zou gelden voor deze activiteit. Ook wijst de AFM in dit verband op de passage in het voorwoord van de informatiememoranda dat het memorandum niet de status heeft van een prospectus.

5.2.5 Conclusie overtreding

Op grond van het bovenstaande is de AFM van oordeel dat ZP 2 t/m 5 en ZP t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 artikel 5:2 Wft hebben overtreden doordat zij in Nederland effecten aan het publiek hebben aangeboden zonder dat ter zake van de aanbidding een prospectus algemeen verkrijgbaar was dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat. Op de aanbiddingen van ZP 2 t/m 5 en 7 t/m 9 was geen uitzondering of vrijstelling van de prospectusplicht van toepassing.

De AFM merkt hier nog op dat, gelet op de begin- en einddatum van de periode waarop door een specifieke Zonneperceel-entiteit obligaties werden aangeboden (zie hiervoor tabel 1), strikt genomen voor iedere entiteit binnen ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 een eigen (periode van) overtreding van artikel 5:2 Wft kan worden vastgesteld. In de periode van 1 april 2016 (begin aanbidding obligaties ZP 2) tot 1 augustus 2017 (einde aanbidding obligaties ZP 9) is in totaal zeven maal artikel 5:2 Wft overtreden. Gelet op de verbondenheid van de verschillende B.V.'s

⁶⁰ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 30.

⁶¹ Zie paragraaf 4.2 van het Informatiememorandum, bijlage 31.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	28 van 44

binnen de ‘Zonneperceel’-groep heeft de AFM ervoor gekozen om de overtredingen van ZP 2 t/m 5 tot en met ZP 7 t/m 9 niet afzonderlijk te beboeten, maar om de overtredingen als één overtreding van artikel 5:2 Wft aan te merken die zich in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 (bij herhaling) heeft voorgedaan.

5.3. Feitelijk leidinggeven door de heer Jellema

Gelet op hetgeen hiervoor in paragraaf 2.4 is uiteengezet, kwalificeert de heer Jellema als feitelijk leidinggever van de overtreding door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9, wanneer:

- i. hij wist van de verboden gedraging door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die verboden gedraging zich zou voordoen;
- ii. hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- iii. maar maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

De AFM is, gelet ook op wat in paragraaf 3.2 en 3.5 is vastgesteld over de structuur van de Zonneperceel-entiteiten respectievelijk de rol van de heer Jellema bij (de activiteiten van) ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9, dat de heer Jellema aan deze drie criteria heeft voldaan.

Ad i) de heer Jellema wist van de verboden gedraging, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die verboden gedraging zich zou voordoen

Dat de heer Jellema op de hoogte was van, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen, blijkt uit het volgende.

In zijn hoedanigheid van (mede-)oprichter, statutair bestuurder en vertegenwoordiger van de verschillende Zonneperceel-entiteiten is de heer Jellema ervan op de hoogte dat door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 obligaties zijn aangeboden in Nederland. Ook diverse e-mails tonen aan dat de heer Jellema hiervan op de hoogte is. In zijn zienswijze betwist de heer Jellema dit ook niet. Sterker, hij geeft daarin aan dat hij ‘vanzelfsprekend’ bekend is geweest met de obligaties die door de Zonneperceel-entiteiten zijn aangeboden, maar dat hij er niet mee bekend was dat artikel 5:2 Wft werd overtreden. De heer Jellema was er eveneens van op de hoogte dat geen door de AFM goedgekeurd prospectus aanwezig was. Hij was er immers van op de hoogte dat in de informatiememoranda (steeds) een beroep op de vrijstelling in artikel 53 Vr Wft (oud) werd gedaan

De stelling van de heer Jellema dat hij niet wist dat ten onrechte een beroep is gedaan op de vrijstelling, is niet relevant. Een gebrek aan wetenschap van de verbodenheid van de gedraging is geen voorwaarde om tot feitelijk leidinggeven te kunnen komen.⁶² Voor de vraag of de heer Jellema als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken is slechts van belang of zijn (voorwaardelijk) opzet gericht is geweest op de feitelijke gedragingen van de Zonneperceel-entiteiten. Nu zoals hiervoor toegelicht de heer Jellema wist dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9

⁶² Zie hiervoor paragraaf 2.4.

Datum 28 december 2018
Ons kenmerk [...]
Pagina 29 van 44

obligaties hebben aangeboden en hiervoor geen door de AFM goedgekeurd prospectus aanwezig was, is aan het eerste criterium voldaan.

Ad ii) De heer Jellema was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen

De AFM is van oordeel dat de heer Jellema bevoegd en redelijkerwijs gehouden was de gedragingen van Zonneperceel te voorkomen en/of te beëindigen. De AFM licht dit als volgt toe.

De heer Jellema is (enig) statutair bestuurder van de verschillende Zonneperceel-entiteiten en is dus formeel zelfstandig bevoegd om de verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen. Op zichzelf is de AFM het met de zienswijze van de heer Jellema eens, dat het enkel zijn van bestuurder van de onderneming die de overtreding begaat niet voldoende is om hem als feitelijk leidinggever aan te merken.⁶³ Tegelijk wijst de AFM erop dat in de rechtspraak is bepaald dat wanneer de feitelijke hoofdactiviteit – en in wezen enige activiteit – van de onderneming bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen/zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, in beginsel is voldaan aan de criteria voor feitelijk leidinggeven. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde onderneming en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁶⁴ Tegen deze achtergrond is de AFM van oordeel dat de heer Jellema, die als gezegd enig statutair bestuurder is van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 en ermee bekend was dat deze entiteiten obligaties hebben aangeboden, ook als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt. De AFM heeft niet kunnen vaststellen dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 een andere hoofdactiviteit hebben verricht of verrichten dan het aanbieden van obligaties en als (enig) bestuurder moet de heer Jellema geacht worden op de hoogte te zijn van deze hoofdactiviteiten.

De stelling van de heer Jellema dat de dagelijkse leiding van de Zonneperceel-entiteiten in handen zou liggen van de heer [A], hijzelf verantwoordelijk zou zijn voor de dagelijkse gang van zaken binnen [...] ⁶⁵ en hij weinig van doen zou hebben met de Zonneperceel-entiteiten, doet aan het voorgaande niet af. De AFM acht de stelling ook ongeloofwaardig. De heer Jellema heeft, net zo goed als de heer [A], de Zonneperceel-entiteiten mede opgericht. Hij wordt in de informatiememoranda gepresenteerd als bestuurder en initiatiefnemer van de betreffende entiteit. De heer Jellema staat geregistreerd als gemachtigde van de bankrekeningen die op naam van ZP 2 t/m 5 en ZP t/m 9 staan.⁶⁶ De heer Jellema ondertekent e-mails die zijn verstuurd aan (potentiële) beleggers vanuit het e-mailadres

⁶³ Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.1: “Pas nadat is vastgesteld dat een rechtspersoon een bepaald strafbaar feit heeft begaan, komt aan de orde of iemand als feitelijke leidinggever daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk is. Bij de beoordeling daarvan moet worden vooropgesteld dat uit de taalkundige betekenis van het begrip feitelijke leidinggeven enerzijds voortvloeit dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is, niet voldoende is om hem aan te merken als feitelijke leidinggever aan een door die rechtspersoon begaan strafbaar feit. Maar anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste, terwijl ook iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijke leidinggever kan zijn aan een door de rechtspersoon begaan strafbaar feit.”

⁶⁴ CBB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, r.o. 8.3.

⁶⁵ Hoewel de heer Jellema dit niet toelicht, begrijpt de AFM dat de heer Jellema hiermee doelt op [I].

⁶⁶ Zie bijlage 29.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	30 van 44

‘info@zonneperceel.nl’.⁶⁷ De heer Jellema beantwoordt ook vragen van (potentiële) beleggers die de heer [A] aan hem doorstuurt.⁶⁸ De heer [A] kopieert de heer Jellema in bij een e-mail die hij aan de ING stuurt voor het verkrijgen van financiering.⁶⁹ Deze feiten en omstandigheden tonen aan dat de heer Jellema wel degelijk betrokken was bij (de dagelijkse gang van zaken van) de Zonneperceel-entiteiten.

Ad iii) De heer Jellema heeft geen maatregelen genomen om de overtreding te voorkomen en/of te beëindigen.

De AFM is van oordeel dat de heer Jellema maatregelen achterwege heeft gelaten om de overtreding door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 van artikel 5:2 Wft te voorkomen en/of te herstellen. Niet gebleken is dat de heer Jellema op enige wijze maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat effecten aan het publiek werden aangeboden zonder dat ter zake van de aanbieding een prospectus algemeen verkrijgbaar was dat is goedgekeurd door de AFM of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat. Door het achterwege laten van dergelijke maatregelen heeft de heer Jellema niet voorkomen dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 artikel 5:2 Wft hebben overtreden.

Voornoemde feiten en omstandigheden tonen aan dat de heer Jellema moet worden gezien als feitelijk leidinggever van de vastgestelde overtreding.

Anders dan de heer Jellema in zijn zienswijze heeft aangevoerd, is de AFM ook niet van oordeel dat (uit het dossier zou volgen dat) zij (eerder) alleen de heer [A] als feitelijk leidinggever zou zien of hebben gezien. De heer Jellema wijst in dit verband ten eerste op:

- een brief die de AFM op 20 januari 2016 aan Zonneperceel B.V. heeft gezonden;
- de reactie daarop van ‘Zonneperceel’ van 11 februari 2016, die ondertekend is namens ‘de directie’ en volgens de heer Jellema door de heer [A] is gestuurd. Dat laatste kan de AFM niet verifiëren;
- een e-mail van de AFM in reactie op voornoemde brief van 15 februari 2016, die de AFM heeft aangevraagd met de woorden ‘Geachte heer [A]’.

De heer Jellema concludeert op grond van deze correspondentie dat de AFM de directie van ‘Zonneperceel’ zou gelijkstellen aan de heer [A]. De AFM kan dit niet volgen. De betreffende e-mail is gestuurd ruim voor de aanvang van het onderzoek van de AFM. Dat de AFM de e-mail aan de heer [A] heeft gericht, zegt ook niets over de (latere) kwalificatie van de heer Jellema als feitelijk leidinggever.

De heer Jellema heeft er in dit verband voorts op gewezen dat de AFM hem niet zou hebben gehoord, anders dan de heer [A]. De AFM merkt op dat op het moment dat de AFM een onderzoek ter plaatse wilde inplannen, zij geprobeerd heeft de heer Jellema te bereiken (zie hiervoor paragraaf 1.2). Vlak voor het onderzoek ter plaatse heeft de heer Jellema de AFM geïnformeerd dat hij verhinderd was en heeft hij de heer [A] gemachtigd om hem te vertegenwoordigen. Dat de AFM die dag de heer Jellema zelf niet heeft gesproken, kan de AFM dan ook niet worden tegengeworpen. De AFM heeft dat wat de heer [A] die dag heeft verklaard, niet aan het bewijs van de overtreding ten grondslag gelegd. De AFM heeft het gedurende het onderzoek ook niet noodzakelijk geacht om de

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld bijlage 9.

⁶⁸ Bijlage 17.

⁶⁹ Bijlage 18.

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 31 van 44

heer Jellema op een later moment te horen. De heer Jellema is wel in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze te geven naar aanleiding van het voornemen van de AFM om hem een bestuurlijke boete op te leggen, van welke gelegenheid de heer Jellema ook gebruik heeft gemaakt.

5.4 Het opleggen van een bestuurlijke boete aan de heer Jellema is passend

De AFM is van oordeel dat het opleggen van een bestuurlijke boete aan de heer Jellema voor het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 5:2 Wft een passende sanctie is.

De AFM merkt in dat verband als eerste op dat, anders dan de heer Jellema in zijn zienswijze stelt, uit het Boetebeleid feitelijk leidinggevers niet volgt dat het uitzondering is wanneer de AFM zich niet beperkt tot een bestuurlijke sanctie aan de onderneming die normadressaat is van de overtreden bepaling, maar ook handhavend zou optreden tegen de feitelijk leidinggever van de overtreding door de onderneming. In het Boetebeleid feitelijk leidinggevers is opgemerkt (onderstreping toegevoegd):

“2. Algemene uitgangspunten

a. In principe wordt in ieder geval de rechtspersoon zelf als normgeadresseerde beboet. Voorbeelden van uitzonderingen (dus uitsluitend een boete voor een feitelijk leidinggever) staan beschreven in paragraaf 3.1.

b. Er wordt altijd overwogen om daarnaast één of meer feitelijk leidinggevers te beboeten”

[...]

“3. Toelichting op de uitgangspunten (voorbeelden en uitzonderingen)

3.1 Uitsluitend beboeten feitelijk leidinggever

Als uitgangspunt onder a geldt dat in ieder geval de rechtspersoon zelf als normgeadresseerde wordt beboet. Hieronder volgen enkele voorbeelden van uitzonderinggevallen, waarin er aanleiding kan zijn om uitsluitend één of meer feitelijk leidinggevers te beboeten en de rechtspersoon zelf ongemoeid te laten:

- Het is aannemelijk dat beboeting van de rechtspersoon (uiteindelijk) in belangrijke mate ten koste zal komen van cliënten, beleggers of pensioendeelnemers”

De AFM besluit in onderhavig geval alleen een bestuurlijke boete op te leggen aan de feitelijk leidinggevers van de overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9, omdat het aannemelijk is dat beboeting van deze entiteiten zelf (uiteindelijk) in belangrijke mate ten koste zal komen van de obligatiehouders. De AFM heeft niet kunnen vaststellen dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 op een andere wijze zijn gefinancierd dan met de inbreng van de obligatiehouders.

Daarnaast acht de AFM het ook niet mogelijk of passend om in plaats van een bestuurlijke boete een andere bestuurlijke sanctie, zoals een last onder dwangsom, aan de heer Jellema op te leggen. Ten eerste volgt uit het hiervoor aangehaalde Boetebeleid feitelijk leidinggevers dat de AFM altijd overweegt om een feitelijk leidinggever ook te beboeten. Daarnaast is in dit geval het opleggen van een reparatoire sanctie ook geen mogelijkheid omdat een dergelijke sanctie strekt tot beëindiging van de overtreding, terwijl de overtreding van artikel 5:2 Wft reeds vanaf 1 augustus 2017 is beëindigd.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	32 van 44

De AFM bespreekt hierna, in het kader van de zienswijze van de heer Jellema ten aanzien van het Handhavingsbeleid, nog andere feiten en omstandigheden die maken dat het opleggen van een bestuurlijke boete in dit geval passend moet worden geacht.

5.5 Overige onderwerpen naar aanleiding van de zienswijze

In zijn zienswijze heeft de heer Jellema verschillende standpunten naar voren gebracht. Voor zover deze niet reeds hiervoor zijn besproken, staat de AFM hierna stil bij de resterende onderwerpen. In paragraaf 6.2 (hoogte van de boete) zal worden ingegaan op de aangevoerde standpunten die relevant (kunnen) zijn voor de hoogte van de boete. In paragraaf 6.3 zal de AFM ingaan op de aangevoerde standpunten met betrekking tot de publicatie van de bestuurlijke boete.

• Functiescheiding

De heer Jellema stelt vraagtekens bij de inachtneming van de functiescheiding en de uitoefening van taken zonder vooringenomenheid door de AFM. De heer Jellema onderbouwt dit door erop te wijzen dat het onderzoeksrapport is gedagtekend op 25 oktober 2018, dezelfde datum waarop het voornemen tot het opleggen van de bestuurlijke boete is verzonden. De heer Jellema kan niet vaststellen welke toezichthouder(s) het rapport heeft of hebben opgesteld.

De AFM stelt voorop dat een schending van de functiescheiding als bedoeld in artikel 10:3, vierde lid, Awb pas aan de orde kan zijn wanneer in strijd met het daar genoemde mandaatverbod is gehandeld.⁷⁰ De heer Jellema heeft (terecht) niet gesteld dat het boetebesluit – waar nog geen sprake van was ten tijde van het boetevoornemen – in mandaat wordt genomen door de persoon die tevens het rapport heeft opgemaakt.

Van vooringenomenheid als bedoeld in artikel 2:4 Awb is ook geen sprake. Het rapport is niet opgesteld door de (assistent) boetefunctionarissen die betrokken zijn bij het opstellen van het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete, maar door de afdeling Marktintegriteit en Handhaving, zoals ook is opgemerkt in het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Dat het rapport niet vermeldt welke specifieke toezichthouder dan wel afdeling het rapport heeft opgesteld, kan de AFM niet worden tegengeworpen en rechtvaardigt zeker niet de conclusie dat vraagtekens worden geplaatst bij de uitoefening van taken zonder vooringenomenheid. De Awb vereist met betrekking tot (boete)rapporten niet dat deze worden ondertekend, dan wel voorzien van de naam van de opsteller daarvan.⁷¹ Dat het rapport is gedateerd op dezelfde datum als het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete (29 oktober 2018) betekent niet dat het rapport (die dag) is opgesteld althans afgerond door de betrokken (assistent) boetefunctionarissen. Dat is ook overigens uitdrukkelijk niet het geval.

⁷⁰ Zie CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, r.o. 7.3-7.4.

⁷¹ Vgl. conclusie A-G Keus 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, r.o. 4.2.7 en 4.2.8.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	33 van 44

- **Gelijkheidsbeginsel**

De heer Jellema heeft aangevoerd dat de AFM in een ander geval waarin sprake was van een overtreding van artikel 5:2 Wft heeft volstaan met het geven van een waarschuwing. De heer Jellema stelt dat hem daarom ook (slechts) een waarschuwing moet worden gegeven.

De AFM merkt in algemene zin op dat uit (recente) jurisprudentie van het CBB volgt dat het gelijkheidsbeginsel in het kader van het opleggen van bestuurlijke boetes niet zover strekt, dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan onrechtmatig is uitgeoefend alleen omdat een eventuele andere overtreder niet is beboet. Dat kan volgens het CBB anders komen te liggen als sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen die duidt op willekeur in de handhavingspraktijk van het bevoegde bestuursorgaan.⁷² Dat is in dit geval niet aan de orde, zoals hieronder zal worden toegelicht.

In de zaak die leidde tot de door de heer Jellema aangehaalde uitspraak van het CBB van 21 december 2017 had de AFM op 29 december 2016 een bestuurlijke boete opgelegd aan een feitelijk leidinggever van een overtreding van artikel 5:2 Wft. Dit terwijl de AFM in de periode kort voor die overtreding een vergelijkbare overtreding van artikel 5:2 Wft door een andere partij had vastgesteld, ten aanzien waarvan de AFM had volstaan met het geven van een waarschuwing. De AFM heeft in de daarop volgende procedure uiteengezet welke redenen naar haar oordeel het verschil in behandeling rechtvaardigen. Een van die redenen was de omstandigheid dat de gewaarschuwde onderneming zich voorafgaand aan de overtreding tot de AFM had gewend met vragen over de uitleg van het begrip ‘groep’ in de zin van artikel 53, derde lid, Vr Wft. Het CBB oordeelde echter – kort gezegd – dat dit geen relevant verschil was, omdat de AFM op die vraag geen inhoudelijk antwoord had gegeven maar de vraagsteller had verwezen naar een ter zake deskundig adviseur en zo’n vraag de door de AFM beboete feitelijk leidinggever dus ook niet verder zou hebben geholpen. Het CBB heeft al met al besloten om, gelet op de wijze waarop de AFM in een rechtens vergelijkbaar geval had opgetreden, de boete wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel te herroepen.

Vornoemde uitspraak, althans de eerdere beslissing van de AFM om in één geval van overtreding van artikel 5:2 Wft te volstaan met een waarschuwing, maakt niet dat de AFM in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt door in deze zaak over te gaan tot boeteoplegging. Een cruciaal verschil met de twee eerdere zaken is dat in de onderhavige zaak niet ter discussie staat – en ook niet serieus kan staan – dat de obligaties zijn aangeboden door ‘in een groep verbonden groepsmaatschappijen’ in de zin van het derde lid van artikel 53 Vr Wft. Onduidelijkheid over een open norm, wat aanleiding was voor de waarschuwing in de door de heer Jellema bedoelde zaak, is hier met andere woorden niet aan de orde. Ook verder zijn er inhoudelijke verschillen tussen de zaken en gaat het in deze zaak om een latere periode van overtreding met een later onderzoek door de AFM. Dit laatste is van belang, omdat een eenmalig gegeven waarschuwing in het verleden (medio 2014) de AFM niet blijvend kan worden tegengeworpen. Na het geven van die waarschuwing heeft de AFM in een vergelijkbaar geval wel besloten tot boeteoplegging (de zaak waarin de boete wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel door het CBB is herroepen) en

⁷² CBB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, r.o. 7.2.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	34 van 44

zij legt nu wederom een boete op voor overtreding van de prospectusplicht. Van willekeur in de handhavingspraktijk is kortom geen sprake.

- **Handhavingsbeleid**

De heer Jellema heeft verschillende omstandigheden aangevoerd, waaronder zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel, die volgens hem de conclusie rechtvaardigen dat het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd met het Handhavingsbeleid van de AFM zou zijn. De AFM betwist dat.

Het Handhavingsbeleid bepaalt dat de AFM bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument in een concrete zaak rekening houdt met alle relevante omstandigheden van het geval. De AFM weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af. Voor zover in het concrete geval van toepassing, houdt de AFM rekening met de omstandigheden en belangen als genoemd in paragraaf 4, onder e, van het Handhavingsbeleid, waaronder of sprake is van recidive, de mate van verwijtbaarheid, de duur van de overtreding etc. De daar genoemde omstandigheden en belangen zijn limitatief noch imperatief, zoals ook uitdrukkelijk is vermeld.

Anders dan de heer Jellema stelt, verplicht het Handhavingsbeleid de AFM er niet toe om in (een voornemen tot het opleggen van) een bestuurlijke boete te motiveren waarom zij, in het licht van de niet limitatieve en evenmin imperatieve omstandigheden en belangen die in het Handhavingsbeleid worden genoemd, kiest voor het opleggen van een bestuurlijke boete. Ook artikel 3:46 Awb verplicht de AFM daar niet toe. Waar het om gaat is dat de AFM in haar afweging tot het opleggen van een bestuurlijke boete, de in het Handhavingsbeleid genoemde omstandigheden en belangen – voor zover van toepassing – *betreft*.⁷³ Uit de motivering van het boetebesluit dient vervolgens voldoende duidelijk te blijken waarom de AFM van oordeel is dat het opleggen van een bestuurlijke boete in dat geval passend wordt geacht.⁷⁴

De AFM wijst in dit verband ten eerste op hetgeen zij hiervoor in paragraaf 5.4 heeft uiteengezet. Daaruit volgt onder meer dat het Boetebeleid feitelijk leidinggevers juist als uitgangspunt formuleert dat de AFM steeds overweegt een bestuurlijke boete op te leggen aan feitelijk leidinggevers van overtredingen door ondernemingen. Daarnaast betwist de AFM dat de hierna, door de heer Jellema aangevoerde omstandigheden aan boeteoplegging in de weg zouden staan, althans zou moeten leiden tot de toepassing van een ander handhavingsinstrument.

Recidive

De AFM betwist niet dat geen sprake is van recidive. De AFM ziet echter niet in dat een gebrek aan recidive zou maken, dat boeteoplegging niet opportuun is. Bij recidive dient op grond van de Wft het boetebedrag te worden verdubbeld. Daaruit volgt niet dat bij een gebrek aan recidive van boeteoplegging zou moeten worden afgezien.

Verwijtbaarheid

De AFM ziet niet in dat de mate van verwijtbaarheid gering zou zijn, zoals de heer Jellema heeft gesteld.

⁷³ Zoals ook uit p. 9 van het Handhavingsbeleid volgt: “Meer specifiek betekent dit dat de toezichthouders bij hun beoordeling onder meer betrekken, indien en voor zover in het concrete geval van toepassing: [...]”. Het Handhavingsbeleid is op de website van de AFM gepubliceerd.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb Rotterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1308, r.o. 5.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	35 van 44

De AFM stelt vast dat de heer Jellema op de hoogte was van de voorwaarden om een beroep te kunnen doen op de vrijstelling in artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud), althans daarmee bekend moet worden geacht. De heer Jellema was immers bekend met de inhoud van de informatiememoranda en in deze memoranda wordt steeds een beroep gedaan op voornoemde vrijstelling. De ratio achter deze vrijstelling is dat de kosten van het opmaken en laten goedkeuren van een prospectus niet evenredig zijn bij kleine aanbiedingen. Die ratio gaat niet meer op bij het aanbieden van bijna € 13 miljoen aan obligaties in een periode van circa anderhalf jaar. Bovendien stelt artikel 53, derde lid, Vr Wft expliciet dat aanbiedingen die binnen een groep worden gedaan dienen te worden opgeteld. Juist nu ZP 1 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 zich alle beriepen op deze vrijstelling en de heer Jellema zich heeft kunnen en moeten realiseren dat de verschillende entiteiten deel uitmaken van een groep, is het verwijtbaar dat hij zich kennelijk wel heeft vergewist van artikel 53, tweede lid, Vr Wft (oud), maar niet van het daaropvolgende artikellid.

De heer Jellema heeft er ook nog op gewezen dat het vrijstellingsbedrag als bedoeld in artikel 5:3, tweede lid, Vr Wft per 1 oktober 2017 is verhoogd van € 2,5 miljoen naar € 5 miljoen. Deze verhoging, wat daar verder ook van zij, gold niet ten tijde van onderhavige overtreding. Bovendien gaat de heer Jellema eraan voorbij dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in totaal voor bijna € 13 miljoen aan obligaties hebben aangeboden in een periode van circa anderhalf jaar. Oftewel, ook als het hiervoor genoemde, verhoogde vrijstellingsbedrag in de periode van overtreding van toepassing zou zijn geweest, zou alsnog sprake zijn van een overtreding van artikel 5:2 Wft.

Benadeling obligatiehouders

De heer Jellema stelt dat obligatiehouders niet zijn benadeeld. Zij zouden in de positie zijn om de grond te gelde te maken wanneer Zonneperceel tekort komt. De aflossing van obligatiehouders in een aantal Zonneperceel-entiteiten heeft ook reeds plaatsgevonden of vindt op korte termijn plaats.

De AFM merkt op dat voor het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete niet vereist is dat de AFM aantoonbaar dat obligatiehouders of andere betrokken partijen zijn benadeeld. Tegelijk is de AFM van oordeel dat de overtreding van artikel 5:2 Wft maakt, dat obligatiehouders wel als benadeeld beschouwd kunnen worden in de zin dat zij ten onrechte geen kennis hebben kunnen nemen van een wettelijk verplicht prospectus. Het is niet uitgesloten dat wanneer zij daar wel kennis van hadden kunnen nemen, zij een andere beslissing hadden genomen met betrekking tot de obligaties.

Genoten voordeel

De heer Jellema stelt dat hij geen voordeel heeft genoten door de overtreding. De aanbiedingen zijn gedaan om de zonneparken aan te leggen die nodig zijn voor de energietransitie.

De AFM heeft niet kunnen vaststellen of en zo ja in welke mate de heer Jellema voordeel heeft genoten door het aanbieden van obligaties. De heer Jellema heeft in ieder geval ook niet aangetoond dat hij – ondanks het gegeven dat hij bestuurder is van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 en de obligatiehouders hun inleg hebben overgemaakt naar deze entiteiten – geen voordeel heeft genoten door de overtreding. Dat de aanleg van de zonneparken noodzakelijk zou zijn voor de energietransitie rechtvaardigt, wat daar verder ook van zij, uiteraard ook niet dat overtredingen worden begaan.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	36 van 44

Beëindiging van de overtreding

De heer Jellema stelt dat ‘Zonneperceel’ direct na het bezoek van de toezichhoudende afdeling van de AFM de uitgifte van obligatieleningen heeft beëindigd. De door de heer Jellema betwiste overtreding zou aldus op eigen initiatief zijn beëindigd. De AFM merkt hierover op dat het op *eigen initiatief* beëindigen van een overtreding veronderstelt, dat daar niet eerst een bezoek van de AFM aan vooraf gaat. Maar ook als de overtreding op eigen initiatief zou zijn beëindigd, is artikel 5:2 Wft in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 bij herhaling overtreden. De heer Jellema heeft daar steeds feitelijk leiding aan gegeven.

Duur van de overtreding

De heer Jellema stelt dat de AFM aanvankelijk niet zou hebben opgestreden tegen de overtreding, in welk verband wordt gewezen op de brief van de AFM van 21 april 2016⁷⁵ over de Whc. De heer Jellema leidt daaruit af dat de AFM het reilen en zeilen van ‘Zonneperceel’ toen reeds volgde, maar niet optrad tegen de vastgestelde overtreding. Als de AFM de zienswijze van de heer Jellema goed begrijpt, stelt hij ook dat omdat de AFM haar onderzoek op 4 april 2017 zou zijn aangevangen, de AFM niet kan oordelen dat de overtreding (tevens) heeft plaatsgevonden in de periode van 1 april 2016 tot 4 april 2017.

De AFM heeft op 21 april 2016 een brief gestuurd waarin zij Zonneperceel B.V. (oftewel ZP 1) in algemene zin heeft gewezen op de verplichtingen in de Whc. Dat heeft zij gedaan naar aanleiding van de constatering dat ZP 1 een beroep deed op de vrijstellingsregeling, welk beroep onverlet laat dat de Whc van toepassing is. De AFM heeft in deze brief niet geoordeeld dat ZP 1 al dan niet terecht een beroep deed op de vrijstellingsregeling. De AFM heeft uiteindelijk ook niet vastgesteld dat ZP 1 artikel 5:2 Wft heeft overtreden. De heer Jellema kan dan ook niet op grond van deze brief concluderen dat de AFM niet heeft opgetreden tegen een haar (vermeend) kenbare overtreding. De AFM heeft pas na haar onderzoek dat op 4 april 2017 aanving, vastgesteld dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 de Wft overtraden.

De omstandigheid dat de AFM op enig moment een onderzoek begint, betekent ook niet dat de AFM niet tot de conclusie kan komen dat vóór de aanvang van het onderzoek een overtreding is begaan, althans aangevangen.

Medewerking aan het onderzoek

De heer Jellema stelt dat hij verhinderd was tijdens het onderzoek ter plaatse en daarna nooit meer is benaderd om enige vorm van medewerking aan het onderzoek te verlenen. De AFM ziet niet in, en de heer Jellema onderbouwt ook niet, dat de AFM hierom van boeteoplegging af zou moeten zien. De AFM verwijst volledigheidshalve naar hetgeen zij in paragraaf 5.3 heeft opgemerkt over het horen van de heer Jellema.

Financiële draagkracht

Zoals de AFM hierna in paragraaf 6.2 toelicht, matigt de AFM de op te leggen boete mede op grond van draagkracht. De AFM ziet niet in, gelet op de (beperkte) gegevens die de heer Jellema ten aanzien van zijn

⁷⁵ Bijlage 13.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	37 van 44

draagkracht heeft overgelegd, dat de draagkracht van de heer Jellema geheel aan boeteoplegging in de weg zou staan.

Economisch effect maatregel

De heer Jellema stelt dat het opleggen (en publiceren) van een bestuurlijke boete vergaande economische gevolgen voor hem, 'Zonneperceel' en '[...]' zou (kunnen) hebben. De heer Jellema sluit niet uit dat obligatiehouders hun inleg terugvragen, de stichting haar hypotheekrecht zal uitoefenen en de gronden worden verkocht, zonder dat daarop zonneparken zijn gerealiseerd. Dit zou leiden tot een lagere opbrengst die ertoe leidt dat obligatiehouders geen of minder verhaal voor hun vordering vinden.

De AFM merkt op zij met de belangen van obligatiehouders rekening houdt. Deze belangen maken dat de AFM heeft besloten om niet ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 te beboeten, maar uitsluitend de feitelijk leidinggevers van de overtredingen door deze entiteiten. De AFM kan niet uitsluiten dat publicatie van de bestuurlijke boetes ertoe leidt dat obligatiehouders bijvoorbeeld op grond van dwaling hun overeenkomst vernietigen en hun inleg terugvragen, maar dat zij hiertoe overgaan is ook geen gegeven. De AFM is hoe dan ook van oordeel dat deze eventuele consequentie niet maakt dat boeteoplegging niet opportuun is. De heer Jellema heeft het aan zichzelf te wijten dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:2 Wft. Dat publicatie van de bestuurlijke boete mogelijk kan leiden tot de door de heer Jellema geschetste gevolgen, is dus aan hemzelf te wijten en niet aan de AFM.

Marktverstoring

Anders dan de heer Jellema lijkt te stellen, hoeft de AFM niet aan te tonen dat met de overtreding een verstoring van de markt heeft plaatsgevonden. Desondanks wijst de AFM erop dat naar haar oordeel wel sprake is geweest van een verstoring van de markt, in de zin dat bij herhaling geen prospectus is opgesteld terwijl daar wel een verplichting toe bestond. Richting (potentiële) beleggers is ten onrechte de indruk gewekt dat de aanbiedingen van ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 waren vrijgesteld van de prospectusplicht. Niet kan worden uitgesloten dat wanneer voornoemde entiteiten een prospectus hadden opgesteld, deze beleggers een andere keuze hadden gemaakt. Daarnaast is sprake geweest van een ongelijk speelveld, omdat andere aanbieders van effecten die geen beroep kunnen doen op de vrijstellingsregeling wel de kosten hebben gemaakt van het opstellen van een prospectus.

Vertrouwen in de markt

De AFM hoeft voor het opleggen van een bestuurlijke boete voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 5:2 Wft niet aan te tonen dat het vertrouwen in de markt is of kan zijn geschaad. Overigens is de AFM van oordeel dat de heer Jellema het tegendeel ook niet heeft aangetoond. Door het niet naleven van de prospectusplicht en het doen van een (onterecht) beroep op de vrijstellingsregeling kan juist het vertrouwen in de markt worden geschaad. Aan beleggers is immers de indruk gewekt dat het opstellen van een prospectus niet vereist was, terwijl dat in werkelijkheid wel verplicht was.

5.5 Conclusie

De AFM concludeert op grond van het voorgaande dat de heer Jellema feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	38 van 44

De zienswijze van de heer Jellema doet aan deze conclusie niet af en staat ook overigens niet aan boeteoplegging in de weg.

6. Besluit

6.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan de heer Jellema een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017.

6.2 Hoogte van de boete

Wettelijk systeem: basisbedrag van € 2.000.000

Voor deze overtreding geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft (oud) en artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) (oud) een basisbedrag van € 2.000.000.

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de ernst en/of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.⁷⁶ De AFM kan daarnaast het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.⁷⁷ De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder⁷⁸ en – voor zover van toepassing – met de mate van medewerking aan het onderzoek door de AFM en/of getroffen maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen.⁷⁹

Ernst en/of duur van de overtreding

De AFM is van oordeel dat er geen sprake is van feiten of omstandigheden die duiden op een verminderde of verhoogde ernst van de overtreding. De stelling van de heer Jellema dat obligatiehouders niet benadeeld zouden zijn door de overtreding, gaat zoals de AFM hiervoor heeft toegelicht in paragraaf 5.5 niet op en doet dan ook niet af aan de ernst van de overtreding.

Wat betreft de duur van de overtreding heeft de AFM hiervoor in paragraaf 5.2.3.2 toegelicht dat de overtreding van artikel 5:2 Wft herhaaldelijk is begaan in de periode van 1 april 2016 (de dag waarop de aanbidding in ZP 2 startte) tot en met 1 augustus 2017 (de dag waarop de aanbidding in ZP 9 eindigde). De AFM gaat niet mee met hetgeen de heer Jellema in zijn zienswijze over de duur van de overtreding heeft aangevoerd, zoals hiervoor in paragraaf 5.5 is toegelicht. Voor zover de heer Jellema met zijn zienswijze heeft betoogd dat de ernst van de overtreding gering is, deelt de AFM die opvatting ook niet. De AFM verwijst naar paragraaf 5.5.

⁷⁶ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

⁷⁷ Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

⁷⁸ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

⁷⁹ Artikel 1b, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, Bbbfs.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	39 van 44

De AFM ziet per saldo geen aanleiding voor een verhoging of verlaging van het basisbedrag op grond van de ernst en/of duur van de overtreding, zodat de boete voor de overtreding blijft staan op € 2.000.000.

Verwijtbaarheid van de overtreder

De AFM verwijst naar hetgeen zij hiervoor in paragraaf 5.5 heeft opgemerkt over de verwijtbaarheid. De AFM ziet geen aanleiding om op grond van de mate van verwijtbaarheid van de overtreder het basisbedrag te verlagen of te verhogen. De boete voor de overtreding blijft hiermee staan op € 2.000.000.

Draagkracht en evenredigheid

De heer Jellema stelt dat zijn draagkracht onvoldoende is om een bestuurlijke boete te voldoen van het basisbedrag van € 2.000.000 of bedragen in die orde van grootte. Bij oplegging van een boete in deze orde van grootte zal hij, aldus de heer Jellema, in dusdanige moeilijkheden komen dat hij niet meer kan voldoen aan zijn lopende verplichtingen en hij zijn faillissement zal moeten aanvragen.

Uit de door de heer Jellema verstrekte draagkrachtgegevens komt globaal het volgende beeld naar voren:

[...]

Het ligt op de weg van de heer Jellema om al hetgeen voor de bepaling van zijn draagkracht is te benoemen en te onderbouwen met actuele en verifieerbare stukken.⁸⁰ Al met al heeft de heer Jellema onvoldoende inzicht gegeven in zijn actuele financiële positie om zijn draagkracht met enige nauwkeurigheid te kunnen vaststellen. Op basis van de beschikbare gegevens kan de AFM zelfs niet goed bepalen in welke categorie uit de draagkrachttabel van het AFM-boetetoemingsbeleid⁸¹ het vermogen van de heer Jellema valt. Wel wil de AFM aannemen dat dit vermogen het grensbedrag van € 2 miljoen niet overstijgt, wat betekent dat de AFM de '10%-categorie' van toepassing verklaart en het boetebedrag op grond van draagkracht derhalve verlaagt tot € 200.000. Een boete van dit bedrag acht de AFM in dit geval echter nog onevenredig hoog. Mede gelet op de omvang van de Zonnepereel-entiteiten waarbinnen de overtreding zich heeft afgespeeld en de omstandigheid dat niettegenstaande de hiervoor vastgestelde ernst van de overtreding de impact ervan voorsnog beperkt lijkt in die zin dat niet gebleken is van financiële benadeling van obligatiehouders (waarbij uitdrukkelijk de kanttekening moet worden gemaakt dat het niet aan de AFM is om dit te onderzoeken en de AFM dit ook niet actief heeft gedaan), verlaagt de AFM het boetebedrag verder tot € 75.000.

Gelet op het voorgaande, stelt de AFM de boete vast op een bedrag van € 75.000.

De heer Jellema moet het bedrag binnen zes weken overmaken op bankrekening [...] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [...]. De heer Jellema ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

⁸⁰ Rb Rotterdam 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1667, r.o. 6, CBB 4 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:313, r.o. 6.2.4.

⁸¹ Zie: <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/maatregelen/boetehoogte>.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	40 van 44

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.⁸² Als de heer Jellema bezwaar maakt tegen dit besluit wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als de heer Jellema na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.⁸³ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, moet de heer Jellema wel wettelijke rente betalen.⁸⁴

6.3 Openbaarmaking van de boete

Omdat de AFM aan de heer Jellema een bestuurlijke boete oplegt wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:2 Wft door ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9, moet de AFM het boetebesluit zo spoedig mogelijk openbaar maken, maar niet eerder dan vijf werkdagen nadat dit aan de heer Jellema is toegestuurd.⁸⁵ Ook moet de AFM, indien van toepassing, zo spoedig mogelijk de indiening van een bezwaar door de heer Jellema tegen de bestuurlijke boete openbaar maken.⁸⁶

6.3.1 Uitzonderingsmogelijkheden

De wetgever heeft het openbaar maken van bestuurlijke boetes verplicht om deelnemers op de financiële markten te informeren en te waarschuwen. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁸⁷ Met de publicatieverplichtingen als opgenomen in art. 1:97, derde en vijfde lid, Wft wordt zo spoedig mogelijk inzicht verschaft in de actuele stand van de boeteprocedure.

Onder bepaalde omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft uitgesteld te worden of geanonimiseerd plaats te vinden. Dit is het geval voor zover:

- de openbaar te maken gegevens herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon en bekendmaking van zijn persoonsgegevens onevenredig zou zijn;
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
- een lopend strafrechtelijk onderzoek of een lopend onderzoek door de toezichthouder naar mogelijke overtredingen zou worden ondermijnd; of
- de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

Als ook een uitgestelde of anonieme publicatie de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou brengen, blijft op grond van artikel 1:98, tweede lid, Wft de openbaarmaking achterwege.

Zienswijze

De heer Jellema stelt in zijn zienswijze dat voor openbaarmaking sprake moet zijn van een specifiek belang voor de markt. Er mag niet uitsluitend sprake zijn van een normoverdracht. Daarnaast heeft de heer Jellema er op

⁸² Zie artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Awb.

⁸³ Zie artikel 1:85, eerste lid, Wft.

⁸⁴ Zie artikel 1:85, tweede lid, Wft.

⁸⁵ Zie artikel 1:97, derde lid, juncto artikel 1:100, eerste lid, Wft.

⁸⁶ Zie artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 301-303 en 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	41 van 44

gewezen dat nog niet alle zonneparken zijn gerealiseerd, dat de heer Jellema weliswaar ‘een stapje terug heeft gedaan’ maar zijn naam nog steeds verbonden is met ‘[...]’ en publicatie er toe zou leiden dat partijen zoals energiemaatschappijen en gemeenten niet meer zouden willen samenwerken met hem althans de heer [A], ‘[...]’ en de Zonneperceel-entiteiten, waardoor de realisatie van de zonneparken gevaar kan lopen. ‘[...]’ zou mogelijk haar bedrijfsvoering moeten staken, waardoor ook obligatiehouders gedupeerd kunnen worden. Volgens de heer Jellema is hierom sprake van een individuele, bijzondere situatie waarbij ‘Zonneperceel’, ‘[...]’, obligatiehouders en de heer Jellema als gevolg van de publicatie te verwachten schade en/of gevolgen zodanig uitzonderlijk zijn dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken.

De AFM ziet in deze zienswijze geen reden om de openbaarmaking uit te stellen of in anonieme vorm plaats te laten vinden. Er is ook overigens geen sprake van één van de bovengenoemde omstandigheden die aan directe en volledige openbaarmaking in de weg staat.

Publicatie is als eerste van belang om beleggers te informeren dat ZP 2 t/m 5 en ZP 7 t/m 9 in de periode van 1 april 2016 tot 1 augustus 2017 de prospectusplicht hebben overtreden en de heer Jellema hier feitelijk leiding aan heeft gegeven. Het is aan de beleggers om te beoordelen of en zo ja welke acties zij vervolgens treffen. Wanneer de AFM het boetebesluit echter niet althans geanonimiseerd openbaar maakt, zullen beleggers in het geheel niet weten dat ten onrechte geen prospectus is opgesteld voor de aanbieding. De AFM acht het informeren c.q. waarschuwen van de markt voorts van belang omdat de heer Jellema (in ieder geval via Zonneperceel XI B.V.) nog steeds actief is op de Nederlandse financiële markten. Daarnaast – en dus niet uitsluitend – dient publicatie de generale preventieve werking. In verschillende uitspraken is geoordeeld dat van volledige openbaarmaking een generale preventieve werking uitgaat, en dat volledige openbaarmaking uit een oogpunt van preventie effectiever is dan een geanonimiseerde openbaarmaking.⁸⁸

De AFM merkt verder op dat de heer Jellema in zijn zienswijze wijst op, kort gezegd, de mogelijke gevolgen van reputatieschade die door publicatie kan worden veroorzaakt, zoals het gevolg dat partijen niet meer zullen willen samenwerken met hem althans ‘Zonneperceel’ of ‘[...]’. Reputatieschade en de mogelijk daaruit voortvloeiende gevolgen zijn echter inherent aan publicatie en vormen dan ook geen individuele, bijzondere situatie die aan publicatie in de weg staat. De AFM ziet niet in dat de positie van de heer Jellema op dit punt verschilt van andere partijen aan wie een boete wordt opgelegd die vervolgens op grond van de Wft gepubliceerd wordt. Daarbij komt dat eventuele schade door de publicatie veeleer valt toe te schrijven aan het feitelijk leiding geven aan de overtreding van de norm door de heer Jellema, dan aan de genoemde publicatie. De AFM ziet dan ook niet in dat zij vanwege de door de heer Jellema geschetste, mogelijke gevolgen, af moet zien van publicatie.⁸⁹

⁸⁸ Zie Rb Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1060; CBB 1 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:352 Rb Rotterdam 20 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8197; Rb Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836, Rb Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420; Rb Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759, Rb Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173.

⁸⁹ Vgl. Vzr. Rotterdam 30 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8285, r.o. 5.1., Vzr. Rb Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8283, r.o. 13.3.

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	42 van 44

Tot slot is de AFM van oordeel dat met publicatie geen lopend strafrechtelijk onderzoek of een lopend onderzoek door de toezichthouder naar mogelijke overtredingen zou worden ondermijnd of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

6.3.2 Wijze van publicatie

De AFM publiceert de boete door de volledige tekst van het boetebesluit (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te plaatsen, onder begeleiding van onderstaand persbericht. Van het persbericht kan een Engelse vertaling worden opgenomen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst⁹⁰ en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁹¹ en een news-alert.⁹² Bij het persbericht zal een hyperlink worden opgenomen naar een eventuele uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl.

De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht opgenomen:

AFM legt boete op aan Jellema voor aanbieden obligaties Zonneperceel zonder prospectus

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 28 december 2018 een bestuurlijke boete van € 75.000 opgelegd aan de heer S. Jellema. De boete is opgelegd omdat verschillende ondernemingen onder de naam Zonneperceel obligaties aan het publiek hebben aangeboden zonder een door de AFM goedgekeurd prospectus en de heer Jellema daarvoor verantwoordelijk is.

Het aanbieden van effecten zonder een door de AFM goedgekeurd prospectus is verboden. Beleggen in effecten, zoals aandelen en obligaties, brengt risico's met zich. Met een prospectus krijgt een belegger inzicht in de risico's van de effecten en de uitgevende instelling en kan hij zijn beleggingsbeslissing baseren op alle informatie die hij daarvoor nodig heeft.

De overtreding

In 2016 zijn onder de naam Zonneperceel verschillende ondernemingen opgericht die gronden aankochten in Nederland waarop zonneparken (weilanden met zonnepanelen) worden gerealiseerd. Onder de naam Zonneperceel werden door de verschillende ondernemingen obligaties aangeboden van € 1.000 of € 2.500 per stuk. Voor de uitgifte van obligaties is een door de AFM goedgekeurd prospectus vereist, behalve als de totale waarde van de aangeboden effecten onder een vrijstellingsgrens blijft (destijds € 2,5 miljoen, inmiddels € 5 miljoen over een periode van 12 maanden). Per onderneming kwam de waarde niet boven deze vrijstellingsgrens uit, maar omdat de verschillende Zonneperceel-ondernemingen in een groep met elkaar zijn verbonden, moeten de aanbiedingen bij elkaar worden opgeteld. De totale waarde van de aanbieding komt daarmee op bijna € 13 miljoen. Daarom gold de verplichting om een goedgekeurd prospectus beschikbaar te stellen, wat verschillende Zonneperceel-ondernemingen hebben nagelaten. Door het ontbreken van een

⁹⁰ Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

⁹¹ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁹² Persbureaus en andere instellingen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via news-alerts.

Datum 28 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 43 van 44

prospectus hebben beleggers hun beslissing om obligaties te kopen niet kunnen baseren op alle informatie die zij daarvoor nodig hadden en waar zij recht op hadden. Dat is een ernstige overtreding.

De AFM heeft besloten om de heer Jellema, gelet op zijn positie als enig bestuurder van de ondernemingen, als feitelijk leidinggever aan deze overtreding te beboeten.

Boetehoogte

De AFM vindt in dit geval een boete van € 75.000 passend. Voor deze overtreding geldt een basisbedrag van € 2 miljoen. De ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid geven in dit geval geen aanleiding voor een verhoging of een verlaging van dit basisbedrag. Wel is de boete op grond van de evenredigheid en draagkracht verlaagd tot € 75.000.

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

Het volledige besluit is te downloaden in PDF-formaat. Neem bij vragen of klachten contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0800-5400 540 (gratis).

Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen. Bij het persbericht op de website wordt onderstaande tabel geplaatst, met de datum van het boetebesluit. Als u bezwaar maakt tegen het boetebesluit, zal de AFM dat bekend maken door in de tabel ook de datum op te nemen waarop het bezwaarschrift is ontvangen.

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

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

Publicatie vindt niet eerder plaats dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot boeteoplegging aan de heer Jellema bekend is gemaakt. De publicatie wordt opgeschort als de heer Jellema verzoekt om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 Awb. Publicatie wordt dan in elk geval opgeschort, totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan of het verzoek is ingetrokken. Als de heer Jellema om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt de AFM dit per e-mail (boetefunctionaris@afm.nl) aan haar door te geven. Ook vraagt de AFM de heer Jellema dan het verzoek om voorlopige voorziening per fax toe te

Datum	28 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	44 van 44

sturen (faxnummer 020 - 797 38 33). Als de heer Jellema hiertoe niet overgaat, zal de AFM de boete openbaar maken op de wijze als hiervoor toegelicht.

6.3.3 Nadere publicatiemomenten

De AFM is op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft verplicht om zo spoedig mogelijk inzicht te geven in de actuele stand van de procedure. De AFM dient de uitkomst van een bezwaarprocedure bekend te maken, alsmede dat (hoger) beroep is ingesteld en de uitkomst daarvan, tenzij het besluit op grond van artikel 1:98 Wft niet openbaar is gemaakt. Deze brief ziet niet op genoemde latere publicaties op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft. In een later stadium zult u over nadere publicaties worden geïnformeerd.

7. Hoe kunt u bezwaar maken?

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, Postbus 11723, 1001 GS, Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per fax (faxnummer 020-797 3835) of per e-mail (e-mailadres bezwarenbox@afm.nl) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht (www.afm.nl/bezwaar). Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen dan de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Plaatsvervangend boetefunctionaris

[was getekend]
Boetefunctionaris