

Openbare versie
Aangetekend verstuurd
Finnius advocaten B.V.
mr. drs. [X]
Jollemanhof 20-A
1019GW AMSTERDAM

Datum
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 1 van 63
Telefoon 020 - 797 2431
E-mail [.....]@afm.nl
Betreft Beslissing op bezwaar de heer H.J.
Holtschoppen

Geachte heer [X],

Bij besluit van 28 december 2018 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan de heer H.J. Holtschoppen (**de heer Holtschoppen**) een bestuurlijke boete met kenmerk [kenmerk] opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) door De Waerdt Vermogensbeheer B.V. (**DWV**) (**het Boetebesluit**). Tevens heeft de AFM in het Boetebesluit een publicatiebesluit genomen, inhoudende openbaarmaking van het Boetebesluit na bekendmaking daarvan (**Openbaarmaking**). Tegen het Boetebesluit en de Openbaarmaking heeft u, namens de heer Holtschoppen, bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit en de Openbaarmaking in stand te laten, maar acht de bezwaren, voor zover deze zien op de hoogte van het boetebedrag, gegrond. Heroverweging heeft geleid tot een matiging van de boetehoogte naar € 40.000. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

I. Procedure

1. Bij brief van 17 september 2018 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan de heer Holtschoppen een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid, Wft door DWV (**het Boetevoornemen**).

2. Op 8 november 2018 heeft de heer Holtschoppen schriftelijk zijn zienswijze op dit voornemen ingediend (**de Zienswijze**).
3. Bij brief van 28 december 2018 heeft de AFM het Boetebesluit genomen, waarmee aan de heer Holtschoppen een bestuurlijke boete van € 100.000 als bedoeld in artikel 1:80 Wft is opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid, Wft door DWV over de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 (**de Boeteperiode**).
4. Op 4 januari 2019 heeft u, namens de heer Holtschoppen, pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit en de Openbaarmaking en een nadere termijn verzocht voor het indienen van de gronden van bezwaar.
5. Op diezelfde dag heeft u, namens de heer Holtschoppen, de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (**de Voorzienenrechter**) verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van het Boetebesluit en de Openbaarmaking (**het Verzoek**).
6. Bij brief van 9 januari 2019 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en de termijn voor het indienen van de gronden van bezwaar verlengd tot vier weken na de datum van de uitspraak van de Voorzienenrechter.
7. Het Verzoek is op 2 april 2019 achter gesloten deuren ter zitting behandeld.
8. Bij uitspraak van 18 april 2019 heeft de Voorzienenrechter het Verzoek grotendeels afgewezen en de AFM opgedragen om in het Boetebesluit het standpunt onleesbaar te maken dat DWV in de periode van 1 oktober 2014 tot 13 april 2016 de artikelen [.....] en [.....] van de Wft heeft overtreden en dat de heer Holtschoppen daar feitelijk leiding aan heeft gegeven (**de Uitspraak**).¹
9. Op 19 april 2019 heeft de AFM de boete op haar website gepubliceerd.
10. Op 16 mei 2019 heeft u, namens de heer Holtschoppen, de gronden van bezwaar aangevuld (**het Aanvullend bezwaar**). Daarbij heeft u aangegeven dat de heer Holtschoppen gebruik wenst te maken van het recht om gehoord te worden.
11. Op 26 juni 2019 heeft de AFM een brief gestuurd met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om

¹ De Uitspraak is op 17 mei 2019 geanonimiseerd gepubliceerd op Rechtspraak.nl (ECLI:NL:RBROT:2019:4042).

de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) tot en met 8 augustus 2019.

12. Op 1 juli 2019 heeft de hoorzitting (**de Hoorzitting**) plaatsgevonden. Van de Hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage).
13. Op 2 juli 2019 heeft de AFM per e-mail de mogelijkheid geboden aan de heer Holtschoppen om zijn vermogenspositie met aanvullende stukken te onderbouwen.
14. Op 9 juli 2019 heeft u, namens de heer Holtschoppen, per e-mail aanvullende stukken ter onderbouwing van het salaris van de heer Holtschoppen bij de AFM aangeleverd. In diezelfde e-mail heeft u de AFM verzocht om een termijn tot 30 september 2019 teneinde in staat te zijn aanvullende informatie met betrekking tot het privévermogen van de heer Holtschoppen en de financiële informatie met betrekking tot zijn onderneming [ONDERNEMING A] (**ONDERNEMING A**) aan te leveren. Daarbij heeft u, namens de heer Holtschoppen, ingestemd met enig uitstel dat de AFM behoeft om tot haar beslissing op bezwaar te komen.
15. Op 11 juli 2019 heeft de AFM per e-mail ingestemd met de verzochte termijn en de beslistermijn, op grond van artikel 7:10, vierde lid, aanhef en onder b, Awb gesteld tot na 30 september 2019 en zo lang als nadien nodig is. Daarbij heeft de AFM aangegeven ernaar te streven zo spoedig als mogelijk tot haar beslissing te komen.
16. Op 30 september 2019 heeft u, namens de heer Holtschoppen, aanvullende informatie verschaft ten behoeve van het bepalen van de draagkracht van de heer Holtschoppen. Deze informatie bevatte de meest recente belastingaangifte (van 2017), een vermogensopstelling van [ONDERNEMING A], een bankafschrift van een rekening aangehouden bij [BANK A] en een overzicht van [BANK A] met betrekking tot de koers(waarde) van [ONDERNEMING A].

II. Feiten en omstandigheden

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

17. DWV is op 30 november 1999 opgericht en in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (**KvK**) ingeschreven onder nummer 34122613. Het kantoor van DWV is sinds 20 november 2014

gevestigd op het adres Pollartstraat 1, 6041 GC Roermond.² De bedrijfsomschrijving van DWV, zoals vermeld in de KvK bevat onder meer:

“Administreren van vermogens van en voor derden, verrichten van research op gebied van beleggingen, het verlenen van beleggingsadviezen.”³

DWV beschikte van 23 april 2002 tot 5 december 2017 over een vergunning van de AFM voor het ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot financiële instrumenten. Deze vergunning is vanaf 24 juni 2004 uitgebreid met vermogensbeheer en vanaf 1 november 2007 met beleggingsadvies. DWV is een kleine beleggingsonderneming getuige het feit dat uit de jaarrekeningen van 2015 en 2016 blijkt dat bij DWV gemiddeld respectievelijk 0,3 en 2 werknemers in dienst waren op basis van een fulltime dienstverband.

Onderzoeken AFM

18. Eind 2013 heeft de AFM per brief een informatieverzoek aan DWV verstuurd. Aanleiding hiervan was de vermelding van DWV op de website van een Zwitserse onderneming [ONDERNEMING A] (**[ONDERNEMING A]**) waarin werd gesteld dat DWV een Nederlandse vestiging van [ONDERNEMING A] zou zijn. Tezamen met het feit dat DWV in haar jaarverslag over 2012 opmerkte de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A] te zullen intensiveren, wilde de AFM met haar onderzoek een oordeel vormen over de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A]. Op dat moment waren de heer [A] (**de heer [A]**) en de heer [B] (**de heer [B]**) als beleidsbepalers van DWV bij de AFM aangemeld. Van [ONDERNEMING A] was de heer Holtschoppen bestuurder en enig aandeelhouder. In haar reactie op het informatieverzoek stelt DWV onder meer dat [ONDERNEMING A] voornemens is om alle aandelen van DWV te verwerven. Dit heeft tot aanvullende vragen van de AFM geleid over deze voorgenomen overname en tevens heeft de AFM gevraagd om toelichting op enkele transacties die bleken uit de bankafschriften van DWV. Dit resulteerde in de mededeling van DWV dat de overname door [ONDERNEMING A] afhankelijk was van de voortgang van de geplande beursgang van [ONDERNEMING A] in 2014. Aangezien niet alle vragen direct zijn beantwoord heeft de AFM een rappel informatieverzoek aan DWV verstuurd. In de reactie hierop ontving de AFM, voor zover relevant, een samenwerkingsovereenkomst tussen DWV en de Spaanse onderneming [ONDERNEMING B] (**[ONDERNEMING B]**). Hieruit kwam naar voren dat [ONDERNEMING B] en DWV op 15 februari 2013 overeen zijn gekomen dat [ONDERNEMING B] cliënten zal aanbrengen bij DWV.
19. Medio 2014 is de AFM een toezichtonderzoek gestart naar DWV om inzicht te verkrijgen in de mate waarin DWV voldoet aan de eisen die worden gesteld aan beleggingsondernemingen op grond van de

² DWV was tot 15 november 2017 statutair gevestigd te Haarlem. Per 15 november 2017 is DWV blijkens het afschrift van de statutenwijziging van 15 november 2017 statutair gevestigd te Roermond.

³ Uittreksel van de KvK van 20 augustus 2018.

Wft. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de AFM op 5 augustus 2015 haar voornemen aan DWV kenbaar gemaakt om de vergunning van DWV in te trekken. De AFM was van het voorlopige oordeel dat DWV geen adequaat beleid had dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde, zoals is vereist in artikel 4:11, eerste lid, sub b, Wft. Voorts was de AFM van oordeel dat de toenmalige beleidsbepalers, de heren [A] en [B], niet geschikt waren als beleidsbepaler zoals bedoeld in artikel 4:9 Wft.

Op dit voornemen tot het intrekken van de vergunning heeft DWV een zienswijze gegeven. Hierin heeft DWV de meest recente versies van haar beleid aan de AFM verstrekt en tevens aangekondigd een indringende reorganisatie door te voeren. Deze zou moeten resulteren in de toetreding van een geheel nieuw bestuur en een nieuwe grootaandeelhouder. Tevens werd aan de AFM en De Nederlandsche Bank (**DNB**) voorgesteld om te overleggen over het reorganisatieplan voordat de kandidaat bestuurders ter toetsing aan de AFM werden voorgelegd en de vvgb-aanvraag bij DNB werd ingediend. In reactie op dit voorstel heeft de AFM op 15 september 2015 het volgende aan de gemachtigde van DWV medegedeeld:

‘Met DNB is afgestemd dat het reorganisatieplan niet los kan worden gezien van het voornemen van de AFM [AFM: tot intrekking van de vergunning] en uw zienswijze daarop. Zolang de AFM nog geen definitief besluit heeft genomen ten aanzien van de vergunningintrekking kan derhalve geen inhoudelijk standpunt worden ingenomen over het door De Waerdt voorgestelde reorganisatieplan. Een bespreking met De Waerdt over het reorganisatieplan achten de AFM en DNB in dit stadium dan ook niet zinvol.’

Op 30 september 2015 heeft de gemachtigde van DWV aan de AFM kenbaar gemaakt dat er, als onderdeel van de reorganisatie, twee nieuwe kandidaat-bestuurders zijn. Hierover heeft de gemachtigde van DWV wederom een verzoek gedaan bij de AFM om deze twee kandidaat-bestuurders vooraf te bespreken. Op 5 oktober 2015 heeft de AFM als volgt per e-mail op dit verzoek gereageerd:

‘In de e-mail van 15 september 2015 heeft de AFM aangegeven dat het reorganisatieplan niet los kan worden gezien van het voornemen van de AFM de vergunning van De Waerdt te willen intrekken en uw zienswijze daarop. Hieronder valt ook de aanmelding van de nieuwe beleidsbepalers. De AFM acht het dan ook niet zinvol om met De Waerdt in gesprek te gaan over nieuwe beleidsbepalers, alvorens de AFM een definitief besluit heeft genomen naar aanleiding van het voornemen tot intrekking van de vergunning van De Waerdt alsmede de reactie daarop van De Waerdt. Het staat De Waerdt uiteraard vrij om de nieuwe beleidsbepalers aan te melden volgens de reguliere aanmeldingsprocedure.’

20. Dit heeft erin geresulteerd dat DWV op 21 december 2015 via de reguliere aanmeldingsprocedure een volledige aanvraag heeft ingediend ter toetsing van de heer Holtschoppen en de heer [C] (**de heer [C]**) als dagelijks beleidsbepalers van DWV. Op 17 maart 2016 heeft het toetsingsgesprek met de heer Holtschoppen plaatsgevonden ten kantore van de AFM. Dit gesprek had ten doel om vast te stellen of de heer Holtschoppen voldoet aan de vereisten van geschiktheid en betrouwbaarheid zoals bedoeld in de artikelen 4:9 en 4:10 Wft. In dit gesprek is niet gebleken dat de heer Holtschoppen op dat moment niet voldeed aan de voornoemde vereisten, waardoor de AFM op 13 april 2016 tot goedkeuring van de heer Holtschoppen (en de heer [C]) als dagelijks beleidsbepaler(s) van DWV. Gelijkelijk heeft de AFM ingestemd met het terugtreden van de heren [A] en [B] als dagelijks beleidsbepalers.
21. Enige tijd voor de goedkeuring van de heren Holtschoppen en [C] als beleidsbepalers is de AFM op 15 februari 2016 door DWV geïnformeerd over de noodgedwongen terugtreding van de heer [B] als dagelijks beleidsbepaler van DWV. Zijn gezondheid stond het de heer [B] niet langer toe om als beleidsbepaler actief te zijn. Naar aanleiding van een vraag van een cliënt van DWV op 22 april 2015 en een rappelverzoek om een reactie bijna een jaar later op 7 april 2016, heeft de heer [B] op 8 april 2016 hierover het volgende aangegeven:
- 'Ik ben al geruime tijd weg bij de W [lees: DWV]. Ik voer momenteel [medische omstandigheden]. Ik kan dan ook niets voor je doen, helaas.'*
- Na een begripvolle reactie van de cliënt en de vraag wie dan zijn belangen behartigt, reageert de heer [B] op 14 april 2016 als volgt:
- 'Ik ben al meer dan een jaar ziek. Formeel heb ik eerder dit jaar opgezegd. Degene die je moet hebben is [A]. Als het nodig mocht zijn heb ik ook zijn mobiele nummer.'*
22. In december 2016 heeft de AFM opnieuw een onderzoek ingesteld bij DWV met als doel om na te gaan of DWV voldeed aan de eisen die voortvloeien uit de Wft, in het bijzonder met betrekking tot de betrouwbaarheid van de beleidsbepaler (artikel 4:10 Wft) en de integere en beheerste bedrijfsuitoefening (artikelen 4:11 en 4:14 Wft). Ten behoeve van dit onderzoek heeft de AFM op 7 december 2016 een onaangekondigd onderzoek ter plaatse verricht bij DWV. Gedurende het onderzoek heeft de AFM onder meer gesprekken gevoerd met de heren Holtschoppen en [C]. Voorts heeft de AFM van de volgende documenten een kopie meegenomen:
- Cliëntendossiers;
 - Personeelsadministratie;
 - Medewerkershandboek;

- Klachtenadministratie;
- Urenregistratie van de heer [C]
- Diverse interne procedurebeschrijvingen; en
- E-mailboxen van de heer [C] en info@dewaerdt.nl

Een week na het onaangekondigde onderzoek ter plaatse heeft de AFM een informatieverzoek aan DWV verstuurd. Hierin verzocht de AFM aan DWV om informatie te verstrekken ten aanzien van haar personeel, de gebruikte e-mailadressen en de e-mailboxen waar deze e-mailadressen aan gekoppeld zijn. Toen bleek dat niet alle vragen van de AFM door DWV waren beantwoord heeft de AFM gerappelleerd en later telefonisch contact gezocht, alvorens de gevraagde gegevens door DWV werden verstrekt. Deze informatie vormde, tezamen met de reacties vanuit DWV op de gespreksverslagen van de tijdens het onderzoek ter plaatse gehouden gesprekken, aanleiding voor de AFM om op 8 februari 2017 een aanvullend informatieverzoek aan DWV te versturen. Hierin heeft de AFM aangegeven welke informatie ontbrak en een termijn tot en met 24 april 2017 gesteld voor het aanleveren van de ontbrekende informatie. Even daarvoor heeft de AFM een informatieverzoek verzonden aan [BANK B] (**[BANK B]**) om informatie te verstrekken over een bankrekening welke op naam van DWV werd aangehouden. Deze informatie is op 3 april 2018 door [BANK B] verstrekt. Op 24 april 2017 heeft de AFM een reactie van DWV op het rappel informatieverzoek ontvangen.

23. De informatie over DWV die is vergaard in de periode tussen december 2016 en april 2017 maakte het mogelijk voor de AFM om de reeds daarvoor ontvangen informatie in een volledige context te plaatsen. Met name het overzicht van de e-mailboxen van de bij DWV betrokken personen, waar op 14 december 2016 door de AFM om is gevraagd, heeft hieraan bijgedragen.
24. De over de verschillende perioden vergaarde informatie vormde in samenhang gezien aanleiding voor de AFM om bij brief van 17 augustus 2017 haar voornemen tot intrekking van de vergunning aan DWV kenbaar te maken. Naar aanleiding van dit voornemen heeft DWV een zienswijze gegeven en (wederom) een wijzigingsplan voorgesteld. Beide vormden voor de AFM geen aanleiding om af te zien van het voornemen tot intrekking van de vergunning. Hierop heeft DWV op 3 november 2017 en 29 november 2017 zélf een verzoek ingediend om haar vergunning per 30 november 2017 in zijn geheel in te trekken. Per besluit van 5 december 2017, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM de vergunning van DWV ingetrokken.

Belangrijkste bevindingen

25. De bevindingen uit de voornoemde onderzoeken zijn opgenomen in het Onderzoeksrapport, welke hier als herhaald en ingelast moet worden beschouwd. Ten behoeve van de zelfstandige leesbaarheid van deze beslissing op bezwaar zijn de bevindingen hieruit slechts opgenomen voor zover zij relevant zijn bij de beoordeling van de bezwaargronden.

Zelfstandige rol van de heer Holtschoppen

26. Uit onder meer het onderzoek van de hiervoor genoemde e-mailboxen van de bij DWV betrokken personen en uit de overzichten van de binnenkomende telefonische contacten van DWV kwam de daadwerkelijke, zelfstandige rol van de heer Holtschoppen bij DWV prominent naar voren. Meer specifiek in de vertegenwoordigende functie die hij bekleedde richting samenwerkingspartners en zijn zelfstandige betrokkenheid namens DWV bij de oprichting van een geheel nieuw beleggingsfonds. Voor een uitgebreide weergave van deze feiten en omstandigheden verwijst de AFM naar het Boetebesluit. In deze beslissing op bezwaar wordt kortheidshalve met het volgende volstaan.

[ONDERNEMING B]

27. Begin 2013 zijn DWV en de Spaanse onderneming [ONDERNEMING B] een overeenkomst met elkaar aangegaan waarin is afgesproken dat [ONDERNEMING B] cliënten zal aanbrengen bij DWV, in ruil voor een financiële vergoeding. Uit het e-mailonderzoek van de AFM is gebleken dat er in de periode tussen september 2014 en augustus 2016 een omvangrijke e-mailcorrespondentie heeft plaatsgehad met [ONDERNEMING B], waarbij het contact namens DWV steevast werd onderhouden door de heer Holtschoppen. Ook uit het overzicht van de binnenkomende telefonische contacten blijkt dat [ONDERNEMING B] over diezelfde periode regelmatig heeft gebeld met DWV met het verzoek om de heer Holtschoppen te spreken. Dat de heer Holtschoppen DWV in deze contacten zelfstandig vertegenwoordigde blijkt onder meer uit de e-mail van [ONDERNEMING B] aan de heer [A], waarbij onder meer wordt aangegeven: *'De afspraak die ik met Jochen Holtschoppen tijdens mijn bezoek van 27-02-2015 gemaakt heb betreffende \$5,00-vergoeding voor de toen nog lopende klanten bij [ONDERNEMING C] was onder de vooruitzetting dat deze dan onder de Haftung van "De Waerdt Vermogensbeheer" zouden vallen'* [onderstreping AFM].

In diezelfde e-mail blijkt dat er onduidelijkheid en onenigheid is tussen [ONDERNEMING B] en DWV over de aard van de overeenkomst en de vergoedingen waar [ONDERNEMING B] op grond van deze overeenkomst recht op meent te hebben. Eveneens komt de rol van [ONDERNEMING A] hierin ter sprake.

‘Wat schetst mijn verbazing, beide cliënten zijn later door de Waerdt gebeld met de mededeling dat zij [...] niet meer onder de Haftung van De Waerdt vallen.

[...]

Tijdens een eerder bezoek in januari had ik een provisie overeenkomst bij mij tussen [ONDERNEMING B] en De Waerdt. Deze moest ik vervolgens aan [ONDERNEMING A] sturen, hierop heb ik nooit antwoord gehad’.

Het voorgaande heeft ertoe geleid dat [ONDERNEMING B] op 17 augustus 2015 twee e-mails met facturen heeft gestuurd aan DWV. Deze facturen worden vervolgens doorgestuurd naar het e-mailadres ceo@[ONDERNEMING A]-trust.ch van de heer Holtschoppen. Het betreft facturen van [ONDERNEMING B] aan DWV over de periode van 3 april 2013 tot 2 juni 2014 van in totaal 419.500,64 US Dollar. Uit de bankafschriften van DWV blijkt dat DWV over deze periode een bedrag van € 61.365,28 aan [ONDERNEMING B] heeft betaald.

[ONDERNEMING D]

28. De samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING B] beperkte zich echter niet tot de hierboven overeengekomen aanbrengvergoedingen. Zo worden in januari 2015, dus lang voordat de heer Holtschoppen als beleidsbepaler is aangemeld, de eerste stappen door de heer Holtschoppen ondernomen om, namens DWV en in samenwerking met [ONDERNEMING B] een beleggingsfonds op te richten, genaamd [ONDERNEMING D]. Dit beleggingsfonds zal beheerd gaan worden door [ONDERNEMING E], waarvan de heer [D] (**de heer [D]**) onderdeel uitmaakt van de directie. DWV zal optreden als adviseur van het beleggingsfonds. Uit de vastlegging van de telefonische contacten is gebleken dat de heer [D] op 8 januari 2015 contact heeft opgenomen met DWV. Hierin is aangegeven dat hij voor de heer Holtschoppen belt met een vraag over het fonds en de resterende stukken die hiervoor moeten worden aangeleverd. Ook vanuit [ONDERNEMING B] wordt contact gezocht met de heer Holtschoppen over het beleggingsfonds. Zo geeft [ONDERNEMING B] aan te wachten op een schriftelijke bevestiging dat zij voor 50% mede-eigenaar is van [ONDERNEMING D]. Eveneens geeft [ONDERNEMING B] aan dat zij in januari [AFM: 2015] een bedrag van € 5.000,- heeft overgemaakt aan [ONDERNEMING A], de onderneming van de heer Holtschoppen, voor het gemeenschappelijke beleggingsfonds.

[ONDERNEMING F]

29. In ieder geval in de periode van december 2014 tot en met maart 2015 heeft er een samenwerking plaatsgevonden tussen DWV en [ONDERNEMING F] (**[ONDERNEMING F]**), waarbij DWV provisies heeft ontvangen van [ONDERNEMING F]. Dit is gebleken uit de bankafschriften van DWV, waarop te zien is dat DWV op 5 februari 2015 en 2 maart 2015 in totaal een bedrag van € 985,93 heeft ontvangen van [ONDERNEMING F] onder vermelding van ‘USD comm.’ en ‘EUR comm.’. Voorts is

gebleken van een samenwerking tussen [ONDERNEMING F] en [ONDERNEMING A], waarbij [ONDERNEMING F] analysewerkzaamheden heeft verricht voor [ONDERNEMING A] en hiervoor een vergoeding van [ONDERNEMING A] heeft ontvangen. De verwevenheid tussen beide samenwerkingen blijkt wel uit het feit dat [ONDERNEMING F] zich in haar e-mailcontacten inzake de samenwerking met DWV (ook) steevast wendt tot de heer Holtschoppen via het e-mailadres ceo@[ONDERNEMING A]-trust.ch.

Overige omstandigheden

30. De zelfstandige rol van de heer Holtschoppen ten aanzien van deze samenwerkingen wordt bevestigd door het overzicht van het binnenkomende telefoonverkeer bij DWV. Het binnenkomende telefoonverkeer op het vaste telefoonnummer werd door DWV uitbesteed aan [ONDERNEMING G] ([ONDERNEMING G]). [ONDERNEMING G] rapporteerde de binnengekomen gesprekken van DWV en legde vast wie er had gebeld, op welke dag en tijd, naar wie deze persoon op zoek was en in sommige gevallen de reden waarom iemand had gebeld. Uit dit, reeds in het Boetebesluit opgenomen, overzicht valt op te maken dat de heer Holtschoppen veelvuldig is benaderd door de hierboven genoemde samenwerkingspartners. Over de periode van 6 oktober 2014 tot en met 18 oktober 2016 is 95 keer contact gezocht met de heer Holtschoppen. Dit staat in schril contrast met het aantal keren dat over nagenoeg dezelfde periode contact is gezocht met de (aangemelde) beleidsbepalers de heren [A] en [B], te weten respectievelijk 31 en 11 keer.⁴

Belangenverstrengeling en belangenconflicten bij DWV

31. Uit de hierboven genoemde onderzoeken is, naast de zelfstandige rol van de heer Holtschoppen, de daadwerkelijke verhouding tussen DWV en [ONDERNEMING A] naar voren gekomen. De papieren werkelijkheid zou, blijkens de door DWV verstrekte reacties op de informatieverzoeken van de AFM, bestaan uit een samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A], waarbij [ONDERNEMING A] administratieve- en secretariële ondersteuning bood aan DWV.

Verwevenheid bedrijfsvoering

32. Dat de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING A] niet alleen bestond uit de voorgestelde administratieve en secretariële ondersteuning is onder meer gebleken uit de sterke verwevenheid in de bedrijfsvoering van beide ondernemingen. Zo zijn DWV en [ONDERNEMING A] op 1 september 2014 formeel een overeenkomst aangegaan waarin is overeengekomen dat [ONDERNEMING A] een beursgang voorbereidt die in 2015 gestalte moet krijgen en waarbij DWV als adviseur en fondsenwerver betrokken is. DWV ontvangt voor deze inspanningen een vergoeding ter hoogte van CHF 100.000,- (zegge: honderdduizend Zwitserse Frank), welke [ONDERNEMING A] zal uitbetalen in

⁴ Voor de volledigheid wijst de AFM erop dat de periode van de heer [B] loopt van 13 oktober 2014 tot en met 27 januari 2016.

de vorm van 50.000 aandelen [ONDERNEMING A] met een intrinsieke waarde van CHF 2,- (zegge: twee Zwitserse Frank) per stuk. Het is vanaf dit moment dat de belangen van DWV en [ONDERNEMING A], voor zover mogelijk, nog verder met elkaar verstrengelen. Hier gaat de AFM later in deze beslissing op bezwaar verder op in. Voorts blijkt de verwevenheid uit het feit dat DWV gebruik maakt van de IT-diensten van [ONDERNEMING A].⁵

33. De verwevenheid tussen DWV en [ONDERNEMING A] wordt bijvoorbeeld zichtbaar wanneer wordt gekeken naar de financiële verhoudingen tussen beide ondernemingen. Zo lieten de bankafschriften van DWV zien dat DWV vrijwel geen andere inkomsten had dan de gelden die zij ontving van [ONDERNEMING A]. Daar komt nog bij dat [ONDERNEMING A] de kosten droeg voor het toezicht van de AFM op DWV en zelfs vorderingen betaalde die cliënten op DWV hadden. Zo is uit de klachtenadministratie gebleken dat een schikking is getroffen tussen een cliënt van DWV en DWV voor een bedrag van € 35.000,- en dat dit bedrag door [ONDERNEMING A] is betaald. De financiële verwevenheid tussen DWV en [ONDERNEMING A] heeft ertoe geleid dat de accountant van DWV ([ONDERNEMING H]) een verklaring van oordeelonthouding heeft afgegeven over het boekjaar 2016. Hierover heeft DNB medio 2017 nadere vragen aan [ONDERNEMING H] gesteld, waarop zij het volgende heeft geantwoord:

'Er is sprake van geen of nauwelijks functiescheiding

De directeur-groootaandeelhouder [AFM: de heer Holtschoppen] kan iedereen binnen de onderneming overrulen.

[...]

Hierdoor kan onvoldoende zekerheid gegeven worden over de volledigheid van de omzet en de daarmee samenhangende posten in de jaarrekening. Hierdoor is het niet mogelijk om tot een goedkeurende accountantsverklaring te komen'

34. Dat het cliënten en marktpartijen ook niet altijd duidelijk was met welke onderneming zaken werd gedaan, blijkt uit het volgende. Uit het klachtdossier van de heer [E] kwam bijvoorbeeld naar voren dat hij een vermogensbeheerovereenkomst is aangegaan met DWV. Vervolgens blijkt uit een brief van de depotbank [BANK C] dat zij in de veronderstelling is dat de heer [E] als cliënt is aangebracht door [ONDERNEMING A] en dat [ONDERNEMING A] zal bemiddelen bij de verdere activiteiten. In een soortgelijk geval heeft een andere cliënt ter verduidelijking alle gegevens opgevraagd van [ONDERNEMING A] en DWV en is er een kennismakingsgesprek met de heer Holtschoppen ingepland.

⁵ Zie hiervoor pagina 34 van het Onderzoeksrapport.

35. Er waren echter ook samenwerkingspartners waarbij de verwevenheid tussen DWV en [ONDERNEMING A] wel degelijk bekend was. Zo heeft het reeds hiervoor genoemde [ONDERNEMING B] bijvoorbeeld aan [ONDERNEMING A] verzocht om brochures van DWV te verzenden, daar [ONDERNEMING B] mogelijk nieuwe cliënten voor DWV had.
36. Deze grote mate van verwevenheid maakt dat er een niet te verwaarlozen kans bestaat dat de belangen van DWV, [ONDERNEMING A] en de heer Holtschoppen in het bijzonder door elkaar heen gaan lopen. Ter voorkoming van eventuele schade voor (en in het vertrouwen van) cliënten heeft de wetgever daarom in artikel 4:11, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Wft bepaald dat een beleggingsonderneming een adequaat beleid dient te voeren dat een integere uitoefening van zijn bedrijf waarborgt en waaronder wordt verstaan dat belangenverstremming wordt tegengegaan. In het verlengde daarvan heeft de wetgever in artikel 4:88 Wft bepaald dat een beleggingsonderneming adequate maatregelen treft ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten. Op grond van artikel 167a (oud) Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (**Bgfo**) dient een beleggingsonderneming dit beleid schriftelijk vast te leggen, te implementeren en in stand te houden.

Beschreven beleid ten aanzien van belangenverstremming en belangenconflicten

37. Vragen van de AFM medio 2014 over de aanwezigheid van zulk beleid werden door DWV ontkennend beantwoord. Naar aanleiding van de voorgenomen intrekking van de vergunning heeft DWV op 2 november 2015 een nieuwe AO/IC verstrekt. Hierin stond een beleid opgenomen dat betrekking had op enkele potentiële belangenconflicten. Hoewel dit beleid de ruimte liet voor het omschrijven van potentiële gevaren binnen de groep van ondernemingen waarbinnen DWV acteerde, is deze ruimte niet nader ingevuld. Zo zijn bijvoorbeeld de mogelijke conflicten tussen DWV, [ONDERNEMING A] en de heer Holtschoppen niet geadresseerd. De samenwerking met [ONDERNEMING A] wordt in zijn geheel niet benoemd als (mogelijk) risico. Over het voorkomen en beheersen van belangenverstremming is door DWV, ook na de vragen van de AFM hieromtrent, geen beleid opgesteld.
38. In de AO/IC van juni 2016 zijn hieromtrent geen wijzigingen aangebracht. In de vermogensbeheerovereenkomsten die DWV in de periode van 2 oktober 2015 tot in ieder geval 1 november 2016 sloot met haar cliënten, stond over belangenconflicten het volgende opgenomen:

'9.5 Naar beste weten van De Waerdt is er geen sprake van belangentegenstellingen tussen De Waerdt en de Cliënt en/of tussen de Cliënt en andere Cliënten van De Waerdt onderling. Indien een dergelijke (potentiële) belangentegenstelling zich zal voordoen, zal De Waerdt de Cliënt hiervan onverwijld in kennis stellen'

Feitelijke situatie ten aanzien van belangenverstrengeling en belangenconflicten

39. Uit het onderzoek van de AFM en de feitelijke situatie is onder meer gebleken dat de belangen van DWV, [ONDERNEMING A], de heer Holtschoppen en van de cliënten van DWV bij, bijvoorbeeld, de beursgang (IPO) van [ONDERNEMING A] niet alleen verstrengeld raakten, maar ook nog eens conflicteerden. Zoals hiervoor reeds uiteengezet zijn DWV en [ONDERNEMING A] een overeenkomst aangegaan waarbij DWV als adviseur en fondsenwerver betrokken was bij de beursgang van [ONDERNEMING A]. Naast deze activiteiten van DWV is vast komen te staan dat DWV actief aandelen van [ONDERNEMING A] heeft geplaatst bij drie vermogensbeheerklanten van DWV. Dit brengt de volgende situatie met zich mee.

- Als enig aandeelhouder van [ONDERNEMING A] had de heer Holtschoppen een groot financieel belang bij een succesvolle emissie van de aandelen [ONDERNEMING A].
- DWV werd voor haar diensten rondom de IPO uitbetaald in aandelen [ONDERNEMING A] en had dus ook een direct belang bij het slagen van de IPO. De vermogensbeheercliënten van DWV hadden belang bij een zo laag mogelijke uitgifteprijs teneinde een zo hoog mogelijk rendement te kunnen behalen.

Noch uit het onderzoek van de AFM, noch uit de zienswijze op het voornemen tot boeteoplegging is gebleken dat cliënten van DWV op enige wijze zijn geïnformeerd over de belangen die DWV en de heer Holtschoppen bij de beursgang van [ONDERNEMING A] hadden en de invulling van de samenwerking in dit kader.

Rolverdeling binnen het bestuur vanaf 13 april 2016

40. Uit de e-mailbox van de heer [C] blijkt dat hij zich hoofdzakelijk bezig heeft gehouden met de boekhouding van DWV, personele zaken, administratieve zaken en de behandeling van klachten. Ook hield de heer [C] zich bezig met de structurering van de bedrijfsvoering en verrichtte hij administratieve en boekhoudkundige werkzaamheden voor [ONDERNEMING A]. De heer [C] heeft tegen de Voorzieningenrechter verklaard dat hij zes uur per week aanwezig was bij DWV om de administratie op orde te brengen.⁶

41. Voorts is gebleken dat de heer [C] diverse zaken met andere betrokkenen bij DWV afstemde. Het beantwoorden van vragen over een verzekering werd afgestemd met de heer Holtschoppen en het invullen van de Markmonitor van de AFM werd afgestemd met de heer [F] (compliance officer binnen DWV) en de heer [G] (werkzaam bij de accountant van DWV, [ONDERNEMING H]). Verder werd het akkoord voor de door mevrouw [H] gewerkte uren, afgestemd met mevrouw [I], partner van de heer Holtschoppen.

⁶ Zie hiervoor uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 11.

Bedrijfsvoering van DWV

42. Uit het jaarverslag van DWV is gebleken dat DWV per 31 december 2015 slechts over € 21,- aan liquide middelen beschikte. De omzet van DWV over het jaar 2015 bedroeg € 36.991,-. DWV maakte in 2015 echter een verlies van € 36.744,0 (na belastingen). In het algemeen, maar zeker in het licht van het voormelde, is het van groot belang dat een beleggingsonderneming haar bedrijfsvoering zodanig inricht dat een beheerste en integere bedrijfsuitoefening wordt gewaarborgd. Uit de onderzoeken van de AFM kwamen de volgende, voor deze beslissing op bezwaar relevante, feiten en omstandigheden naar voren.

Kapitaaltekort

43. Op 20 juli 2016 heeft DNB aan DWV een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom verstuurd. De aanleiding hiertoe was gelegen in de omstandigheid dat DWV sinds 31 maart 2016 een tekort had op de voor haar geldende wettelijke minimum solvabiliteitseis. Hiermee was DWV in overtreding van artikel 3:57, eerste lid Wft, juncto artikel 59, derde lid, juncto artikel 93, eerste lid, van Verordening 575/2013/EU.
44. Blijkens de notulen van de Algemene Vergadering van DWV is het kapitaaltekort per 28 september 2016 door de heer Holtschoppen hersteld. Zo hebben er op 27 juli 2016, 12 september 2016 en 20 september 2016 stortingen op de rekening van DWV plaatsgevonden van respectievelijk € 20.000,-, € 13.000,- en € 125.000,-. Op 3 oktober 2016 heeft DNB een brief aan DWV verstuurd, waarin is vastgesteld dat DWV in het tweede kwartaal een tekort van € 6.000,- had op het minimum aan te houden minimum eigen vermogen. Als gevolg van de gedane stortingen is DNB er vanuit gegaan dat DWV voldoende maatregelen heeft getroffen om structureel en doorlopend te blijven voldoen aan de gestelde kapitaaleisen. Naar aanleiding van deze brief van DNB verstuurt de heer [G] namens de accountant van DWV een e-mail aan DWV. Daarin staat het volgende opgenomen:

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

45. Ten aanzien van de wijze waarop DWV met het vereiste toetsingsvermogen omging zijn e-mails van diezelfde heer [G] aan de heer [C] tekenend. In een e-mail die werd verstuurd als toelichting op een overboeking van € 90.000,- op 4 oktober 2016 van de rekening van DWV naar de bankrekening van [ONDERNEMING A] stond het volgende:

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

In een e-mail van 7 december 2016 van de heer [G] aan DWV is het voorgaande nogmaals benadrukt:

‘Ter voorkoming van nieuwe problemen rondom het toets(eigen)vermogen is het wijsheid de financiële administratie van De Waerdt over de maanden oktober-november-december 2016 tijdig bij te werken in verband met de volgende (kwartaal)vermogenstoets per 31 december 2016.

Door jullie of door ons?

Denk er aan dat ook het begin oktober uitgeleende bedrag tijdig wordt teruggestort (dient uiterlijk 31 december a.s. (beter iets eerder) bijgeschreven te zijn op de bankrekening van De Waerdt).’

Uitspraak van de Geschillencommissie financiële dienstverlening van het Kifid

46. Op 21 juni 2016 heet de Geschillencommissie financiële dienstverlening van het Kifid (**de Geschillencommissie**) een bindende en openbare uitspraak gedaan in een conflict tussen een cliënt van DWV, de heer [J], en DWV. De Geschillencommissie acht de klacht van de heer [J] gegrond en wijst de vordering gedeeltelijk toe. DWV dient binnen vier weken na dagtekening van de uitspraak een bedrag van € 25.000,- te vergoeden aan de heer [J].
47. Uit de klachtenadministratie van DWV is gebleken dat DWV op 4 augustus 2016 in gebreke is gesteld door de heer [J] wegens het uitblijven van betaling van de toegewezen schadevergoeding. Uit de klachtenadministratie is eveneens gebleken dat de schadevergoeding tot in ieder geval 1 december 2016 niet is betaald aan de heer [J].

Bijhouden gegevens over door DWV verleende beleggingsdiensten

48. Evenzeer is uit het onderzoek van de AFM naar voren gekomen dat DWV in zeer beperkte mate gegevens bijhield over de door haar verleende beleggingsdiensten. Zo is uit het klachtdossier van de heer [K], geen cliënt meer per ultimo 2016, gebleken dat DWV niet beschikt over diverse gegevens uit zijn cliëntdossier.

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

Naar aanleiding van deze klacht heeft oud bestuurder van DWV, de heer [A], op 4 september 2016 hierover het volgende aan DWV medegedeeld:

‘Ich habe den brief gelesen und weiss das [L] mit ihm gesprochen hat in 2015. Vielleicht weiss er noch welche Absprachen gemacht sind.’

Vervolgens verwijst de heer [A] de heer [K] per brief van 15 september 2016 weer naar DWV:

‘Voor uw vragen omtrent de transacties die hebben plaatsgevonden in 2015 moet ik u toch verwijzen naar de huidige directie van de Waerdt aangezien zij, in de persoon van de heer [L], contact met u hebben gehad over uw portefeuille in 2015. Het beheer van uw portefeuille is niet “verhuisd” van Peter [B] naar mij doch naar de heer [L] aangezien ik mij nooit heb beziggehouden met portefeuillebeheer.’

49. Uit het e-mailonderzoek van de AFM is gebleken dat dit ten minste voor nog twee cliënten gold.

Behandeling van klachten door DWV

50. Tijdens het onderzoek ter plaatse op 7 december 2016 heeft de AFM de klachtenadministratie ingezien en gekopieerd. Het betreft een ordner waarin alle documenten per klacht gerangschikt worden bewaard. In de klachtenadministratie zijn zeven klachten opgenomen die DWV heeft ontvangen in de periode van 7 september 2015 tot en met 22 juli 2016.
51. Een aantal van de klachten die zijn opgenomen in de klachtenadministratie zijn niet volledig. Zo is in het klachtdossier van cliënt de heer [L] de klacht van cliënt in zijn geheel niet opgenomen. De klachtenadministratie bevat slechts de correspondentie van de gemachtigde van de heer [L] aan DWV waarin wordt getracht te komen tot een schikking. De correspondentie van DWV aan de heer [L] ontbreekt. Evenzeer valt op dat het klachtdossier van de heer [L] tevens informatie bevat uit het klachtdossier van de, eerdergenoemde, heer [J]. Uit het e-mailonderzoek blijkt dat DWV in ieder geval op 25 september 2015 reeds geïnformeerd is over de klacht van de heer [L]. Het klachtdossier van de, eerdergenoemde, heer [K] bevat slechts een brief van DWV aan de heer [K] van 30 augustus 2016, waarin DWV verzoekt om nadere informatie van cliënt en een brief van voormalig bestuurder van DWV, de heer [A], waarin laatstgenoemde de heer [K] terugverwijst naar DWV. Uit het klachtdossier blijkt niet hoe deze klacht verder is behandeld door DWV.
52. Het klachtdossier van cliënt de heer [E] bevat geen ontvangstbevestiging van de klacht. Uit het dossier blijkt alleen dat er na ontvangst van de klacht telefonisch contact is geweest tussen DWV en de heer [E]. De inhoud van dit contact is niet vastgelegd in het klachtdossier.
53. Van de zeven klachten in de klachtenadministratie zijn vier klachten, van de heren [K], [J], [N] en [O], door de heer [C] gestuurd aan de heer [A], als oud-beleidsbepaler van DWV. De heer [C] informeert, bijvoorbeeld in het dossier van de heer [K], de heer [A] als volgt:

‘Vanmorgen ontvingen wij bijgaande brief van de heer [K], gelieve de brief te behandelen’

54. De cliënten worden als volgt geïnformeerd over de verwijzing van de klacht naar de voormalig beleidsbepalers:

‘Vanaf juni 2016 zijn Dhr. H.J. Holtschoppen en ondergetekende bestuurders van De Waerdt Vermogensbeheer B.V. Wij moeten u mededelen dat wij de vragen die u stelt in uw brief niet kunnen beantwoorden omdat wij geen kennis hebben van Uw dossier en vragen aan u om contact op te nemen met de oude bestuurders De Heren [A] en [B].’

55. Uit het eerder genoemde klachtdossier van de heer [J] is gebleken dat de cliënt voor betaling van de schadevergoeding, als gevolg van de uitspraak van de Geschillencommissie van het Kifid, is doorverwezen naar de voormalig beleidsbepalers, de heren [A] en [B]. In het klachtdossier is hierover het volgende opgenomen in een brief van 17 augustus 2016 van de heer [J] aan DWV:

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

56. In diezelfde brief geeft de heer [J] eveneens aan dat de gemaakte afspraken tussen het oude en nieuwe bestuur voor hem niet relevant zijn. Deze brief wordt door DWV doorgestuurd naar de heer [A]. Op 5 september 2016 informeert DWV de heer [J] als volgt:

‘Ondergetekende zijn vanaf juni 2016 de nieuwe bestuurders van de Waerdt Vermogensbeheer en hebben met de oude bestuurders contact gehad over dit dossier. De heer [A] heeft aangegeven, persoonlijk voor betaling zorg te dragen met het verzoek meer tijd in te ruimen vanwege het vrijmaken van liquide middelen, wat betreft de heer [B], deze is [financiële omstandigheden].’

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

III. Bezwaar

58. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. Het Boetebesluit steunt op wilsafhankelijk materiaal
 - B. Geen bewijs van overtreding niet aanmelden van de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler
 - C. Het beleid van DWV werd door twee natuurlijke personen bepaald
 - D. DWV beschikte over een bedrijfsvoering die een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde
 - E. DWV beschikte over een klachtenprocedure die waarborgde dat klachten van klagers zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de termijn werden afgehandeld
 - F. Er was geen sprake van belangenverstrengeling en –conflicten
 - G. De heer Holtschoppen heeft geen feitelijk leidinggegeven aan de overtredingen
 - H. De boeteoplegging is niet opportuun
 - I. Openbaarmaking van de boete berokkend de heer Holtschoppen in onevenredige mate schade
 - J. De hoogte van de boete

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m H

59. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van de heer Holtschoppen, zal de AFM kort toelichten waarom zij in het Boetebesluit van oordeel is dat DWV in de periode van 1 oktober 2014 tot en met 25 mei 2016 geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde en waarom de AFM heeft gekozen voor het opleggen van een boete aan de heer Holtschoppen voor het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding. Dit is van belang voor de beoordeling van de bezwaargronden.
60. Daarna volgt de beoordeling van de bezwaargronden van de heer Holtschoppen, waarbij de AFM per bezwaargrond een samenvatting geeft, waarna de reactie van de AFM op die bezwaargrond volgt.

Geen beheerste bedrijfsuitoefening van DWV

61. DWV dient als beleggingsonderneming een adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt. Hieronder wordt onder meer verstaan dat wordt tegengegaan dat de onderneming wetsovertredingen begaat die het vertrouwen in de onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Deze norm is opgenomen in artikel 4:11, eerste lid, Wft. Uit de toelichting

op dit artikel blijkt dat het beleid van DWV zal moeten voorzien in de bewustwording, de bevordering en de handhaving van integer handelen binnen alle lagen van de financiële onderneming.⁷

62. DWV is een vergunninghoudende belegginsonderneming en dient zich aan de normen inzake de integere bedrijfsvoering uit deel 4 van de Wft te houden. De AFM benadrukt dat het voor het vertrouwen in de financiële markten van groot belang is dat vergunninghoudende partijen zich ook daadwerkelijk houden aan deze normen, aangezien beleggers hierop vertrouwen.
63. De AFM heeft in het Boetebesluit geoordeeld dat zich diverse overtredingen binnen DWV hebben voorgedaan. In samenhang gezien hebben zij tot het oordeel geleid dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf heeft gewaarborgd. Deze overtredingen staan uitvoerig beschreven in het Boetebesluit. In deze beslissing op bezwaar wordt daarom volstaan met een korte omschrijving van de overtredingen die ten grondslag liggen aan het Boetebesluit.

De heer Holtschoppen was voorafgaand aan de goedkeuring door de AFM reeds actief als dagelijks beleidsbepaler actief binnen DWV

64. Het belang van een integere bedrijfsuitoefening vindt zijn weerslag in onder meer de eis dat een beleggingsonderneming een voorgenomen wijziging in personen die het dagelijks beleid van de onderneming bepalen, voorafgaand dient te melden bij de AFM.⁸ Hierdoor wordt de AFM in de gelegenheid gesteld om te bepalen of de betreffende beleidsbepaler voldoet aan de eisen van geschiktheid en om vast te stellen dat de betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Het dagelijks beleid van een beleggingsonderneming dient namelijk bepaald te worden door personen die hiervoor geschikt zijn bevonden en waarvan de betrouwbaarheid buiten twijfel staat.⁹ Hierover mag geen twijfel bestaan, aangezien de integriteit van personen en ondernemingen die actief zijn op de financiële markten van groot belang is voor het vertrouwen in deze markten en de ondernemingen die hierop actief zijn.¹⁰ Een beleggingsonderneming geeft geen uitvoering aan haar voornemen voordat de AFM hiermee heeft ingestemd.¹¹
65. De AFM stelt voorop dat zij bij het vaststellen van de personen die het dagelijks beleid bepalen, niet alleen kijkt naar de formele situatie, maar ook naar de feitelijke situatie.¹² Onder dagelijks beleid wordt in dit verband verstaan de beleids- en besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk

⁷ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 501.

⁸ Op grond van artikel 4:26, negende lid, Wft in verbinding met artikel 95, eerste lid, Bgfo.

⁹ Op grond van de artikelen 4:9 en 4:10 Wft.

¹⁰ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 499.

¹¹ Op grond van artikel 95, tweede lid, Bgfo.

¹² Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 499-500.

uitoefenen van het bedrijf van de financiële onderneming. Dit kan niet alleen blijken uit statuten, reglementen en (aandeelhouders) overeenkomsten, maar ook uit interne afspraken of uit de feitelijke omstandigheden.

66. Uit de feiten en bevindingen heeft de AFM geconstateerd dat de heer Holtschoppen, reeds voordat hij in december 2015 door DWV bij de AFM werd aangemeld, al geruime tijd feitelijke werkzaamheden heeft verricht op grond waarvan hij kwalificeerde als dagelijks beleidsbepaler. Zo heeft de heer Holtschoppen reeds in het najaar van 2014 cliënttransacties voor DWV verricht, die bepalend waren voor de rest van het beleggingsbeleid van DWV. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de e-mail van 30 januari 2015. Uit het onderzoek van de AFM is niet naar voren gekomen dat de heer Holtschoppen zijn handelswijze afstemde met een van de statutaire (aangemelde) beleidsbepalers, terwijl daarnaast is gebleken dat de heer [B] in april 2016 heeft aangegeven al ruim een jaar niet meer bij DWV betrokken te zijn. Het beleggingsbeleid is naar het oordeel van de AFM een kernactiviteit van een beleggingsonderneming. Het verdere voor het beleid van DWV bepalende optreden van de heer Holtschoppen blijkt onder meer uit het feit dat de heer Holtschoppen namens DWV zelfstandig (prijs)afspraken maakte met samenwerkingspartners. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de ontvangen e-mail van 4 augustus 2015. Daar komt nog bij dat uit het onderzoek van de AFM naar voren is gekomen dat de heer Holtschoppen, lang voordat hij als beleidsbepaler bij de AFM werd aangemeld, namens DWV zelfstandig het initiatief heeft genomen tot de oprichting van een gezamenlijk beleggingsfonds met [ONDERNEMING B]. Dit beleggingsfonds zou onderdeel uitmaken van het verdienmodel van DWV waardoor van substantiële invloed op de langetermijnstrategie van DWV sprake was. Bovenstaande werkzaamheden maken dat de heer Holtschoppen naar het oordeel van de AFM als beleidsbepaler kwalificeerde.
67. De heer Holtschoppen heeft hierdoor geruime tijd voordat hij als beleidsbepaler bij de AFM werd aangemeld het dagelijks beleid binnen DWV bepaald. De heer Holtschoppen is echter niet voorafgaand aan deze beleidsbepalende werkzaamheden bij de AFM aangemeld ter goedkeuring. Hierdoor is de AFM niet in staat gesteld om voorafgaand te toetsen of de heer Holtschoppen voldeed aan de eisen die worden gesteld aan de geschiktheid en betrouwbaarheid van een dagelijks beleidsbepaler van een beleggingsonderneming. De omstandigheid dat de heer Holtschoppen (veel) later alsnog bij de AFM is aangemeld als beleidsbepaler en toen geschikt en betrouwbaar is geacht, doet aan de voorgaande overtreding van DWV niets af.

Het dagelijks beleid van DWV werd in de praktijk niet door ten minste twee natuurlijke personen bepaald

68. Het dagelijks beleid van een beleggingsonderneming dient te worden bepaald door twee natuurlijke personen.¹³ Met deze bepaling wordt het zogenaamde vier-ogen-principe of beginsel van een tweehoofdige dagelijkse leiding tot uitdrukking gebracht. Blijkens de wetsgeschiedenis strekt dit beginsel tot waarborging van de continuïteit en kwaliteit van de uitoefening van het bedrijf en de dienstverlening. Dit beginsel houdt eveneens in, dat bij belet of ontstentenis van een of meer personen die het dagelijks beleid bepalen, de betreffende financiële onderneming onverwijld voor vervanging dient te zorgen.¹⁴
69. Hoewel DWV formeel gezien in de periode van 13 april 2016 tot 20 september 2017 beschikte over twee statutair bestuurders, heeft de AFM in haar onderzoek vastgesteld dat het dagelijks beleid van DWV in ieder geval vanaf 13 april 2016 tot 5 december 2017 in de praktijk niet werd bepaald door twee natuurlijke personen. Zo is onder meer op geen enkele wijze gebleken dat de heer [C] zich heeft beziggehouden met de kernactiviteit van DWV, te weten het verlenen van beleggingsdiensten. De heer Holtschoppen bepaalde solitair het (beleggings)beleid, waardoor DWV in ieder geval geen invulling heeft gegeven aan het vier-ogen-principe op zulks een kernactiviteit. De AFM acht dit ernstig, aangezien een beleggingsonderneming nu juist op dit gebied de continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening moet waarborgen en het vier-ogen-principe daaraan bijdraagt. Slechts bij uitzondering en met toestemming van de AFM kan van artikel 4:83 Wft worden afgeweken. Dit kan dan slechts indien er alternatieve regelingen zijn getroffen om een gezonde en prudente bedrijfsvoering van de beleggingsonderneming en de integriteit van de markt te garanderen met in achtname van de belangen van haar cliënten. Hieruit blijkt reeds wat het belang is van deze norm volgens de (Europese) wetgever. Door de bedrijfsvoering kennelijk zo in te richten dat het mogelijk was dat besluiten die zien op de kern van de beleggingsonderneming door slechts één beleidsbepaler werden genomen, heeft DWV in strijd met deze bepaling gehandeld. Het beeld van het solistische optreden van de heer Holtschoppen werd nog verder versterkt door onder meer de oordeelsonthouding van de accountant bij de jaarrekening over het boekjaar 2016. Naar aanleiding van vragen van DNB hierover heeft de accountant expliciet aangegeven dat de heer Holtschoppen iedereen binnen DWV kan overrulen.

¹³ Zie hiervoor artikel 4:83, eerste lid, Wft.

¹⁴ *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 527 en 550.*

Geen beheerste bedrijfsvoering door DWV

70. Een beleggingsonderneming dient haar bedrijfsvoering zo in te richten dat zij hiermee een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgt. Dit betreft primair de eigen verantwoordelijkheid van de beleggingsonderneming en is in het belang van die onderneming zelf.¹⁵ Ten aanzien hiervan zijn aan beleggingsondernemingen onder meer regels gesteld omtrent de behandeling en administratieve vastlegging van incidenten.¹⁶ Op grond van artikel 24, derde lid, Bgfo dient een beleggingsonderneming de AFM onverwijld te informeren wanneer zich incidenten hebben voorgedaan. Op deze wijze wordt de AFM in staat gesteld om op basis van belangrijke signalen uit de markt invulling te geven aan haar toezichtstaak. Onder een incident wordt namelijk verstaan een *'gedraging of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf van een financiële onderneming'*.¹⁷ De AFM heeft in het Boetebesluit geoordeeld dat zich binnen DWV meerdere incidenten hebben voorgedaan en dat de AFM hierover niet is geïnformeerd.

Incidenten

71. De AFM is van oordeel dat DWV over een langere periode niet (doorlopend) heeft voldaan aan de wet- en regelgeving omtrent solvabiliteit en dat deze gebeurtenis kwalificeert als een ernstig gevaar voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV en de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt.¹⁸ Niet alleen verwijt de AFM DWV dat zij dit incident niet heeft gemeld, maar evenzeer verwijt zij DWV de wijze waarop DWV in de praktijk omging met de solvabiliteitsvereisten. Zo trachtte DWV middels stortingen van [ONDERNEMING A] te doen voorkomen dat DWV op de peilmomenten van DNB voldeed aan de solvabiliteitsvereisten. Dit bleek in de werkelijkheid echter niet (doorlopend) het geval, aangezien (grote delen van) deze stortingen daags na voormelde peilmomenten weer werden teruggeboekt naar [ONDERNEMING A].¹⁹ De AFM verwijst ter onderbouwing verder naar de e-mails van 10 oktober 2016 en 7 december 2016.²⁰
72. Deze omstandigheid brengt de continuïteit van een onderneming in gevaar en vormt daarmee een ernstig gevaar voor de integere uitoefening van het bedrijf. Daarnaast kan dit het vertrouwen in DWV ernstig schaden. Dit maakt dat de AFM in het Boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat voormelde gebeurtenis kwalificeert als een incident als bedoeld in artikel 1 Bgfo en derhalve op grond van artikel 4:14, tweede lid, Wft jo. artikel 24, derde lid, Bgfo bij de AFM gemeld had moeten worden.

¹⁵ Kamerstukken II, 2005/06, 29708, nr. 19, p. 3.

¹⁶ Kamerstukken II, 2005/06, 29708, nr. 19, p. 504-505.

¹⁷ Zie hiervoor artikel 1 Bgfo.

¹⁸ Zoals ook is geoordeeld in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 12.1.

¹⁹ Zie voor deze overboekingen pagina 35 van het Boetebesluit.

²⁰ Zie hiervoor de pagina's 35 en 36 van het Boetebesluit.

73. Daarnaast heeft zich naar het oordeel van de AFM in ieder geval nog een tweede incident binnen DWV voorgedaan. Zoals hiervoor beschreven was de financiële situatie van DWV op zijn zachtst gezegd niet rooskleurig. Dat bleek ook wel uit het feit dat DWV over het boekjaar 2015 een aanzienlijk verlies heeft geleden en op 31 december 2015 voor slechts € 21 aan liquide middelen op haar balans had staan.
74. Tegen deze achtergrond heeft de AFM in het Boetebesluit geoordeeld dat het bindend advies van de Geschillencommissie een gevaar vormde voor de continuïteit van de bedrijfsvoering en de daarmee samenhangende integrale uitoefening van het bedrijf voor DWV. Dit bindende advies zag op een verplichting voor DWV tot betaling van een schadevergoeding van € 25.000 aan een gedupeerde cliënt. Afgezet tegen het jaarverslag van 2015, komt dit bedrag neer op ruim tweederde van de omzet van DWV over het boekjaar 2015. Het feit dat deze vordering vanaf 19 juli 2016 opeisbaar was en DWV niet in staat was om aan de betalingsverplichting te voldoen, brengt met zich mee dat de vordering daarmee een bedreiging vormde voor de continuïteit van de onderneming. De onderlinge afspraak dat een voormalig bestuurder van DWV in zou staan voor de betaling, laat onverlet dat deze betalingsverplichting op DWV rustte en daarmee ook door cliënt in rechte afgedwongen kon worden. Van een dreiging voor de continuïteit van de bedrijfsvoering is derhalve onverminderd sprake geweest, waardoor dit eveneens kwalificeert als een incident dat bij de AFM gemeld had moeten worden.

Bewaarplicht

75. Een ander onderdeel van een beheerste en integrale bedrijfsvoering ziet op de verplichting van een beleggingsonderneming om gegevens bij te houden over alle door haar verleende beleggingsdiensten teneinde het toezicht op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving mogelijk te maken.²¹ Op grond van artikel 35, tweede lid Bgfo (oud) dient een beleggingsonderneming deze gegevens gedurende ten minste vijf jaar te bewaren.
76. In het Boetebesluit heeft de AFM geoordeeld dat DWV niet aan bovengenoemde bewaarplicht heeft voldaan. Deze overtreding is nimmer door de heer Holtschoppen bestreden.
77. Resumerend hebben het ontstaan en niet melden van voormelde incidenten, tezamen met de schending van de bewaarplicht door DWV tot het oordeel van de AFM geleid dat DWV haar bedrijfsvoering niet zodanig heeft ingericht dat deze een beheerste en integrale uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Daarmee heeft DWV in de periode tussen 1 oktober 2014 en 5 december 2017 artikel 4:14, eerste en tweede lid, Wft overtreden.

²¹ Op grond van artikel 4:14, tweede lid, aanhef onderdeel c, Wft jo. artikel 35 Bgfo (oud).

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

78. Een beleggingsonderneming dient zorg te dragen voor een adequate behandeling van klachten van cliënten.²² Teneinde een adequate invulling hiervan te waarborgen heeft de wetgever nadere eisen gesteld. Zo dient een beleggingsonderneming niet alleen over een klachtenprocedure te beschikken, maar dient zij er tevens zorg voor te dragen dat klachten behoorlijk worden geadministreerd en dat deze zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen een redelijke termijn worden afgehandeld.²³ Een adequate vastlegging van de klacht, alsmede van de afhandeling daarvan is van belang voor een goede interne bewaking en beheersing van het klachtenproces en de klachten zelf, alsook voor interne en externe controledoeleinden.²⁴
79. De AFM heeft op basis van diverse omstandigheden in het Boetebesluit geoordeeld dat de klachtenprocedure van DWV onvoldoende waarborgde dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen een redelijke termijn werden afgehandeld. Zo is gebleken dat in de klachtadministratie van meerdere gevallen een omschrijving van de klacht in zijn geheel ontbrak.²⁵ Eveneens is uit de klachtenadministratie in meerdere gevallen voor de AFM niet op te maken of, en zo ja, op welke wijze klachten zijn afgehandeld.²⁶ Voorts is uit de klachtenadministratie naar voren gekomen dat DWV slechts in één geval tijdig een ontvangstbevestiging naar de indiener van een klacht heeft verzonden.²⁷ Daarnaast is gebleken dat klachten van cliënten niet binnen de door DWV gestelde termijn werden afgehandeld.²⁸ Nog daargelaten dat slechts uit drie van de zeven klachtendossiers blijkt op welk moment de klacht is afgehandeld, laten twee van deze drie dossiers zien dat de afhandeling niet binnen deze termijn heeft plaatsgevonden. In het bijzonder wijst de AFM in het Boetebesluit op de afhandeling van de klacht van de heer [P]. In dat geval heeft DWV bijna negen maanden gedaan over het afhandelen van de klacht door middel van een korte afwijzende reactie. Het is de AFM niet duidelijk geworden waarom deze korte brief bijna negen maanden op zich heeft moeten laten wachten.

²² Op grond van artikel 4:17 Wft.

²³ Zie hiervoor de artikelen 39 t/m 44 Bgfo (oud).

²⁴ *Stb.* 2006, nr. 520, p. 186.

²⁵ Zie bijvoorbeeld de dossiers van cliënten [L], [J] en [O], zoals door de AFM ontvangen op 7 december 2016.

²⁶ Zie bijvoorbeeld de dossiers van cliënten [K] en [A], zoals door de AFM ontvangen op 7 december 2016.

²⁷ Zowel op grond van haar eigen klachtenprocedure alsook op grond van artikel 43, tweede lid, Bgfo geldt hiervoor een termijn van twee weken na ontvangst van de klacht.

²⁸ Hiermee heeft DWV aansluiting gezocht bij de door de wetgever doorgaans als redelijk te nemen termijn van acht weken, zoals opgenomen in artikel 43, derde lid, Bgfo.

80. Naast deze procedurele gebreken heeft de AFM in het Boetebesluit geoordeeld dat de inhoudelijke behandeling van de klachten door DWV eveneens niet voldeed aan de materiële eisen uit artikel 44 Bgfo Wft. Dit artikel bepaalt onder meer dat klachten zorgvuldig door DWV moeten worden afgehandeld. Dat dit naar het oordeel van de AFM onvoldoende is gebeurd, blijkt onder meer uit de omstandigheid dat DWV haar cliënten zonder meer heeft doorverwezen naar de voormalig beleidsbepalers van DWV. Hiermee heeft DWV naar het oordeel van de AFM afstand genomen van de op háár rustende verplichting om klachten adequaat, waaronder spoedig en zorgvuldig, af te handelen. Daar komt bij dat een door de Geschillencommissie toegewezen schadevergoeding en de daaruit voortvloeiende betalingsverplichting van DWV is afgewenteld op de voormalig beleidsbepalers. In het Boetebesluit heeft de AFM hierover geoordeeld dat dit niet getuigt van de zorgvuldigheid die op grond van artikel 4:17, eerste lid, Wft van een beleggingsonderneming wordt verwacht. Temeer nu cliënten met claims in voornoemde gevallen werden geconfronteerd met het persoonlijk faillissement van een van de voormalig beleidsbepalers.²⁹ Dat de dienstverlening waar de klachten betrekking op hebben plaatsvond voordat de heren Holtschoppen en [C] formeel als beleidsbepaler zijn aangetreden, doet niets af aan de verplichting die op DWV rust om vanaf het moment dat de klachten werden ontvangen, deze zorgvuldig en adequaat te behandelen. Daarbij merkt de AFM op dat de heer Holtschoppen in de praktijk reeds veel eerder als beleidsbepaler binnen DWV actief was.
81. Deze afzonderlijke overtredingen hebben in samenhang gezien tot het oordeel geleid dat DWV niet beschikte over een adequate klachtenprocedure die waarborgde dat klachten spoedig en zorgvuldig werden afgehandeld. Daarmee is de overtreding van artikel 4:17, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Wft voor de AFM vast komen te staan.

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

82. Een andere waarborg voor een integere bedrijfsuitoefening betreft een beleid waarmee belangenverstremming wordt tegengegaan.³⁰ Dit beleid dient zijn weerslag te vinden in procedures en maatregelen.³¹ Aan de hand van een analyse van de relevante integriteitsrisico's dient de onderneming beleid op te stellen om belangenverstremming tegen te gaan en dit beleid vervolgens uit te voeren. Onder belangenverstremming verstaat de AFM *'het risico dat persoonlijke of professionele belangen, andere dan die van de cliënt, bewust of onbewust worden meegenomen bij de dienstverlening door (medewerkers van) de beleggingsonderneming aan de cliënt'*. Het beleid

²⁹ Zie bijvoorbeeld de dossiers van cliënten [J], [K] en [N], zoals door de AFM ontvangen op 7 december 2016.

³⁰ Op grond van artikel 4:11, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Wft.

³¹ Op grond van artikel 23, eerste lid, Bgfo.

dient duidelijk te maken op welke wijze een beleggingsonderneming omgaat met persoonlijke, professionele en financiële belangen in relatie tot het omgaan met belangen van cliënten.³²

83. Uit de feiten en bevindingen is gebleken dat DWV nimmer de beschikking heeft gehad over een beleid dat belangenverstremgeling tegenging. DWV heeft geen analyse gemaakt van de risico's op belangenverstremgeling en heeft deze risico's ook niet onderkend, terwijl deze er wel degelijk waren. Dat belangenverstremgeling zich vervolgens heeft verwezenlijkt blijkt onder meer uit het volgende.
84. DWV trad enerzijds op als adviseur en fondsenwerver bij de beursgang van [ONDERNEMING A] en kreeg hiervoor van [ONDERNEMING A] een aanzienlijke vergoeding in aandelen [ONDERNEMING A]. Anderzijds heeft DWV de aandelen [ONDERNEMING A] actief aangeboden en geplaatst bij haar eigen cliënten. Deze handelswijze van DWV brengt het risico met zich mee dat haar eigen (financiële) belangen bij een beursgang van [ONDERNEMING A] worden meegenomen bij de dienstverlening aan haar cliënten. In dit licht acht de AFM het kwalijk dat er binnen DWV in zijn geheel geen beleid is gevoerd dat was gericht op het tegengaan van belangenverstremgeling.
85. Ditzelfde geldt ten aanzien van het risico op belangenverstremgeling dat bestond omtrent de oprichting en het beheer van [ONDERNEMING D]. Zo trad DWV enerzijds op als beheerder van [ONDERNEMING D] Fund en kreeg zij hiervoor een beheervergoeding, waarvan de hoogte afhankelijk was van de inleg in het fonds. Anderzijds adviseerde en promootte zij dit fonds bij haar eigen cliënten. Hierdoor bestond het risico dat de eigen (financiële) belangen van DWV, bewust of onbewust, werden meegenomen bij de dienstverlening aan haar cliënten. Deze risico's zijn nimmer geadresseerd, noch zijn de cliënten van DWV over deze belangen geïnformeerd. Wederom acht de AFM het kwalijk dat er binnen DWV geen beleid is gevoerd dat was gericht op het tegengaan van belangenverstremgeling.

DWV voerde geen adequaat beleid ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten

86. Een ander belangrijk onderdeel van een integere bedrijfsuitoefening van een beleggingsonderneming ziet op het beschikken over een adequaat beleid ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten.³³ Wanneer belangenconflicten onvermijdelijk zijn zorgt een beleggingsonderneming ervoor dat haar cliënten op een billijke wijze worden behandeld en stelt zij haar cliënten – alvorens over te gaan tot het doen van zaken – op de hoogte van een belangenconflict.³⁴ De Europese wetgever heeft middels onder meer de implementatie van de

³² *Stb.* 2006, nr. 520, p. 173.

³³ Zie hiervoor artikel 4:88, eerste lid, Wft.

³⁴ Op grond van artikel 4:88, tweede lid, Wft.

Richtlijnen 2004/39/EG (**MiFID**) en 2014/65/EU (**MiFID II**) een (zeer) groot belang gehecht aan de bescherming van de belangen van beleggers³⁵ en de daarvoor benodigde transparantie binnen de financiële sector in het bijzonder. Het volledig en juist informeren van cliënten is hiermee onlosmakelijk verbonden. Incorrect gedrag van beleggingsondernemingen kan cliënten schade berokkenen en het vertrouwen aantasten.³⁶ In Nederland heeft dit zijn weerslag gevonden in onder meer de artikelen 4:88 Wft en het gedurende de Boeteperiode geldende artikel 167a Bgfo.

87. In het Boetebesluit is geconstateerd dat DWV tot in ieder geval augustus 2015 in zijn geheel niet beschikte over een beleid ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten. Nadien is door DWV een summier beleid opgesteld waarin op geen enkele wijze de samenwerking met derden zoals [ONDERNEMING A] of de rol van de heer Holtschoppen is beschreven. Evenmin is beschreven welke omstandigheden een belangenconflict (kunnen) vormen en daarmee het risico in zich houden dat belangen van cliënten worden geschaad.

Overtredingen van DWV in samenhang bezien

88. Genoemde overtredingen hebben in samenhang bezien geleid tot het oordeel dat DWV niet beschikte over een adequaat beleid dat een integere bedrijfsuitoefening waarborgde. Zulks beleid moet voorzien in de bewustwording, de bevordering en de handhaving van integer handelen binnen een financiële onderneming³⁷ en betreft primair de verantwoordelijkheid van de onderneming en is in het belang van de onderneming zelf.³⁸ Het integer handelen van een financiële onderneming is de kern van goede financiële dienstverlening en het (toezien op) de waarborging hiervan raakt daarom het hart van het financiële toezicht. Een overtreding van artikel 4:11, eerste lid, Wft is naar het oordeel van de AFM daarom ernstig. Dit vertaalt zich ook in de omstandigheid dat deze overtreding door de wetgever is geplaatst in de hoogste boetecategorie (3).

De heer Holtschoppen heeft feitelijk leidinggegeven aan de overtredingen van DWV

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

³⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 18 en 21 MiFID.

³⁶ Zie bijvoorbeeld overweging (4) MiFID II.

³⁷ *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 501.*

³⁸ *Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 243.*

- I. een functionaris op de hoogte was van de verboden of soortgelijke gedraging door de rechtspersoon, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen;
- II. hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- III. maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.³⁹

Voor de vraag of de heer Holtschoppen als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken is van belang of zijn (voorwaardelijk) opzet is gericht op de feitelijke gedraging van DWV (het kleurloos opzet). Het (voorwaardelijk) opzet van de heer Holtschoppen hoeft niet gericht te zijn op de wederrechtelijkheid van de feitelijke gedraging.⁴⁰ Dit heeft concreet tot gevolg dat de vraag of de heer Holtschoppen wist dat met de gedraging van DWV de wet werd overtreden niet relevant is.

90. Uit de feiten en bevindingen is naar het oordeel van de AFM in het Boetebesluit naar voren gekomen dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan de bovengenoemde ernstige overtredingen van DWV.⁴¹ De heer Holtschoppen was in de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 steeds op de hoogte van de verschillende verboden of soortgelijke gedragingen door DWV, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden of soortgelijke gedragingen zich zouden voordoen. Daar komt bij dat hij deze gehele periode bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen, maar desalniettemin alle maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.
91. Alles in samenhang bezien is de AFM tot de conclusie gekomen dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan een ernstige overtreding, waardoor zij is overgegaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete van € 100.000.
92. De AFM heeft hierboven uiteengezet waarom zij in het Boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat er sprake is geweest van meerdere overtredingen en waarom de heer Holtschoppen hier feitelijk leiding aan heeft gegeven. Voorts zal de AFM hieronder overgaan tot de behandeling van de bezwaargronden voor zover relevant en niet reeds hierboven aan de orde gekomen bij de uiteenzetting en onderbouwing van de verweten gedragingen.

³⁹ Bijv. HR 16 december 1986, *NJ* 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II); CbB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256; CBB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312; CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733; CbB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327.

⁴⁰ Zoals nog eens bevestigd door het CbB op 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327 en ECLI:NL:CBB:2018:400.

⁴¹ Zie hiervoor de pagina's 90 tot en met 97 van het Boetebesluit.

A. Het Boetebesluit steunt op wilsafhankelijk materiaal

93. De heer Holtschoppen stelt zich op het standpunt dat de AFM ter onderbouwing van het Boetebesluit gebruik heeft gemaakt van gespreksverslagen die door de AFM zijn opgesteld naar aanleiding van de gesprekken die de AFM op 7 december 2016 met zowel de heer Holtschoppen als met de heer [C] heeft gevoerd ten kantore van DWV. Deze gespreksverslagen zijn een vastlegging van de mondelinge verklaringen van de heren Holtschoppen en [C], zijn opgenomen in het Onderzoeksrapport en kwalificeren als wilsafhankelijk materiaal. In de Zienswijze heeft de heer Holtschoppen gemotiveerd uiteengezet waarom wilsafhankelijk materiaal niet ten grondslag mag liggen aan de bestuurlijke boete. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen wordt deze informatie (nog steeds) ten grondslag gelegd aan het Boetebesluit. Tijdens de Hoorzitting is nader gespecificeerd welke verklaringen in het Onderzoeksrapport, naar het oordeel van de heer Holtschoppen, onterecht ten grondslag zijn gelegd aan het Boetebesluit. Kortgezegd gaat het om verklaringen over de rolverdeling binnen DWV, de afhandeling van klachten en de betrokkenheid van [ONDERNEMING A] bij de emissie van [ONDERNEMING I] in 2011.

Reactie AFM

94. In het Boetebesluit heeft de AFM kenbaar gemaakt dat de verklaringen van zowel de heer Holtschoppen als van de heer [C] uit het Onderzoeksrapport niet ten grondslag zijn gelegd aan het Boetebesluit. Tijdens de Hoorzitting heeft de heer Holtschoppen aangegeven welke informatie uit de verklaringen naar zijn oordeel alsnog ten grondslag hebben gelegen aan het Boetebesluit.

95. Het Boetebesluit steunt op de feiten zoals die op de pagina's 17 tot en met 62 van dat besluit zijn opgenomen. Hierin zijn de verklaringen waar tijdens de Hoorzitting naar is verwezen nimmer genoemd. Zo is er in het Boetebesluit geen woord gewijd aan de betrokkenheid van [ONDERNEMING A] bij de beursgang van [ONDERNEMING I]. Daar komt bij dat de AFM haar oordeel omtrent de rolverdeling binnen DWV en de afhandeling van klachten heeft gebaseerd op de feiten zoals die uit de AO/IC zijn gebleken, alsook uit het e-mailonderzoek dat de AFM nadien heeft uitgevoerd.⁴² Evenzeer werd het oordeel omtrent de rolverdeling bevestigd in de verklaring van de betrokken accountant.⁴³ Voorts merkt de AFM op dat zij haar oordeel omtrent de klachtenafhandeling van DWV heeft gebaseerd op de ontvangen klachtendossiers en de daarbij behorende e-mailwisselingen.⁴⁴ Er is dus geen informatie afkomstig uit de verklaringen ten grondslag gelegd aan de boete. De AFM kan

⁴² Zie hiervoor pagina 75 van het Boetebesluit.

⁴³ Zie hiervoor pagina 76 van het Boetebesluit.

⁴⁴ Zie hiervoor de pagina's 82 tot en met 84 van het Boetebesluit.

het bezwaar van de heer Holtschoppen dat de AFM onterecht wilsafhankelijke informatie aan het Boetebesluit ten grondslag heeft gelegd om deze redenen dan ook niet volgen. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dan ook niet tot een ander oordeel.

B. Geen bewijs van overtreding niet aanmelden van de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler

96. Voorts betwist de heer Holtschoppen dat hij in de periode voorafgaand aan zijn goedkeuring als dagelijks beleidsbepaler, reeds in die hoedanigheid actief is geweest binnen DWV. De heer Holtschoppen verwijt de AFM dat zij informatie die voormelde stelling ontkracht ongemotiveerd terzijde heeft geschoven. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst de heer Holtschoppen op de totstandkoming van de eerste contacten met DWV. Verder wijst de heer Holtschoppen op de overeenkomst die hij op 1 juni 2015 met DWV sloot, waarin werd overeengekomen dat de heer Holtschoppen beperkte ondersteuning ter uitvoering van het beleggingsbeleid van DWV zou bieden. Dat dit nimmer heeft geleid tot serieuze werkzaamheden volgt naar het oordeel van de heer Holtschoppen uit de gestelde omstandigheid dat er nimmer een vergoeding door DWV is betaald. Toen vervolgens bleek dat DWV in zwaar weer verkeerde, heeft het contact tussen de heer Holtschoppen en DWV naar eigen zeggen in het teken gestaan van het behoud van de vergunning en het realiseren van een herstart.
97. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen is op basis van deze feiten niet overtuigend aan te tonen dat de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler van DWV fungeerde. Daar komt nog bij, zo stelt de heer Holtschoppen, dat de AFM haar conclusie baseert op het aantal keren dat de heer Holtschoppen werd gebeld. Een eigen analyse van deze contacten laat zien dat de aard hiervan overwegend privé was, of dat hij werd gecontacteerd vanuit zijn hoedanigheid als bestuurder van [ONDERNEMING A]. Evenmin blijkt uit de overige contacten dat deze verband houden met beleidsbepaling binnen DWV.
98. Ter onderbouwing van het standpunt dat de heer Holtschoppen niet als beleidsbepaler van DWV actief had kunnen zijn, brengt de heer Holtschoppen tevens een analyse van zijn agenda naar voren. Daarnaast wijst de heer Holtschoppen ter verdere onderbouwing hiervan op zijn creditcardafschriften. Daaruit moet, aldus de heer Holtschoppen blijken waar hij op welke momenten verbleef, zodat niet langer volgehouden kan worden dat de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler binnen DWV actief was. Tijdens de Hoorzitting is hierover naar voren gebracht dat de heer Holtschoppen deze stukken wegens strijd met de goede procesorde helaas niet naar voren heeft kunnen brengen tijdens de voorlopige voorzieningenprocedure en dat deze derhalve niet beoordeeld zijn. Verzocht is om deze onderbouwing (alsnog) mee te wegen.

99. Voorts wijst de heer Holtschoppen erop dat de AFM, onder meer ten tijde van de voorgestelde reorganisatie, in de contacten met DWV en/of de heer Holtschoppen nimmer heeft geoordeeld dat de heer Holtschoppen actief was als niet aangemelde beleidsbepaler. Evenmin heeft de AFM hier ten tijde van de communicatie omtrent de aanmelding en goedkeuring van de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler van DWV iets over gecommuniceerd.
100. Daarbij stelt de heer Holtschoppen dat uit de verklaring van de heer [A], die als voormalig dagelijks beleidsbepaler binnen DWV actief is geweest eveneens volgt dat de heer Holtschoppen niet als dagelijks beleidsbepaler actief is geweest.⁴⁵
101. Afsluitend merkt de heer Holtschoppen op dat de omstandigheid dat voormalig dagelijks beleidsbepaler, de heer [B], vaak absent was, niet vanzelf tot het oordeel kan leiden dat de heer Holtschoppen (alleen al) daarom als dagelijks beleidsbepaler actief moet zijn geweest.
102. Tijdens de Hoorzitting heeft de heer Holtschoppen hierover nog aangegeven dat hij als directeur van [ONDERNEMING A] weet hoe het is om het beleid van een onderneming te bepalen en dat zijn werkzaamheden voor DWV hier geenszins vergelijkbaar mee zijn. Voorts heeft de heer Holtschoppen verklaard dat hij in de periode voorafgaand aan zijn goedkeuring als dagelijks beleidsbepaler van DWV uitsluitend optrad als consultant voor de handel in commodity's en derivaten. De formele betrokkenheid met DWV was *slechts* gelegen in de verhouding tussen DWV als huurder en de heer Holtschoppen als beheerder van het bedrijfspand in Roermond.

Reactie AFM

103. Niet betwist wordt dat de heer Holtschoppen bepaalde handelingen heeft verricht of e-mails heeft verstuurd. Wel wordt betwist dat de AFM uit deze feiten en omstandigheden af heeft mogen leiden dat de heer Holtschoppen daarmee kwalificeerde als dagelijks beleidsbepaler.
104. Reeds in het boeterapport en hierboven heeft de AFM gemotiveerd aangegeven wanneer iemand kwalificeert als dagelijks beleidsbepaler. Voorts heeft de AFM uitvoerig gemotiveerd waarom de heer Holtschoppen op grond van zijn feitelijke werkzaamheden substantiële invloed heeft gehad op het dagelijks beleid van DWV, waardoor hij als beleidsbepaler had te gelden en derhalve (eerder) als zodanig bij de AFM aangemeld had moeten worden. Deze feiten zijn niet betwist. De gestelde omstandigheid dat de heer Holtschoppen een overeenkomst met DWV heeft afgesloten waarin is afgesproken dat de heer Holtschoppen beperkte ondersteuning zou bieden, doet aan de

⁴⁵ Zoals opgenomen in het reeds gepubliceerde besluit van de AFM waarin zij een boete aan de heer [A] heeft opgelegd.

geconstateerde feiten en het daaraan verbonden oordeel van de AFM niets af. Evenmin maakt de omstandigheid dat de heer Holtschoppen, zoals hij zelf stelt, nimmer een vergoeding heeft ontvangen nog niet dat de heer Holtschoppen daarmee in de praktijk op grond van zijn feitelijke werkzaamheden geen substantiële invloed heeft gehad op het dagelijks beleid van DWV. En aldus niet als dagelijks beleidsbepaler zou kwalificeren.

105. Verder lijkt de heer Holtschoppen in de veronderstelling dat de AFM op basis van het aantal telefonische contactmomenten heeft geoordeeld dat de heer Holtschoppen kwalificeerde als dagelijks beleidsbepaler. Teneinde aan dit misverstand een einde te maken, merkt de AFM het volgende op. De AFM heeft het aantal telefonische contactmomenten genoemd omdat deze naar haar oordeel een inzicht geven in de interne verhoudingen bij DWV. Hierbij dient de weergave van het *aantal* telefonische contactmomenten van de heer Holtschoppen slechts ter verduidelijking van de omstandigheid dat het overgrote deel van de cliënten en samenwerkingspartners van DWV direct met de heer Holtschoppen contact zocht over zeer uiteenlopende onderwerpen, terwijl met de wél aangemelde beleidsbepalers niet of nauwelijks contact werd gezocht. Dit geeft naar het oordeel van de AFM een indicatie van de invloed van de heer Holtschoppen binnen DWV. Met de voorzieningenrechter is de AFM in heroverweging van oordeel dat uit de aangeleverde analyse van (de aard van) de telefoongesprekken niet zonder meer volgt dat een groot deel hiervan privégesprekken waren. Tevens lijkt de heer Holtschoppen (onterecht) in de veronderstelling dat de analyse van zijn agenda en creditcardgegevens niet is meegewogen in de Uitspraak. De stukken die wegens strijd met de goede procesorde niet zijn meegenomen hadden met name betrekking op het verweer tegen de belangenverstrengeling. De analyse van zijn agenda en creditcardgegevens is wel degelijk in de Uitspraak meegenomen. Met de voorzieningenrechter is de AFM na heroverweging van oordeel dat hiermee niet zonder meer kan worden aangenomen dat de heer Holtschoppen inderdaad bijna niet in Nederland was.⁴⁶ Daar komt nog bij dat, veronderstellend dat dit waar is, hiermee niet zonder meer gezegd is dat de heer Holtschoppen geen beleidsbepalende rol binnen DWV heeft vervuld.

106. Daarnaast wenst de AFM nog op te merken dat de omstandigheid dat de heer [B] gedurende een lange periode afwezig was, op zichzelf niet tot het oordeel heeft geleid dat de heer Holtschoppen (dus) als beleidsbepaler actief was. Wel is het zo dat deze omstandigheid, tezamen met het feit dat de heer [A] zich nimmer met het beleggingsbeleid bezig heeft gehouden, in samenhang gezien met de overige omstandigheden voldoende bewijs leveren van de juistheid van het standpunt dat de heer Holtschoppen voorafgaand aan zijn goedkeuring het dagelijks beleid van DWV (mede)bepaalde. De

⁴⁶ Zie hiervoor de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 10.1.

stelling dat voormalig beleidsbepaler de heer [A] een andere visie had op de rol van de heer Holtschoppen doet aan de juistheid van het standpunt van de AFM niets af.⁴⁷

107. Dat de AFM ten tijde van de voorgestelde reorganisatie nimmer heeft geoordeeld dat de heer Holtschoppen reeds als beleidsbepaler actief was binnen DWV, is eenvoudigweg te verklaren met de omstandigheid dat de daadwerkelijke aard en omvang van de activiteiten van de heer Holtschoppen binnen DWV de AFM pas bekend werden nadat zij eind 2016 het (digitaal) onderzoek is gestart. Dit is bij de aanmelding van de heer Holtschoppen als beleidsbepaler door DWV verzwegen en was derhalve (nog) niet bij de AFM bekend.

108. Op grond van het voorgaande geeft de toelichting tijdens de Hoorzitting dan ook geen aanleiding om het oordeel van de AFM te herzien. Derhalve blijft de AFM na heroverweging van oordeel dat de heer Holtschoppen wel degelijk feitelijke werkzaamheden heeft verricht waarmee hij substantiële invloed heeft gehad op het dagelijks beleid van DWV en waardoor hij als beleidsbepaler had te gelden en derhalve (eerder) als zodanig bij de AFM aangemeld had moeten worden. Heroverweging leidt aldus niet tot een ander oordeel.

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

109. De heer Holtschoppen betwist in bezwaar het oordeel van de AFM dat het beleid van DWV in de praktijk niet door twee natuurlijke personen werd bepaald. Volgens de heer Holtschoppen beschikte DWV wel degelijk over een tweehoofdige leiding, waarbij de taken werden verdeeld. In de kern komt het standpunt erop neer dat een onderlinge taakverdeling nooit tot gevolg kan hebben dat een statutair directeur geen beleidsbepaler meer is. Dit standpunt is tijdens de Hoorzitting nogmaals bevestigd. Dientengevolge kan er, naar het oordeel van de heer Holtschoppen, nimmer sprake zijn van een overtreding van artikel 4:83, eerste lid, Wft, waarin is bepaald dat ten minste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid van een beleggingsonderneming dienen te bepalen.

110. Voorts acht de heer Holtschoppen het onredelijk dat DWV wordt verweten dat zij over een korte periode niet beschikte over twee dagelijks beleidsbepalers, als gevolg van afwezigheid van de heer [C] wegens gezondheidsredenen.⁴⁸

Reactie AFM

⁴⁷ Zie hiervoor de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 10.1.

⁴⁸ De heer [C] is per 20 september 2017 afgetreden als bestuurder van DWV.

111. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. Dit licht zij als volgt toe. Reeds in het Boetebesluit is gemotiveerd aangegeven waarom de AFM van oordeel is dat het beleid van DWV in de praktijk niet door twee natuurlijke personen is bepaald. Aan die conclusie van de AFM ligt, anders dan in bezwaar wordt gesuggereerd, niet ten grondslag het enkele feit dat er binnen het bestuur taken zijn verdeeld.
112. De heer Holtschoppen miskent dat het uitsluitend beschikken over twee statutair bestuurders niet automatisch met zich meebrengt dat het beleid in de praktijk ook daadwerkelijk door twee natuurlijke personen wordt bepaald. Waar het de AFM om te doen is, is dat de taken zodanig waren verdeeld dat de gehele verantwoordelijkheid op bijvoorbeeld een kernproces zoals het uitzetten van het beleggingsbeleid was geconcentreerd bij de heer Holtschoppen die eigenstandig en zonder nadere afstemming dit beleid alleen bepaalde. In de voorlopige voorzieningenprocedure heeft de heer [C] over zijn eigen rol aangegeven gemiddeld *slechts* zes uur per week bij DWV aanwezig te zijn om de administratie op orde te brengen.⁴⁹ In navolging van het oordeel van de voorzieningenrechter, is de AFM na heroverweging van oordeel dat deze taak, hoe belangrijk op zichzelf ook, op geen enkele wijze vergelijkbaar is met het bepalen van het beleid van een onderneming.
113. Met de stelling dat een statutair directeur, ongeacht de rolverdeling, altijd beleidsbepaler is, miskent de heer Holtschoppen, wat van die stelling verder ook zij, de ratio van artikel 4:83 Wft. Dit artikel draait niet alleen om het feit dat er op papier twee beleidsbepalers zijn, maar ziet juist op de wijze waarop binnen een onderneming het beleid wordt bepaald en besluiten worden genomen. Er dient sprake te zijn van een vier-ogen-principe, zodat voor de onderneming belangrijke besluiten niet slechts door één persoon genomen kunnen worden. Daarmee wordt de continuïteit en de kwaliteit van de uitoefening van het bedrijf en de dienstverlening gewaarborgd. De enkele omstandigheid dat een onderneming twee statutair bestuurders heeft, is aldus onvoldoende om te voldoen aan artikel 4:83 Wft.
114. Evenmin kan het beroep van de heer Holtschoppen op de onredelijkheid als gevolg van de afwezigheid van de heer [C] wegens gezondheidsredenen slagen. Hoe vervelend deze situatie op zichzelf beschouwd ook is, gaat de heer Holtschoppen hier voorbij aan het feit dat de overtreding van artikel 4:83, eerste lid, Wft zich al vanaf 13 april 2016 voordeed. Naar het oordeel van de AFM is het derhalve geenszins onredelijk om deze omstandigheden als overtreding van DWV te beoordelen.
115. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt aldus niet tot een ander oordeel.

⁴⁹ Zie hiervoor uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 11.

D. DWV beschikte over een bedrijfsvoering die een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde

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

Melden van incidenten (1): kapitaaltekort

117. Zo is het de heer Holtschoppen niet duidelijk waarom het (door DNB geconstateerde) kapitaaltekort naar het oordeel van de AFM een gevaar was voor de integere uitoefening van het bedrijf. De heer Holtschoppen onderbouwt het standpunt dat er geen gevaar was met het argument dat DNB, na een voornemen daartoe, geen formele maatregel heeft genomen. Voorts erkent de heer Holtschoppen dat er, vanuit zijn hoedanigheid als aandeelhouder van DWV, kapitaalstortingen hebben plaatsgehad, maar betwist de heer Holtschoppen dat er geschoven is met gelden *'teneinde alleen op de rapportagemomenten te voldoen aan de solvabiliteitseisen'*.

Melden van incidenten (2): uitspraak van de Geschillencommissie

118. Ook ten aanzien van de uitspraak van de Geschillencommissie is het de heer Holtschoppen niet duidelijk waarom de daaruit voortgevloeide betalingsverplichting van een schadevergoeding van € 25.000 als incident zou kwalificeren en derhalve aan de AFM gemeld had moeten worden. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen vormde deze betalingsverplichting geen bedreiging voor de continuïteit van DWV. Dit motiveert de heer Holtschoppen met de omstandigheid dat er tussen DWV en voormalig bestuurder de heer [A] afspraken zijn gemaakt ter zake van de afhandeling van eventuele claims die betrekking hebben op de periode van voor 24 mei 2016 en dat deze afspraken zijn nagekomen. Daar komt naar het oordeel van de heer Holtschoppen nog bij dat het onredelijk van de AFM is geweest om bij de beoordeling mee te wegen dat voormelde uitspraak niet-geanonimiseerd is gepubliceerd op de website van het Kifid. Temeer nu het door de AFM hieraan verbonden geschetste risico zich in de praktijk niet heeft voorgedaan.

Schending van bewaarplicht

119. Voorts is de heer Holtschoppen van oordeel dat hem niet verweten kan worden dat DWV in de periode voorafgaand aan zijn formele aantreden als dagelijks beleidsbepaler onvoldoende de gegevens heeft bijgehouden over alle door haar verleende beleggingsdiensten en dientengevolge niet heeft voldaan aan de op haar rustende bewaarplicht uit artikel 35, eerste en tweede lid, Bgfo (oud). Des te meer nu de AFM, zo stelt de heer Holtschoppen, de cliëntdossiers in het kader van de voorgestelde hersteloperatie heeft beoordeeld en geen enkel bezwaar heeft gezien in het continueren van het bedrijf. Hiermee heeft de AFM naar het oordeel van de heer Holtschoppen de gerechtvaardigde verwachting gewekt *'dat er een streep onder die erfenis was gezet'*.

Reactie AFM

120. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen ten aanzien van deze drie onderdelen niet. Reeds in het Boetebesluit en hiervoor heeft de AFM gemotiveerd aangegeven waarom zij van oordeel is dat er zich wel degelijk incidenten hebben voorgedaan binnen DWV en waarom DWV de bewaarplicht heeft geschonden. De AFM onderbouwt dit achtereenvolgens als volgt.

Melden van incidenten (1): kapitaaltekort

121. Een incident is een gedraging of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf van een financiële onderneming.⁵⁰ Dit kan het vertrouwen in DWV of de financiële markten als geheel schaden. Uit het bezwaarschrift volgt dat het de heer Holtschoppen niet duidelijk is waarom het kapitaaltekort een ernstig gevaar was voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV.
122. De AFM oordeelt in het Boetebesluit dat het voornemen van DNB van 20 juli 2016 tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens een tekort in het aan te houden eigen vermogen (kapitaaltekort), mede in het licht van de wijze waarop DWV omging met haar prudentiële verplichtingen, en het negatieve resultaat over het boekjaar 2015, kwalificeert als een incident. De kapitaalstortingen door de aandeelhouder maken deze kwalificatie niet anders. Deze hadden namelijk niet tot doel om het eigen vermogen van DWV te doen toenemen om daarmee doorlopend aan de prudentiële verplichtingen te voldoen en het gevaar voor de integere bedrijfsuitoefening weg te nemen. Dit blijkt onder meer uit de vaststelling van de AFM, dat na de kapitaalstortingen voorafgaand aan de toetsingsmomenten van DNB, (grote delen van) het kapitaal weer werd teruggeboekt naar [ONDERNEMING A]. Dit is bijvoorbeeld gebeurd op 4 oktober 2016 nadat het eigen vermogen van DWV door een kapitaalstorting op 28 september 2016 was aangevuld.⁵¹ Deze handelswijze is bovendien in strijd met de afspraak die DWV met DNB had gemaakt.⁵² Immers, met DNB was afgesproken dat *agio*stortingen zouden worden gedaan, waardoor het eigen vermogen duurzaam zou worden aangevuld. De kapitaalstortingen die tot 28 september 2016 werden gedaan, waren voor DNB dan ook reden om af te zien van formele maatregelen, na het eerdere voornemen daartoe. Nu blijkt dat de gelden na de toetsingsmomenten van DNB weer werden teruggeboekt, is aan DNB door DWV een onjuiste voorstelling van zaken voorgespiegeld. Het waren immers geen agio

⁵⁰ Zie hiervoor artikel 1 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen.

⁵¹ Zie hiervoor pagina's 35 en 36 van het Boetebesluit.

⁵² Zie hiervoor de e-mail van DNB aan de AFM van 19 september 2016.

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

123. De stelling van de heer Holtschoppen dat hem niet duidelijk is waarom deze gebeurtenis kwalificeert als incident lijkt eerder blijk te geven van een onjuist normbesef dan dat dit getuigt van een onjuiste rechtsopvatting door de AFM. De betwisting van de heer Holtschoppen dat niet is geschoven met gelden *'teneinde alleen op de rapportagemomenten te voldoen aan de solvabiliteitseisen'* is niet verder onderbouwt. Niet valt in te zien waarom de AFM aan de reeds genoemde overboekingen en de bijbehorende toelichtingen uit de e-mails een verkeerde conclusie heeft verbonden.
124. Evenmin doet de omstandigheid dat DNB, na een voornemen daartoe, niet is overgegaan tot het opleggen van een formele maatregel iets af aan de omstandigheid dat het geconstateerde kapitaaltekort, naast een ernstige overtreding van artikel 3:57 Wft, een ernstig gevaar vormt voor een de integere uitoefening van het bedrijf van DWV.
125. De AFM blijft van oordeel dat het kapitaaltekort kwalificeert als een incident en dat deze aldus op grond van artikel 4:14, eerste lid, Wft jo. artikel 24, derde lid, Bgfo onverwijld door DWV aan de AFM gemeld had moeten worden.

Melden van incidenten (2): uitspraak van de Geschillencommissie Kifid

126. Evenzeer is het de heer Holtschoppen niet duidelijk waarom de openbare en bindende uitspraak van de Geschillencommissie op 21 juni 2016, waarin DWV tot betaling van een schadevergoeding van € 25.000 aan een (voormalig) cliënt werd veroordeeld, een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV. De AFM brengt hieromtrent in herinnering dat de financiële situatie van DWV op dat moment allesbehalve rooskleurig was. Niet alleen had DWV over het boekjaar 2015 een aanzienlijk verlies geleden, op 31 december 2015 had DWV voor *slechts* €21 aan liquide middelen op haar balans. Daarbij kwam de omvang van de vordering neer op tweederde van de totale omzet van 2015, maakt het feit dat de vordering vanaf 19 juli 2016 opeisbaar is geworden en DWV op dat moment niet in staat was om aan deze betalingsverplichting te voldoen, dat deze vordering daarmee een ernstig gevaar vormde voor de continuïteit van DWV. Dat er een onderlinge afspraak over de betaling van deze vordering bestond tussen DWV en haar voormalige bestuurders laat onverlet dat de betalingsverplichting op DWV rustte en daarmee ook door de cliënt in rechte afgedwongen kon worden. Dit blijkt ook wel uit de omstandigheid dat de cliënt het voornemen heeft geuit om de betaling te vorderen via een kortgeding⁵³:

⁵³ Zie hiervoor het schrijven van de heer [J] via [advocatenkantoor] aan DWV op 17 augustus 2016.

'Het voorstel laat overigens de andere helft van mijn vordering op De Waerdt Vermogensbeheer B.V. onverlet die ik nog steeds voornemens ben te vorderen in kort geding indien hier niet op korte termijn in wordt voorzien. Zoals ik al aangaf in mijn e-mail van 22 juli 2016 zijn de afspraken tussen het oude en het nieuwe bestuur van De Waerdt Vermogensbeheer B.V. voor mij niet relevant. Evenmin zijn de afspraken tussen de heren [A] en [B] voor mij relevant. [onderstreping AFM]

127. Niet gesteld en evenmin gebleken is dat de financiële positie van DWV in de eerste helft van 2016 (aanzienlijk) is verbeterd. Evenmin kan de stelling van de heer Holtschoppen dat de betalingsafpraak is nagekomen door de heer [A] worden gevolgd. Uit de correspondentie die hieromtrent heeft plaatsgevonden valt *slechts* op te maken dat een eerste (termijn)betaling door de heer [A] is gedaan, maar valt eveneens op te maken dat het resterende bedrag van € 19.665 tot in ieder geval 1 december 2016 nog steeds niet is voldaan. Dit, terwijl de bindende uitspraak van de Geschillencommissie dateert van 21 juni 2016 en de vordering reeds op 19 juli 2016 opeisbaar was geworden.
128. Onder deze omstandigheden kwalificeerde de niet geanonimiseerde en bindende uitspraak van de Geschillencommissie als een gebeurtenis die een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV. De acute betalingsverplichting vormde, gelet op de zorgwekkende financiële omstandigheden waarin DWV verkeerde, een gevaar voor de continuïteit van de onderneming. Dit incident kan het vertrouwen van de consument in DWV ernstig schaden en had op grond van artikel 4:14, tweede lid, Wft jo. artikel 24, derde lid, Bgfo onverwijld aan de AFM gemeld moeten worden. Heroverweging leidt aldus niet tot een ander oordeel.

Schending van bewaarplicht

129. Evenmin is de AFM na heroverweging van oordeel dat de heer Holtschoppen er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de schending van de bewaarplicht door DWV hem niet verweten kon worden.
130. De AFM stelt voorop dat DWV als beleggingsonderneming gegevens diende bij te houden over alle door haar verleende beleggingsdiensten teneinde het toezicht op de naleving van het wettelijke bepaalde mogelijk te maken.⁵⁴ De heer Holtschoppen betwist niet dat de dossiers niet op orde waren en evenmin de daarmee gepaard gaande schending van de bewaarplicht. Wel stelt de heer Holtschoppen zich op het standpunt dat hij er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de AFM hem deze schending niet zou verwijten. Daarbij baseert de heer Holtschoppen zich op de

⁵⁴ Op grond van artikel 35, tweede lid, Bgfo (oud).

omstandigheid dat de AFM, blijkens het bezwaarschrift, *'geen enkel bezwaar heeft gezien in het continueren van het bedrijf in de nieuwe opzet'*.

131. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is het noodzakelijk dat de AFM een concrete, ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan waaraan de gerechtvaardigde verwachting kon worden ontleend dat, in dit geval, de AFM niet handhavend zou optreden tegen eerdere wetsovertredingen. Meer specifiek tegen een wetsovertreding die heeft aangevangen voorafgaand aan de (formele) aanmelding van de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler van DWV.
132. Allereerst kan de AFM de stelling dat de AFM *'geen enkel bezwaar heeft gezien in het continueren van het bedrijf in de nieuwe opzet'* niet volgen. De enkele omstandigheid dat de AFM na de voorgenomen vergunningintrekking in 2015 niet (direct) is overgegaan tot een besluit tot vergunningintrekking impliceert op geen enkele wijze dat i) de voorgestelde nieuwe opzet aan de wettelijke eisen zou voldoen en ii) de AFM niet handhavend (meer) zou optreden tegen eerdere wetsovertredingen. Evenmin heeft de AFM op enig moment na de voorgenomen vergunningintrekking aan DWV medegedeeld dat het onderzoek is afgerond. Laat staan dat hier door de AFM een concrete, ondubbelzinnige toezegging over is gedaan. Een beroep op het vertrouwensbeginsel kan daarom niet slagen en heroverweging leidt aldus niet tot een ander oordeel.

E. DWV beschikte over een klachtenprocedure die waarborgde dat klachten van klagers zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de termijn werden afgehandeld

133. In bezwaar stelt de heer Holtschoppen dat DWV wel degelijk beschikte over een klachtenprocedure die waarborgde dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de termijn werden afgehandeld. Dit blijkt, zo stelt de heer Holtschoppen, uit het feit dat de AFM in het Boetebesluit zelf stelt dat DWV over een interne klachtenprocedure beschikte. Hierdoor kan er naar het oordeel van de heer Holtschoppen nimmer sprake zijn van een overtreding van artikel 44 Bgfo. Meer in het bijzonder wijst de heer Holtschoppen op de door de AFM verweten afhandeling van de klacht van de heer [J]. Deze afhandeling toont, zo lijkt de heer Holtschoppen te stellen, dat klachten wel degelijk adequaat werden afgehandeld. Voorts stelt de heer Holtschoppen zich (wederom) op het standpunt dat hij er ten tijde van de voorgestelde hersteloperatie gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de AFM in de voorgestelde klachtenbehandeling door DWV geen tekortkomingen heeft gezien.

Reactie AFM

134. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen dat DWV over een klachtenprocedure beschikte. Echter, anders dan de heer Holtschoppen lijkt te veronderstellen, is met het enkel beschikken over een procedure geenszins gezegd dat een beleggingsonderneming hiermee ook daadwerkelijk waarborgt dat klachten adequaat, spoedig en zorgvuldig worden afgehandeld. De norm uit artikel 4:17, eerste lid, Wft strekt nu juist tot het laatste, namelijk dat klachten adequaat, spoedig en zorgvuldig worden afgehandeld. Onderdeel hiervan is onder meer dat er een behoorlijke (klachten)administratie wordt gevoerd waaruit blijkt wie er heeft geklaagd, wat de klacht inhield en een beschrijving van de wijze waarop de klacht is behandeld.⁵⁵ Aan de hand van diverse bevindingen heeft de AFM in het Boetebesluit uitgebreid gemotiveerd op welke onderdelen meerdere klachten niet adequaat zijn behandeld.⁵⁶ Al deze omstandigheden hebben in samenhang gezien tot het oordeel geleid dat door DWV niet is gewaarborgd dat klachten zorgvuldig, verifieerbaar, consistent en binnen de gestelde termijn werden afgehandeld. Deze feiten worden in bezwaar niet betwist. Hiermee is voor de AFM, naast de overtreding van de overkoepelende norm uit artikel 4:17, eerste lid, Wft, de overtreding van artikel 44 Bgfo (oud) vast komen te staan. DWV heeft immers, ondanks dat er (op papier) een procedure was ingericht, onvoldoende gewaarborgd dat deze procedure in de praktijk ook daadwerkelijk een adequate klachtenbehandeling tot gevolg had. Dat de heer Holtschoppen van oordeel is dat de klacht van de heer [J] wel degelijk goed is afgehandeld, doet, wat er verder ook van zij, aan dit oordeel niets af.⁵⁷ Evenmin kan de heer Holtschoppen zich, naar het oordeel van de AFM, in dit kader beroepen op enig gewekt en gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van de klachtenprocedure. De heer Holtschoppen lijkt hier namelijk te miskennen dat het enkel beschikken over een (op papier mogelijk voldoende ogende) procedure niet gelijk staat aan een daadwerkelijk adequate klachtenafhandeling. De AFM blijft na heroverweging van oordeel dat DWV onvoldoende zorg heeft gedragen voor een adequate behandeling van klachten en dat DWV hiermee in overtreding is (geweest) van artikel 4:17 Wft en de nadere bepalingen welke zijn uitgewerkt in het Bgfo.

F. Er was geen sprake van belangenverstrengeling en -conflicten

135. De heer Holtschoppen betwist het oordeel van de AFM dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd ten aanzien van het tegengaan van belangenverstrengeling. Voorts betwist de heer Holtschoppen het oordeel van de AFM dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd ter voorkoming en beheersing van

⁵⁵ Zie hiervoor artikel 4:17, derde lid, Wft jo. artikel 41 Bgfo (oud).

⁵⁶ Zie hiervoor de pagina's 82 t/m 84 van het Boetebesluit.

⁵⁷ De AFM brengt hieromtrent de randnummers 55-57 in herinnering.

belangenconflicten. Aan deze stellingen legt de heer Holtschoppen (wederom) ten grondslag dat hij ten tijde van de voorgestelde hersteloperatie gerechtvaardigde verwachtingen heeft mogen ontlenu voor wat betreft het al dan niet in orde zijn van de bedrijfsvoering van DWV. De AFM heeft, naar het oordeel van de heer Holtschoppen, eind 2015 onder meer het AO/IC-handboek en het beleid ten aanzien van belangenconflicten ontvangen, beoordeeld en hierin geen bezwaren gezien.

136. Daar komt bij dat de AFM, zo stelt de heer Holtschoppen, onterecht tot het oordeel komt dat er verwevenheid bestaat tussen de bedrijfsvoeringen van DWV en [ONDERNEMING A]. Evenals in de Zienswijze heeft de heer Holtschoppen uiteen gezet welke relaties er volgens hem tussen de ondernemingen bestonden. De enkele omstandigheid dat [ONDERNEMING A] bepaalde kosten heeft gedragen ten tijde van de hersteloperatie, maakt naar het oordeel van de heer Holtschoppen niet dat hiermee sprake is van een belangenconflict. Voorts maakt de AFM een denkfout in de voorstelling van de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING J], waardoor onterecht is geoordeeld dat er sprake zou zijn van een belangenconflict, aldus de heer Holtschoppen.

Reactie AFM

137. De AFM merkt allereerst op dat de omstandigheden waaraan de heer Holtschoppen meent vertrouwen te kunnen ontlenu dateren uit eind 2015, begin 2016, terwijl de overtredingen reeds zijn aangevangen in 2014. De AFM concludeert hieruit dat niet wordt betwist dat er, in de periode voorafgaand aan de handelingen van de AFM omtrent de voorgenomen vergunningintrekking, door de AFM enig gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt en dat evenmin de overtredingen die destijds aanwezig waren worden betwist. Het bezwaar is derhalve uitsluitend gericht op de handelingen van de AFM omtrent de voorgenomen vergunningintrekking en het vertrouwen dat de heer Holtschoppen meent daaraan te hebben mogen ontlenu.
138. De AFM stelt voorop dat het voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel noodzakelijk is dat de AFM een concrete, ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan waaraan de gerechtvaardigde verwachting kon worden ontleend dat, in dit geval, de bedrijfsvoering van DWV in orde was.
139. Naar het oordeel van de AFM is hiervan geen sprake. Dit licht zij als volgt toe. Vaststaat dat de AFM op 5 augustus 2015 haar voornemen om de vergunning van DWV in te trekken kenbaar heeft gemaakt. Op dit voornemen heeft DWV een zienswijze gegeven en tevens haar meest recente versies van haar beleid verstrekt. In het verlengde daarvan heeft DWV aangeboden om vooraf met de AFM in gesprek te gaan over eventuele nieuwe beleidsbepalers. Op dit verzoek heeft de AFM bericht dat zij op dat moment, in het licht van het lopende onderzoek en de voorgenomen vergunningintrekking, een gesprek over nieuwe beleidsbepalers niet zinvol achtte. Hierbij is eveneens opgemerkt dat het

DWV (uiteraard) vrij staat om via de reguliere aanmeldingsprocedure een aanvraag bij de AFM in te dienen om een voorgenomen beleidsbepaler te toetsen. Daarmee heeft de AFM niets anders willen zeggen dan dat de AFM het op dat moment in het onderzoek een gesprek niet passend vond, maar dat een vergunninghoudende instelling altijd gerechtigd is om op grond van artikel 95 Bgfo een beleidsbepaler bij de AFM aan te melden. Hiermee heeft de AFM geenszins een concrete en ondubbelzinnige toezegging gedaan waaraan de heer Holtschoppen de gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontleen, dat een eventuele goedkeuring van een voorgestelde beleidsbepaler zonder meer zou betekenen dat de AFM de bedrijfsvoering van DWV goedkeurt en af zou zien van het treffen van enige maatregel, dan wel de voorgenomen vergunningintrekking. De AFM heeft ook in het kader van de voorgenomen vergunningintrekking op geen enkel moment aan DWV medegedeeld dat het onderzoek is afgerond, de bedrijfsvoering als gevolg van de reorganisatie akkoord is bevonden of dat er geen overtredingen zijn geconstateerd.

140. Evenzeer heeft de AFM op geen enkele wijze kenbaar gemaakt dat zij geen overtredingen in de bedrijfsvoering van DWV heeft geconstateerd of dat het traject van de voorgenomen vergunningintrekking was afgerond. De AFM ziet daarom niet in op welke wijze zij hiermee een concrete, ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan aan DWV, waaraan de heer Holtschoppen de gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontleen dat er geen overtredingen zijn geconstateerd. Daarbij merkt de AFM op dat de heer Holtschoppen lijkt te miskennen dat het voor de AFM pas nadat zij het onderzoek in december 2016 heeft voortgezet, duidelijk werd op welke wijze de belangen van onder meer DWV en [ONDERNEMING A] verweven waren, wat bij de AFM heeft geleid tot het oordeel dat DWV in de praktijk geen adequaat beleid heeft gevoerd ter voorkoming en beheersing van belangenconflicten. Eveneens kwam uit dit onderzoek naar voren dat DWV in de praktijk (nog steeds) geen adequaat beleid heeft gevoerd ten aanzien van het tegengaan van belangenverstremgeling. De enkele omstandigheid dat DWV middels het verstrekken van beleidsplannen een (papieren) werkelijkheid aan de AFM heeft voorgelegd, doet niets af aan de feiten en omstandigheden die tot het oordeel hebben geleid dat DWV in de praktijk geen adequaat beleid heeft gevoerd.
141. In paragraaf II 'Feiten en omstandigheden' heeft de AFM herhaald welke omstandigheden ertoe hebben geleid dat zij in het Boetebesluit tot het oordeel is gekomen dat de samenwerking in de praktijk meer omvatte dan *slechts* het verhuren van bedrijfsruimte aan DWV. In bezwaar is niet onderbouwd waarom de AFM hieraan een verkeerde conclusie heeft verbonden. Daar komt bij dat evenmin de afwezigheid van een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstremgeling wordt betwist. De AFM brengt ter illustratie van het feit dat zich belangenconflicten en –verstremgeling hebben voorgedaan de IPO van [ONDERNEMING A] in herinnering. Rondom deze IPO van [ONDERNEMING A] bestonden er verschillende belangen van DWV, de heer Holtschoppen en cliënten van DWV die evident tot een conflict of tegenstelling

(kunnen) leiden en ook hebben geleid. DWV heeft nagelaten een adequaat beleid te voeren ter voorkoming hiervan, laat staan deze te adresseren en te beheersen. Dit blijkt naar het oordeel van de AFM in voldoende mate uit de feiten en omstandigheden zoals die zijn opgenomen in het Boetebesluit.

142. Voorts merkt de AFM op dat de heer Holtschoppen in zijn bezwaar lijkt te veronderstellen dat de AFM de omstandigheid dat [ONDERNEMING A] bepaalde kosten van DWV heeft gedragen ten tijde van de hersteloperatie in het Boetebesluit aanmerkt als een belangenconflict. Dat is niet het geval. Deze omstandigheid leidt op zichzelf gezien niet tot een belangenconflict, maar toont naar het oordeel van de AFM wel de verwevenheid tussen beide entiteiten.
143. Tot slot wenst de AFM te reageren op de stelling van de heer Holtschoppen dat de AFM een denkfout maakt in de beoordeling van de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING J]. De AFM stelt, naar het oordeel van de heer Holtschoppen onterecht, dat er in de samenwerking tussen DWV en [ONDERNEMING J] belangenconflicten bestonden met cliënten. De AFM baseert zich echter op de omstandigheid dat de partner van de heer Holtschoppen, mevrouw [I], hier als CEO van [ONDERNEMING J] belang bij had, omdat zij (uiteindelijk) de vergoedingen ontving die [ONDERNEMING K] maandelijks inhiel van de rekeningen van cliënten van DWV. Nog daargelaten dat [ONDERNEMING K] actief was onder de handelsnaam [ONDERNEMING J], doet de in bezwaar gestelde omstandigheid dat rekeningen werden geopend bij [ONDERNEMING K] niets af aan het feit dat mevrouw [I] uiteindelijk de vergoedingen ontving die werden ingehouden van de rekeningen van cliënten van DWV. Het is op zijn zachts gezegd opmerkelijk dat slechts een deel van deze vergoedingen uiteindelijk bij DWV terecht kwamen, maar even zo kwalijk dat cliënten van DWV nimmer over deze relatie zijn geïnformeerd.⁵⁸
144. Op grond van het voorgaande komt de AFM in heroverweging tot het oordeel dat in bezwaar onvoldoende is aangetoond dat er zich i) binnen DWV geen belangenconflicten en – verstrengeling hebben voorgedaan en ii) dat DWV wel degelijk beschikte over een adequaat beleid ter voorkoming en beheersing hiervan en dat DWV daar ook daadwerkelijk invulling aan heeft gegeven.

⁵⁸ Zie hiervoor pagina 87 van het Boetebesluit.

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

145. De diverse overtredingen uit het Boetebesluit hebben samen geleid tot het oordeel dat DWV geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Hierdoor was sprake van overtreding van artikel 4:11, eerste lid van de Wft en is de AFM tot het oordeel gekomen dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan deze overtreding. Nu de heroverweging geen aanleiding tot een ander oordeel heeft gegeven, zien de afzonderlijke overtredingen van DWV samengevat op:

- I. Het gedurende de periode van in ieder geval 1 oktober 2014 tot 13 april 2016 beschikken over een beleidsbepaler van wie destijds niet is vastgesteld dat de betrouwbaarheid buiten twijfel staat;
- II. Het gedurende de periode van in ieder geval 1 oktober 2014 tot 13 april 2016 beschikken over een beleidsbepaler van wie destijds niet is vastgesteld dat die persoon geschikt is in verband met de uitoefening van het bedrijf van een financiële onderneming;
- III. Het gedurende de periode van in ieder geval 1 oktober 2014 tot 13 april 2016 niet voldoen aan de verplichting om de heer Holtschoppen bij de AFM aan te melden als dagelijks beleidsbepaler van DWV;
- IV. Het gedurende de periode van 13 april 2016 tot 5 december 2017 niet beschikken over twee natuurlijke personen die in de praktijk het dagelijks beleid van DWV bepaalden;
- V. Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 niet beschikken over een zodanige inrichting van de bedrijfsvoering van DWV dat een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde;
- VI. Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 onvoldoende zorg dragen voor een adequate behandeling van klachten;
- VII. Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 niet voeren van een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstrengeling;
- VIII. Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 niet voeren van een adequaat beleid ten aanzien van het voorkomen en beheersen van belangenconflicten.

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

- I. Een functionaris op de hoogte was van de verboden of soortgelijke gedraging door de rechtspersoon, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen;
- II. Hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- III. En maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.⁵⁹

147. Dit onderdeel richt zich uitsluitend op de in bezwaar gestelde betwistingen ten aanzien van de criteria voor het feitelijk leidinggeven van de heer Holtschoppen aan de daar genoemde overtredingen. Ter voorkoming van herhaling van het Boetebesluit zijn de criteria, waartegen de bezwaren per overtreding niet zijn gericht, niet in deze beslissing op bezwaar opgenomen. Ten behoeve van de leesbaarheid zijn de bezwaren tegen de criteria voor feitelijk leidinggeven afzonderlijk per overtreding weergegeven en achtereenvolgens van een reactie voorzien.

Het gedurende de periode van in ieder geval 1 oktober 2014 tot 13 april 2016 niet voldoen aan de verplichting om de heer Holtschoppen bij de AFM aan te melden als dagelijks beleidsbepaler van DWV

148. In bezwaar ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan bovengenoemde overtreding voert de heer Holtschoppen aan dat het aanmelden van een beleidsbepaler een verplichting is die op de onderneming rust. Dit brengt, naar eigen zeggen, met zich mee dat de bedoelde norm, te weten het aanmelden van de personen die het dagelijks beleid bepalen, op het netvlies van de toenmalige bestuurders van DWV diende te staan, maar dat dit niet per se in dezelfde mate gold voor de heer Holtschoppen. Dit verklaart, naar het oordeel van de heer Holtschoppen waarom hij geen wetenschap had van het feit dat hij als dagelijks beleidsbepaler van DWV functioneerde en als zodanig aangemeld diende te worden.

149. Voorts stelt de heer Holtschoppen dat zelfs indien hij als beleidsbepaler zou hebben gefungeerd, wat nadrukkelijk wordt betwist, het de taak van de statutair bestuurders van DWV was geweest om een einde aan deze overtreding te maken. *‘Onjuist is in ieder geval de redenering van de AFM dat het op de weg van juist de heer Holtschoppen zou hebben gelegen om tot beëindiging van de vermeende overtreding over te gaan’*. DWV is hier de normadressaat en die kon alleen rechtsgeldig

⁵⁹ Bijv. HR 16 december 1986, *NJ* 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II); CbB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256; CBB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312; CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54; HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733; CbB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327.

vertegenwoordigd worden, ook in de richting van de AFM, door haar statutaire bestuurders. Dat was de heer Holtschoppen niet.

Reactie AFM

150. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. Dit licht zij als volgt toe. De AFM is met de heer Holtschoppen van oordeel dat de norm voor het aanmelden van een dagelijks beleidsbepaler is gericht tot de onderneming. In heroverweging is reeds vast komen te staan dat de heer Holtschoppen op grond van zijn feitelijke werkzaamheden wel degelijk als beleidsbepaler kwalificeerde. Dit brengt met zich mee dat DWV de heer Holtschoppen als zodanig aan had kunnen of moeten melden bij de AFM. Nu DWV dit heeft nagelaten terwijl de werkzaamheden van de heer Holtschoppen onverminderd voortduurden, heeft DWV de tot haar gerichte norm overtreden en kwalificeert zij aldus als pleger van de overtreding. Tot zover volgt de AFM het betoog van de heer Holtschoppen. Het voorgaande laat echter onverlet dat een sanctie kan worden opgelegd aan degene die aan de overtreding feitelijk leiding heeft gegeven.

151. Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, kan de bestuurlijke sanctie worden opgelegd aan de rechtspersoon en daarnaast of in de plaats daarvan ook aan degenen die aan de *overtreding* feitelijk leiding hebben gegeven. De feitelijk leidinggever wordt niet zelf als overtreder⁶⁰ aangemerkt, maar de rechtspersoon wel.⁶¹ Hierdoor is de enkele omstandigheid dat een natuurlijk persoon bestuurder is van een rechtspersoon onvoldoende om hem of haar aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersoon begane overtreding.⁶² Anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste⁶³ en kan zelfs iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijk leidinggeven aan een door die rechtspersoon begane overtreding.⁶⁴

152. Met de stelling dat het aanmelden van de heer Holtschoppen door DWV op het netvlies van de bestuurders van DWV diende te staan, maar niet of in mindere mate op die van de heer Holtschoppen, miskent de heer Holtschoppen dat het vereist is dat hij zich bewust is van de gedragingen die ertoe hebben geleid dat DWV ofwel de heer Holtschoppen had moeten aanmelden, ofwel zijn werkzaamheden had moeten stopzetten. Zo wist de heer Holtschoppen dat de cliënttransacties die hij voor DWV verrichtte, bepalend waren voor de rest van het beleggingsbeleid

⁶⁰ In de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb.

⁶¹ Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733.

⁶² Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 24 augustus 2004, ECLI:NL:HR:AP1508.

⁶³ Zie hiervoor bijvoorbeeld HR 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948.

⁶⁴ Zie hiervoor bijvoorbeeld HR HR 16 juni 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC7243.

van DWV. Evenzeer wist de heer Holtschoppen dat hij namens DWV zelfstandig het initiatief heeft genomen tot de oprichting van een beleggingsfonds, wat van invloed zou zijn op het verdienmodel van DWV. Hierdoor wist de heer Holtschoppen, of had hij er althans redelijkerwijze bewust van moeten zijn, dat hij een substantiële invloed had op de langetermijnstrategie van DWV en daarmee kwalificeerde als dagelijks beleidsbepaler en uit dien hoofde aangemeld had moeten worden. Evenzeer was de heer Holtschoppen op de hoogte van het feit dat hij destijds niet door DWV is aangemeld. Aldus was de heer Holtschoppen op de hoogte van de verboden gedraging van DWV of heeft hij op zijn minst bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen.

153. Evenmin kan de stelling dat het uitsluitend aan de oud bestuurders van DWV was om deze overtreding te beëindigen de heer Holtschoppen baten. De omstandigheid dat de oud bestuurders de heer Holtschoppen rechtsgeldig hadden kunnen aanmelden bij de AFM, laat onverlet dat de heer Holtschoppen eenvoudigweg door het staken van het verrichten van zijn werkzaamheden als dagelijks beleidsbepaler een einde had kunnen maken aan de overtreding. Als persoon die de werkzaamheden (en daarmee de gedragingen die aan de overtreding ten grondslag liggen) verrichtte, was hij daar dan ook redelijkerwijs toe gehouden. Nu de heer Holtschoppen dit heeft nagelaten door zijn werkzaamheden te continueren, is naar het oordeel van de AFM voldaan aan de drie cumulatieve vereisten ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan voornoemde overtreding van DWV.

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

Het gedurende de periode van 13 april 2016 tot 5 december 2017 niet beschikken over twee natuurlijke personen die in de praktijk het dagelijks beleid van DWV bepaalden

155. In het bezwaar ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding stelt de heer Holtschoppen dat hij hier niet van op de hoogte was en dat de AFM niet aannemelijk heeft kunnen maken dat dit wel het geval was. De heren Holtschoppen en [C] waren tevreden over de rolverdeling en vonden deze adequaat functioneren. Daarnaast heeft de AFM gedurende het onderzoek vanaf december 2016 nimmer een signaal afgegeven dat deze rolverdeling binnen DWV haar zorgen baarde.

Reactie AFM

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

bestuurder op zijn minst de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen. De enkele omstandigheid dat de heren Holtschoppen en [C] zelf tevreden waren over de rolverdeling doet niets af aan de overtreding dat het dagelijks beleid in de praktijk niet door twee natuurlijke personen werd bepaald. Evenmin geldt dit voor het eigen oordeel dat deze rolverdeling adequaat functioneerde. De heer Holtschoppen wist dat het dagelijkse beleid binnen DWV in de praktijk slechts door één persoon werd bepaald, omdat er geen invulling is gegeven aan het vierogen-principe, althans heeft hij door te accepteren dat alleen hij alle beslissingen omtrent bijvoorbeeld het beleggingsbeleid nam, bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat deze overtreding zich zou voordoen. Vast staat immers, dat de invulling van de kernactiviteiten van DWV en de dienstverlening aan cliënten zonder enige vorm van tegenspraak door of afstemming met (de heer [C]) werd bepaald door de heer Holtschoppen. Verder merkt de AFM op dat niet wordt betwist dat de heer Holtschoppen als statutair bestuurder van een vergunninghoudende beleggingsonderneming bij uitstek bevoegd en redelijkerwijs gehouden is om deze overtreding te beëindigen.

157. In de stelling dat de heer Holtschoppen een bijzondere inspanning had moeten plegen om na het, wegens ziekte, uitvallen van de heer [C] voor een korte periode een nieuwe beleidsbepaler aan te melden, leest de AFM dat het, naar het oordeel van de heer Holtschoppen, onredelijk was om te verwachten dat er maatregelen werden getroffen ter voorkoming en/of beëindiging van deze overtreding. Met deze stelling gaat de heer Holtschoppen echter voorbij aan het feit dat de overtreding van artikel 4:83, eerste lid, Wft zich reeds vanaf 13 april 2016 voordeed. In lijn met de Uitspraak leidt heroverweging ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding niet tot een ander oordeel.⁶⁵

Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 niet beschikken over een zodanige inrichting van de bedrijfsvoering van DWV dat een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde

158. In bezwaar betwist de heer Holtschoppen dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de afzonderlijke overtredingen die ten grondslag hebben gelegen aan het oordeel van de AFM dat DWV niet beschikte over een zodanige inrichting van de bedrijfsvoering dat deze een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde. Deze afzonderlijke overtredingen zien op i) het niet melden van incidenten bij de AFM en ii) het niet voldoen aan de bewaarplicht. Ten behoeve van de leesbaarheid zijn de bezwaargronden ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan deze overtredingen hieronder afzonderlijk behandeld.

⁶⁵ Zie hiervoor uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 14.5.

Niet melden van incidenten aan de AFM

159. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen concludeert de AFM onterecht dat hij op de hoogte was 'van het financiële reilen en zeilen van DWV'. Dit brengt met zich mee dat de heer Holtschoppen niet voldoet aan het vereiste dat hij over de wetenschap beschikte dat de financiële situatie van DWV een ernstig gevaar vormde voor de integere bedrijfsuitoefening van DWV. Laat staan dat hierover een incidentmelding gedaan had moeten worden aan de AFM. Voorts brengt de heer Holtschoppen in herhaling dat een door DNB geconstateerd kapitaaltekort niet met zich meebrengt dat de heer Holtschoppen de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat incidenten niet in overeenstemming met de wet zouden worden gemeld. Eveneens betwist de heer Holtschoppen dat hij als gevolg van de betalingsverplichting van € 25.000,-, voortvloeiende uit de bindende uitspraak van de Geschillencommissie, over had moeten gaan tot het melden daarvan aan de AFM.

Reactie AFM

160. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. De AFM stelt voorop dat de heer Holtschoppen sinds april 2016 formeel als dagelijks beleidsbepaler bij de AFM stond aangemeld. Op 21 juni 2016 heeft de Geschillencommissie DWV verplicht tot het betalen van de schadevergoeding van € 25.000,-. Op 20 juli 2016 heeft DNB een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom aan DWV verstuurd wegens het geconstateerde kapitaaltekort van DWV. Daar komt bij dat de heer Holtschoppen wist hoe DWV in de praktijk omging met dit kapitaaltekort, getuige het feit dat de stortingen vanuit zijn onderneming [ONDERNEMING A] plaatsvonden. Deze laatstgenoemde gebeurtenissen vonden aldus plaats nádat de heer Holtschoppen formeel als beleidsbepaler was aangemeld. In lijn met de Uitspraak kan de AFM na heroverweging niet anders dan concluderen dat de heer Holtschoppen zich wel degelijk bewust was van de (penibele) financiële situatie van DWV en dat dit een ernstig gevaar vormde voor de integere uitoefening van het bedrijf van DWV.⁶⁶ Nu de heer Holtschoppen niet is overgegaan tot het melden van deze incidenten aan de AFM, volgt daar naar het oordeel van de AFM uit dat de heer Holtschoppen op zijn minst bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich voordeed. Voor zover de hierboven opgenomen bezwaren zijn gericht op de overtredingen zelf, verwijst de AFM naar de behandeling hiervan onder de randnummers 121-125.

Niet voldoen aan de bewaarplicht

161. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen maakt de AFM niet duidelijk waarom de heer Holtschoppen feitelijk leiding zou hebben gegeven aan de vermeende overtreding van DWV van de bewaarplicht. Temeer nu die overtreding al was begaan voorgaand aan zijn formele aantreden als

⁶⁶ Zie hiervoor uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 12.1 en 14.5.

beleidsbepaler. De heer Holtschoppen stelt dat de omstandigheid dat zijn voorgangers de bewaarplicht hebben geschonden, tot gevolg heeft dat deze eis door hem niet langer meer is na te komen. Het gaat naar het oordeel van de heer Holtschoppen te ver om van een nieuw management te verwachten dat zij ervoor zorgen dat *'niet meer bewaarde dossiers worden teruggevonden en alsnog worden bewaard, of nooit bestaande dossiers worden samengesteld'*. Dit leidt er naar het oordeel van de heer Holtschoppen toe dat niet kan worden gesteld dat hij redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedragingen te beëindigen.

Reactie AFM

162. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. Het argument dat het niet op orde zijn van de cliëntdossiers een erfenis uit het verleden was, waarvoor de heer Holtschoppen niet verantwoordelijk kan worden gehouden, kan niet leiden tot het oordeel dat hij niet redelijkerwijs gehouden was om de overtreding te beëindigen. Gelijkluidend aan het oordeel van de voorzieningenrechter in de Uitspraak, was de heer Holtschoppen wel degelijk bevoegd en redelijkerwijs gehouden om deze overtreding te beëindigen.⁶⁷ Bijvoorbeeld door de cliënten te (laten) vragen om gegevens en bescheiden waarmee de dossiers op orde gebracht konden worden. In bezwaar is geenszins aangetoond dat de heer Holtschoppen op enige wijze invulling heeft gegeven aan deze verantwoordelijkheid. Bovenstaande leidt aldus tot het oordeel dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan deze afzonderlijke overtreding.

Conclusie

163. Als statutair bestuurder van een vergunninghoudende beleggingsonderneming die (uiteindelijk) bij de AFM is aangemeld en getoetst als dagelijks beleidsbepaler, rustte op de heer Holtschoppen de verantwoordelijkheid voor de naleving van de op DWV van toepassing zijnde wet- en regelgeving. De AFM begrijpt in dat licht bezien niet, waarom de heer Holtschoppen zich verschuilt achter het handelen van de oud-beleidsbepalers en de verantwoordelijkheid voor het beëindigen van de overtredingen naast zich neerlegt. Nu de AFM zowel ten aanzien van incidentmeldingen als de bewaarplicht in heroverweging van oordeel blijft dat de heer Holtschoppen hier feitelijk leiding aan heeft gegeven, brengt dit met zich mee dat heroverweging tot gevolg heeft dat de AFM van oordeel blijft dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van DWV dat zij niet beschikte over een zodanige inrichting van de bedrijfsvoering dat een beheerste en integere bedrijfsuitoefening waarborgde.

⁶⁷ Zie hiervoor uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044, r.o. 14.5.

Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 onvoldoende zorg dragen voor een adequate behandeling van klachten

164. Ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan het onvoldoende zorg dragen voor een adequate behandeling van klachten brengt de heer Holtschoppen naar voren dat het nimmer zijn intentie is geweest om klachten van cliënten onzorgvuldig te behandelen. De gebrekkige administratie van klachten maakte het, naar het oordeel van de heer Holtschoppen, onmogelijk om deze klachten zonder inzet van de voormalige bestuurders adequaat af te handelen. De wens bestond bij de heer Holtschoppen om de klachten correct af te handelen. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen is dit ook gelukt en kan daarom niet gesteld worden dat er maatregelen achterwege zijn gebleven om de klachten goed af te handelen.

Reactie AFM

165. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. Dit licht zij als volgt toe. Met de stelling dat het voor de heer Holtschoppen onmogelijk was om klachten zonder inzet van de voormalige bestuurders adequaat af te handelen, gaat de heer Holtschoppen voorbij aan het feit dat een zorgvuldige afhandeling van klachten een doorlopende verplichting is van een beleggingsonderneming. Dat de klachten zien op gedragingen van DWV in de periode vóór 13 april 2016 is daarom niet relevant. Het aantreden van nieuwe beleidsbepalers ontslaat DWV geenszins van de zelfstandige verplichting om zorg te dragen voor een zorgvuldige afhandeling van klachten. Daarbij merkt de AFM op dat de stelling van de heer Holtschoppen dat de wens bestond om klachten correct af te handelen niet wordt ondersteund door de feitelijke gedragingen. Zo werd de heer Holtschoppen, bijvoorbeeld inzake de klacht van de heer [J], meerdere malen op de zelfstandige verplichting van DWV gewezen. De enkele stelling dat het doorverwijzen naar een oud-bestuurder DWV ontslaat van de op haar rustende verplichting kan door de AFM niet gevolgd worden. Hiermee heeft de heer Holtschoppen, naar het oordeel van de AFM, bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat DWV niet voldeed aan de zelfstandige verplichting om zorg te dragen voor een zorgvuldige afhandeling van klachten. Daar komt bij dat de heer Holtschoppen als dagelijks beleidsbepaler van een vergunninghoudende beleggingsonderneming bij uitstek bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om deze gedraging te beëindigen. Bijvoorbeeld door niet langer de cliënten zonder meer door te verwijzen naar de voormalig beleidsbepalers, maar door zelf verantwoordelijkheid te nemen voor een adequate afhandeling om vervolgens zelf richting de voormalig beleidsbepalers op te treden. Nu zulks niet is gebeurd heeft de heer Holtschoppen naar het oordeel van de AFM maatregelen achterwege gelaten om de verboden gedraging te beëindigen. Aldus blijft de AFM na heroverweging van oordeel dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan voormelde overtreding.

Het gedurende de periode van 1 oktober 2014 tot 5 december 2017 niet voeren van een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstrengeling en belangenconflicten

166. De heer Holtschoppen stelt niet op de hoogte te zijn geweest van de door de AFM geconstateerde belangenverstrengeling en belangenconflicten. Tevens meent de heer Holtschoppen dat hij aan de omstandigheid dat de AFM de vergunning van DWV, na een voornemen daartoe, niet heeft ingetrokken, het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen ontlenen dat de bedrijfsvoering van DWV in orde was. Hierdoor heeft de heer Holtschoppen, naar eigen zeggen, nimmer bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat deze overtreding zich zou voordoen.

167. Voorts is er naar het oordeel van de heer Holtschoppen juist alert en correct gehandeld om potentiële belangenconflicten te adresseren. Naar eigen zeggen is de vermogensbeheerovereenkomst tussen DWV en [ONDERNEMING E] aangepast. Toen zich een belangenconflict voordeed is de dienstverleningsovereenkomst opgezegd en heeft de DWV de arbeidsovereenkomsten opgezegd van twee betrokken medewerkers. Dit heeft de heer Holtschoppen naar eigen zeggen zelf geïnitieerd, waardoor hij van mening is dat wel degelijk adequaat is gehandeld en opgetreden tegen (potentiële) belangenverstrengeling en belangenconflicten.

Reactie AFM

168. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. De stelling van de heer Holtschoppen dat de aanpassing van de vermogensbeheerovereenkomst tussen DWV en [ONDERNEMING E] een alerte handeling betrof bij het adresseren van belangenconflicten kan door de AFM niet gevolgd worden. Deze aanpassingen zijn slechts summier van aard en hebben uitsluitend betrekking op de in rekening te brengen kosten, de toevoeging van een aansprakelijkheidsgrond in geval van nalatig handelen door DWV en een wijziging in de procedure voor cliënten ten aanzien van het melden van klachten.⁶⁸ De AFM ziet op geen enkele wijze waarmee hier is getracht belangenconflicten te adresseren. Evenmin bieden de meegestuurde dienstverleningsovereenkomsten en (summiere) brieven ter opzegging van arbeidsovereenkomsten enige aanknopingspunten om tot het oordeel te komen dat de heer Holtschoppen adequaat heeft opgetreden tegen belangenconflicten. Zo is er, noch in het bezwaarschrift noch in de brieven, iets opgenomen over de aard van de belangenconflicten. Er is slechts volstaan met de blote stelling dat er mogelijk een belangenconflict aanwezig zou zijn. Evenmin is op geen enkele wijze aangetoond dat cliënten, nota bene in strijd met de eigen

⁶⁸ Vergelijk de onderdelen 11, 15 en 25 van de als bijlagen bij het bezwaar meegestuurde dienstverleningsovereenkomsten.

dienstverleningsovereenkomst⁶⁹, onverwijld over deze potentiële belangenconflicten in kennis zijn gesteld. Op grond van het bovenstaande blijft de AFM van oordeel dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van DWV ten aanzien van het niet voeren van een adequaat beleid ten aanzien van het tegengaan van belangenverstremming en belangenconflicten.

169. In de voorgaande randnummers heeft de AFM per afzonderlijke overtreding de aangevoerde bezwaren tegen de criteria voor het feitelijk leidinggeven gemotiveerd weerlegd. Nu tegen het oordeel van de AFM ten aanzien van de overige criteria geen bezwaren zijn aangevoerd, blijft de AFM na heroverweging van oordeel dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan de afzonderlijke overtredingen. In samenhang bezien leidt dit tot het oordeel dat de heer Holtschoppen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding door DWV dat laatstgenoemde geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgde. Hierdoor heeft de heer Holtschoppen feitelijk leiding gegeven aan de overtreding door DWV van artikel 4:11, eerste lid van de Wft.

H. De boeteoplegging is niet opportuun

170. Ten aanzien van de opportuniteit van de boeteoplegging verwijst de heer Holtschoppen naar de pagina op de website van de AFM, waarop voorbeelden zijn beschreven van mogelijk relevante omstandigheden bij het bepalen van een maatregel. Van enkele van deze omstandigheden is, zo stelt de heer Holtschoppen, geen sprake. Zo heeft de heer Holtschoppen naar eigen zeggen geen persoonlijk gewin gehad, heeft de beperkte omvang van DWV niet geleid tot marktverstoring en zijn er evenmin indicaties dat het vertrouwen in de markt is geschaad. Daar komt bij dat het de heer Holtschoppen onduidelijk is welk doel de AFM met de boeteoplegging beoogt en is de boete disproportioneel nu de verboden gedragingen zijn geïnitieerd door de voormalig bestuurder.

171. Voorts is de heer Holtschoppen van mening dat de AFM afwijkt van haar 'Boetebeleid feitelijk leidinggevers'. Evenals in de Zienswijze wordt de AFM verzocht dat beleid toe te passen en de belangen heel goed af te wegen. Naar het oordeel van de heer Holtschoppen wijkt de AFM af, nu zij uitsluitend boetes heeft opgelegd aan feitelijk leidinggevers van DWV en de onderneming zelf ongemoeid heeft gelaten. Derhalve dient de AFM (ook) de rechtsopvolger van DWV te beboeten, omdat er anders, zo stelt de heer Holtschoppen, sprake is van willekeur.

Reactie AFM

⁶⁹ Zie hiervoor onderdeel 9.5 van de dienstverleningsovereenkomst.

172. Reeds in het Boetebesluit heeft de AFM gemotiveerd weersproken waarom de hierboven vermelde stellingen, wat hier verder ook van zij, geenszins afbreuk doen aan de boetewaardigheid van de ernstige overtreding(en) van DWV.⁷⁰ Voorts heeft de AFM aangegeven dat in het 'Boetebeleid feitelijk leidinggevers' slechts uitgangspunten zijn opgenomen die met voorbeelden zijn verduidelijkt. De heer Holtschoppen lijkt er in bezwaar (wederom) aan voorbij te gaan dat het voorbeelden betreffen en geenszins een limitatieve opsomming betreft van situaties waarin afgeweken wordt van het uitgangspunt om (uitsluitend) de rechtspersoon te beboeten. Nog daargelaten dat de AFM zich niet kan uitlaten over de vraag of DWV zelf (thans: [ONDERNEMING L]) wordt beboet, leidt de omstandigheid waarin de AFM ervoor kiest om dit niet te doen, niet op zichzelf, anders dan de heer Holtschoppen lijkt te veronderstellen, tot willekeur. De AFM dient bij haar keuze om al dan niet handhavend op te treden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. In het Boetebesluit is reeds aangegeven dat de AFM van oordeel is dat er geen sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen, waarbij sprake zou zijn van willekeur in haar handhavingspraktijk.⁷¹

173. Het bovenstaande in overweging nemend is door de heer Holtschoppen in bezwaar niet, dan wel onvoldoende onderbouwd waarom boeteoplegging niet opportuun is geweest. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt derhalve niet tot een ander oordeel.

I. Openbaarmaking van de boete berokkend de heer Holtschoppen in onevenredige mate schade

174. Naar het inzicht van de heer Holtschoppen is de openbaarmaking van het Boetebesluit onrechtmatig geschied. De afweging of sprake was van een uitzonderingsmogelijkheid die aan openbaarmaking in de weg stond heeft ontoereikend plaatsgevonden, nu de AFM (slechts) beoordeeld heeft of er sprake is van *'een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door de heer Holtschoppen, DWV of eventuele andere betrokken partijen als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken'*. De heer Holtschoppen blijft van mening dat in onderhavig geval *'sprake zou zijn van onevenredige benadeling en schade indien tot publicatie zou worden overgegaan'*.

Reactie AFM

175. De AFM deelt het oordeel van de heer Holtschoppen niet. Dit onderbouwt zij als volgt. Op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft is de AFM verplicht om een bestuurlijke sanctie openbaar te maken. De

⁷⁰ Zie hiervoor de pagina's 98 en 99 van het Boetebesluit.

⁷¹ Zie hiervoor pagina 99 van het Boetebesluit.

wetgever heeft het belangrijk gevonden dat bestuurlijke sancties in het kader van de Wft gepubliceerd worden. Hierbij is van de volgende gedachte uitgegaan. 'Overtredingen waarbij de toezichthouder overgaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete [...] zijn ernstig te noemen, zodat een waarschuwing over het algemeen op zijn plaats zal zijn'.⁷² Artikel 1:97, derde lid, Wft bevat daarom de verplichting voor de toezichthouder om bepaalde bestuurlijke boetes zo spoedig mogelijk openbaar te maken.⁷³ Onderdeel van dit belang is het zichtbaar maken van handhaving.⁷⁴ Van het informeren of waarschuwen gaat zowel een generieke als een specifieke preventieve werking uit. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁷⁵ De generieke preventieve werking is gelegen in het feit dat de markt er belang bij heeft om te weten dat de AFM van een ieder verwacht dat zij zich houdt aan de toepasselijke financiële wet- en regelgeving en dat de AFM, indien nodig, handhavend optreedt.

176. De wetgever heeft het belang van openbaarmaking zo zwaarwegend geacht dat zij het noodzakelijk vindt om limitatieve gronden in de wet vast te leggen op grond waarvan deze openbaarmaking achterwege gelaten kan worden, dan wel beperkt kan worden. Onevenredige mate van schade is geen omstandigheid op grond waarvan de AFM in zijn geheel moet afzien van openbaarmaking van het Boetebesluit.⁷⁶

177. Openbaarmaking kan beperkt (lees: in anonieme vorm) of uitgesteld worden, indien de openbaarmaking, voor zover in deze beslissing op bezwaar relevant, de betrokken partijen in onevenredige mate schade zou berokkenen.⁷⁷

178. Het bezwaar van de heer Holtschoppen beperkt zich tot een verwijt aan het adres van de AFM ten aanzien van de belangenafweging. De heer Holtschoppen heeft echter nagelaten om in bezwaar nader te concretiseren en te onderbouwen waar de gestelde schade voor de heer Holtschoppen uit zou bestaan. De enkele stelling dat sprake is van schade, zonder toelichting en onderbouwing waaruit die schade bestaat, is naar het oordeel van de AFM onvoldoende om aan te tonen dat er sprake is van een individuele, bijzondere omstandigheid voor de heer Holtschoppen, waarvan het belang zich verzet tegen openbaarmaking. Hierbij merkt de AFM op dat het op de weg van de heer Holtschoppen

⁷² *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 420. Waarschuwing dient hier te worden gelezen als openbaarmaking.

⁷³ Ter zake van overtredingen van voorschriften die op grond van artikel 1:81 Wft zijn gerangschikt in de derde categorie.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34769, nr. 3, p. 2-3.

⁷⁵ Vergelijk PG 29708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

⁷⁶ Zie hiervoor artikel 1:98, tweede lid, Wft.

⁷⁷ Zie hiervoor artikel 1:98, eerste lid, Wft.

ligt om, in de periode voorafgaand aan de openbaarmaking, aan te geven welke belangen er naar zijn oordeel niet, dan wel onvoldoende zijn meegenomen in de afweging. Nu de heer Holtschoppen dit heeft nagelaten ziet de AFM niet in waarom zij met haar belangenafweging in het Boetebesluit blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij neemt de AFM in haar oordeel mee dat de eventuele schade van publicatie aan de heer Holtschoppen het directe gevolg is van het eigen handelen van de heer Holtschoppen. De AFM blijft, na heroverweging, van oordeel dat openbaarmaking van het Boetebesluit niet achterwege heeft kunnen blijven en dat zij deze derhalve rechtmatig op haar website heeft gepubliceerd.⁷⁸

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

J. De boetehoogte

180. Omtrent de hoogte van een eventuele boete heeft de AFM in het Boetevoornemen de heer Holtschoppen op de hoogte gebracht van het feit dat voor het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 4:11, eerste lid, Wft een basisbedrag van € 2.000.000 geldt. Daarbij heeft de AFM de heer Holtschoppen in de gelegenheid gesteld om middels het invullen van een vragenlijst, onderbouwd met stukken, zijn draagkracht aan te tonen, zodat de AFM hier bij het bepalen van de eventuele uiteindelijke boetehoogte rekening mee kan houden. De heer Holtschoppen heeft hier destijds geen gebruik van gemaakt. De AFM heeft (desondanks) aanleiding gezien om op grond van een algemene toets aan de evenredigheid het boetebedrag te verlagen tot € 100.000.

181. Voorafgaand aan de Hoorzitting heeft de heer Holtschoppen alsnog een ingevulde vragenlijst aangeleverd. Hoewel dit door de heer Holtschoppen niet verder is toegelicht, heeft de AFM hieruit opgemaakt dat de heer Holtschoppen in bezwaar van oordeel is dat de boetehoogte gematigd dient te worden op basis van zijn draagkracht. Uit de overgelegde vragenlijst is, onderbouwd met stukken, gebleken dat er aanzienlijke en langlopende (belasting)schulden op de heer Holtschoppen rusten die gezamenlijk het bedrag van [bedrag] overschrijden. Daartegenover staan de inkomsten die de heer Holtschoppen maandelijks uit loonbetrekking ontvangt. Dit komt neer op een nettobedrag van CHF [bedrag] (Zwitserse Frank). Voor het overige heeft de heer Holtschoppen nagelaten om zijn bezittingen verder met stukken te onderbouwen.

182. Op 30 september 2019 heeft de heer Holtschoppen nadere stukken ten aanzien van zijn bezittingen aangeleverd. Hieruit distilleert de AFM het volgende beeld. Afgaande op zijn Zwitserse

⁷⁸ Conform de uitspraak in onderhavige zaak van de rechtbank Rotterdam van 18 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4044.

belastingaangifte, beschikt de heer Holtschoppen over een belastbaar totaalvermogen van iets meer dan CHF [bedrag]. Dit vermogen bestaat uit de waarde van zijn onderneming [ONDERNEMING A] (CHF [bedrag])⁷⁹ verminderd met schulden (ca. CHF [bedrag]), niet zijnde belastingschulden. Uit de overige aangeleverde stukken maakt de AFM op dat [entiteit] beslag heeft gelegd op dit (ondernemings)vermogen ter voldoening van de openstaande [schulden].

183. Nu de heer Holtschoppen, blijkens het ingevulde draagkrachtformulier, tevens niet (meer) beschikt over een eigen woning en heeft aangegeven voorts niet over enige andere (on)roerende zaken te beschikken, kan de AFM niet anders dan opmaken dat de draagkracht van de heer Holtschoppen beperkt is.

Reactie AFM

184. Het boetetoemingsbeleid van de AFM biedt ruimte voor een eventuele verlaging van de boetehoogte op grond van de draagkracht, tot in principe minimaal € 5.000,- voor een natuurlijk persoon. In het kader van de toemeting van de draagkracht omvat het vermogen van een natuurlijk persoon het totaal van diens bezittingen. Hierbij kan gedacht worden aan banktegoeden waaronder spaargeld, aandelen, auto's, sieraden et cetera. Van geval tot geval moet bekeken worden of dit vermogensbestanddeel bijdraagt aan de draagkracht.

185. De heer Holtschoppen kan vanwege [schulden en beslaglegging] niet vrijelijk beschikken over zijn aandelenvermogen. Blijkens het draagkrachtformulier bevatten de privébezittingen geen (on)roerende zaken van waarde en beschikt de heer Holtschoppen slechts over een spaartegoed van ca. CHF [bedrag]. Hieruit vloeit voort dat de AFM zich bij de bepaling van de draagkracht overwegend dient te baseren op de inkomsten van de heer Holtschoppen uit loonbetrekking.

186. Afgaande op de voorgaande drie jaren hanteert de AFM als vertrekpunt een netto jaarinkomen van CHF [bedrag].⁸⁰ Dit komt neer op ca. € [bedrag].⁸¹ Op dit bedrag brengt de AFM de kosten van levensonderhoud, door de AFM geschat op een vast bedrag van € [bedrag] per maand, in mindering. Dit resulteert in een vrije bestedingsruimte van ca. € [bedrag] per jaar.

⁷⁹ Deze waarde wordt ook bevestigd door de vermogensopstelling per 16 juli 2019 die is opgesteld door het Zwitserse [ONDERNEMING M].

⁸⁰ Gebaseerd op de meegestuurde maandelijks loonstroken, zijnde CHF [bedrag] x 12 maanden = CHF [bedrag].

⁸¹ Gebaseerd op de wisselkoers van 31 oktober 2019, zijnde 1 EUR = 1,1011 CHF.

187. De AFM acht het gelet op de feiten en omstandigheden evenredig om het inkomen van twee opeenvolgende jaren ten grondslag te leggen aan de berekening van de draagkracht. Op grond van het bovenstaande acht de AFM, na heroverweging, een boete van € 40.000 passend en geboden. Uiteraard is er gedurende deze twee jaar een betalingsregeling met de AFM mogelijk.

V. Besluit

De AFM heeft besloten het boetebesluit van 28 december 2018 met kenmerk [kenmerk] in stand te laten, maar acht de bezwaren, voor zover deze zien op de hoogte van het boetebedrag, gegrond. Heroverweging heeft geleid tot een matiging van de boetehoogte naar € 40.000.⁸² De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

Nu de matiging van de boetehoogte het gevolg is van informatie die de AFM na het instellen van bezwaar heeft ontvangen, bestaat er geen aanleiding om over te gaan tot de in het bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb.

VI. Rechtsgangverwijzing

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Manager
[Afdeling]

[was getekend]
Hoofd
[Afdeling]

Bijlage: Verslag hoorzitting 1 juli 2019

⁸² Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

Verslag hoorzitting de heer Holtschoppen inzake het bezwaar van 16 mei 2019 tegen het besluit van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van 28 december 2018 met kenmerk [kenmerk]. Het betreft het opleggen van een bestuurlijke boete aan de heer Holtschoppen.

Amsterdam, 1 juli 2019, 16:00 uur ten kantore van de AFM.

Aanwezig

Namens bezwaarmaker:

De heer H.J. Holtschoppen

De heer mr. drs. [X], gemachtigde

Namens de AFM:

De heer mr. drs. [Q], extern onafhankelijk voorzitter hoorcommissie

De heer mr. [R], afdeling Juridische zaken

Mevrouw mr. [S], afdeling Juridische Zaken (tevens verslag)

Hoorzitting

Voorafgaand merkt de heer Holtschoppen (**Holtschoppen**) op dat hij de Nederlandse taal niet goed spreekt en daarom in het Duits zijn toelichting zal geven. Waar nodig zal zijn gemachtigde, de heer [X] (**[X]**) voor vertaling naar het Nederlands dan wel Duits zorgen.

De heer [Q] (de Voorzitter) opent de hoorzitting, heet iedereen welkom en geeft een korte inleiding. Hij omschrijft de functie die hijzelf vervult als extern voorzitter en biedt de heer [R] (**[R]**) en mevrouw [S] (**[S]**) eenzelfde gelegenheid. Voorts geeft hij aan dat van de hoorzitting een verslag zal worden gemaakt dat bij de beslissing op bezwaar zal worden gevoegd. Het bestuur van de AFM zal mede op grond van het bezwaarschrift en het verslag van de hoorzitting het primaire besluit heroverwegen.

De Voorzitter verleent de cautie en geeft aan [X] het woord.

[X] wijst op het toegezonden formulier aangaande de draagkracht van Holtschoppen en vraagt aandacht voor de volgende nadere toelichting. Vraag 5 is niet beantwoord omdat er geen roerende zaken zijn van € 10.000,- of meer. Bij vraag 7 had bij nee een kruis moeten staan. Bij vraag 8 had bij ja een kruis moeten staan. [X] merkt in het algemeen verder op dat Holtschoppen niet veel vermogen heeft. Mocht het besluit in stand blijven, dan wordt verzocht hier bij de vaststelling van de boetehoogte rekening mee te houden. **[X]** wenst tijdens de hoorzitting een paar punten te benadrukken, zonder te herhalen wat al schriftelijk is ingediend.

Het eerste punt betreft het feit dat de hele geschiedenis met de AFM doorspekt is met misverstanden in de communicatie tussen het Nederlands en het Duits. [X] licht toe dat het voor Holtschoppen geen optie was om standaard een tolk in te huren. Ook de voorzieningenrechter heeft het verzoek om een Duitse vertaling van het boetebesluit afgewezen. Benadrukt wordt dat daarmee bij Holtschoppen op enig moment de indruk

is ontstaan dat misverstanden zijn ontstaan, maar dat de heer Holtschoppen hier graag met de AFM onderling uit wil komen.

Het tweede punt is dat dit het eerste moment is dat er met een frisse blik naar de zaak wordt gekeken. [X] merkt op dat van de verschillende casussen die hij tegen de AFM en DNB behandelt, deze er één is waar emoties een grote rol spelen. Dat kan zijn door wat is voorgevallen tussen de AFM en Holtschoppen. [X] licht toe dat uit de reactie van de toezichthouder valt op te maken dat deze zaak niet volgens het boekje is gedaan. De AFM is persoonsgericht te werk gegaan. Juist om die reden is naar het gevoel van Holtschoppen belangrijk dat mensen die niet bij de onderzoek geschiedenis betrokken zijn geweest kijken naar de feiten en op basis daarvan vaststellen wat voor reactie daaruit moet volgen.

[X] wens daarnaast nog een aantal punten uit het bezwaarschrift kort toe te lichten.

Ten eerste is in de belevenis van Holschoppen in het boetebesluit gebruik gemaakt van wilsafhankelijk materiaal. [X] benadrukt dat uit de reactie op de zienswijze dat de AFM daarvan bewust was, maar hier is naar zijn oordeel niet voldoende gevolg aan gegeven in het boetebesluit. In het bezwaarschrift wordt niet onderbouwd welk wilsafhankelijk materiaal niet uitgesloten is als bewijs. Dat wordt hierbij alsnog gedaan. Het wilsafhankelijk materiaal dat nog ten grondslag ligt aan het boetebesluit is te vinden in de volgende pagina's van het boeterapport dat bij het voornemen tot boeteoplegging is meegezonden: pagina 35 (geciteerd gesprek van Holtschoppen van 7 december 2016); pagina 41 (onder 'verklaring beleidsbepalers'); pagina 45 (derde alinea) en pagina 48 (over een IPO [ONDERNEMING I]).

Het tweede punt betreft de rol van Holtschoppen over de periode voorafgaand aan 13 april 2016. De AFM is van oordeel dat Holtschoppen in de periode tussen 1 oktober 2014 en 13 april 2016 het beleid van De Waerdt Vermogensbeheer (**DWV**) (mede) heeft bepaald. [X] licht toe dat Holtschoppen het daar niet mee eens is en dat geprobeerd is om informatie hierover uit te reiken ter illustratie. Het is echter lastig om iets te bewijzen wat men niet heeft gedaan. Tijdens de voorlopige voorzieningenprocedure (**de vovo**) zijn in dat kader stukken aangereikt, waarvan de voorzieningenrechter oordeelde dat zij daar met het oog op de goede procesorde geen acht op kon slaan. Daarmee is datgene wat destijds is aangereikt niet meegenomen in de procedure. De voorzieningenrechter heeft aangegeven wat de andere feiten zijn waar de AFM in de bodemprocedure zich nog op moet baseren. Het betreft de gegevens van de telefoondienst en ter onderbouwing tevens de betalingen die met de creditcard zijn verricht. Op basis van die informatie kan worden aangetoond hoe weinig Holtschoppen in die periode in Nederland was. Uit de hele set aan informatie is geen instructie of opdracht te vinden op basis waarvan kan worden gesteld dat Holtschoppen in de periode voorafgaand aan 13 april 2016 beleidsbepaler was. Deze feiten wenst Holtschoppen nu alsnog in te brengen, zodat de AFM in heroverweging kan begrijpen in welke context hij functioneerde. Als men met gezond verstand naar deze feiten kijkt, is het een heel logisch verhaal dat tevens wordt onderschreven door oud-bestuurder van DWV de heer [A] (**[A]**). [X] benadrukt dat daarmee goed de rol van Holtschoppen

is te duiden en verzoekt de AFM niet meer met een tunnelvisie naar het onderzoek te kijken dat ertoe heeft geleid dat de AFM tot het oordeel komt dat Holtschoppen beleidsbepaler is geweest.

[R] vraagt aan **[X]** op welke informatie hier concreet wordt gewezen?

[X] antwoordt dat het gaat om de informatie uit de bijlage waaronder de telefoongegevens (van **[ONDERNEMING G]**) en een verklaring van **[A]**. Er moet ergens een opdrachtgever zijn. Die is niet te vinden. **[X]** sluit zijn toelichting voor wat betreft de periode voor 13 april 2016 hiermee af.

Holtschoppen stelt zich voor en licht zijn positie voorafgaand aan 13 april 2016 nog kort toe. Holtschoppen merkt op dat hij in Zwitserland directeur is van een onderneming en hij daarnaast gelieerd is aan een organisatie dat toezicht houdt op vermogensbeheerders. Als directeur stuurt hij medewerkers aan, heeft hij contact met de accountant en is hij verantwoordelijk voor de contracten. Kortom, het betreft een positie waar veel bij komt kijken. Holtschoppen benadrukt dat hij bij DWV optrad als consultant voor de handel in commodity's en derivaten. In die periode had hij beschikking over een pand in Roermond – dat in het bezit was van zijn familie – die hij als beheerder verhuurde aan DWV. DWV had zelf een klein (en niet zo fraai) kantoor in Haarlem. Het pand in Roermond werd slechts gebruikt om klanten van DWV te ontvangen. Holtschoppen benadrukt dat hij in Zwitserland woont bij zijn familie. Hij licht toe dat het voor hem onbegrijpelijk is dat de AFM tot het oordeel komt dat hij een bedrijf in Roermond als beleidsbepaler kan leiden, terwijl hij in Zwitserland woont en het management van het betreffende bedrijf in Haarlem werkt.

[X] merkt op dat de onderbouwing betreft de rolverdeling tussen de heer **[C]** (**[C]**) en de heer Holtschoppen in het boetebesluit niet te volgen is. Er werkten slechts 5 personen bij DWV. Er was ook niet voldoende werk om daar als twee bestuurders fulltime te werken. De AFM moet echter zuiver naar de rolverdeling kijken. Die rolverdeling zegt niets over de kwalificatie van bestuurders als beleidsbepalers. **[C]** was geen 'puppet' en vervulde werkzaamheden om de administratie op orde te krijgen. Zij waren daarnaast beiden getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid en daarmee staat vast dat ze beleidsbepalers zijn.

De Voorzitter vraagt of hier bedoeld wordt op het vier-ogen-principe?

[X] antwoordt dat de opmerking betrekking heeft op de vaststelling van de AFM dat er geen twee beleidsbepalers waren.

Holtschoppen licht nader toe dat hij **[C]** nodig had om zijn taken te vervullen. Hij was zijn tweede paar ogen als het ging om bepaalde documenten, waaronder het beleggingsbeleid en stukken van de accountant, omdat hij die simpelweg niet kon begrijpen als die in het Nederlands waren opgesteld. Ze moesten daarom wel samenwerken.

In antwoord op een vraag daartoe van de **Voorzitter**, merkt **Holtschoppen** op dat hij en **[C]** gelijkwaardig waren.

[X] merkt nog het volgende op ten aanzien van het voornemen van de AFM om de vergunning in 2017 in te trekken. In de geschiedenis van DWV was dit de tweede keer. De bestuurders hebben toen nagedacht over wat reëel en haalbaar is. Zij hebben toen hun knopen geteld en de vergunning ingeleverd. In die periode had **[C]** gezondheidsproblemen en trok zich daarom in september terug als bestuurder. **[X]** merkt op dat de

AFM inderdaad een punt heeft dat in de korte periode tussen september en december 2017 DWV niet een tweehoofdige bestuurder had. Dat is echter onredelijk om als toezichthouder daar een verwijt te maken. Soms wordt men ziek. Maar nu DWV ook zelf het besluit genomen had om de vergunning in te leveren, is dat verwijt buitengewoon onredelijk.

Holtschoppen voegt daaraan toe dat hij en [C] hun mandaat hadden neergelegd. Alle cliënten zijn destijds geïnformeerd dat DWV de vergunning had ingeleverd en ook niet meer actief was.

De Voorzitter verifieert of daarmee bedoeld wordt dat er geen bedrijfsactiviteiten meer werden verricht?

[X] vult aan dat er geen activiteiten meer werden verricht die vergunningplichtig waren.

Holtschoppen benadrukt nogmaals dat de cliënten hierover zijn geïnformeerd en voegt daaraan toe dat hem bijstaat dat dit in oktober of november 2016 is gebeurd.

De Voorzitter merkt op dat die brief aan cliënten niet in het dossier zit.

[X] merkt op dat die brief wellicht als bijlage bij de brief zat waarin DWV de vergunning wilde inleveren. [X] benadrukt dat hij hiermee aan het voetlicht wil brengen hoe een toezichthouder met zo'n situatie om moet gaan.

Holtschoppen verontschuldigt zich voor zijn gebrek aan Nederlands. Holtschoppen merkt verder op dat hij na overname van DWV te horen kreeg dat alles in orde was. Daarvoor heeft hij professionele mensen ingehuurd om de zaak te verifiëren. Alles leek in orde. Op 25 mei 2016 is hij als beleidsbepaler aangemeld en kort daarop, begin juni kwamen de eerste klachten al binnen. In november 2016 is Holtschoppen een procedure gestart tegen [A]. In eerste aanleg is uitspraak geweest van de rechtbank waarin de vordering is toegewezen (ten nadelen van de verkoper). Nu dient de zaak in hoger beroep.

De Voorzitter licht in reactie daarop toe dat, mocht de AFM behoefte hebben aan de stukken daaromtrent, [R] ernaar zal vragen.

Holtschoppen merkt op dat hij als beleidsbepaler is goedgekeurd en sindsdien samen met [C] alles opnieuw heeft ingericht. AFM was bekend met het verleden. Holtschoppen begrijpt niet waarom men hem zo veel geld heeft laten uitgeven om na zes maanden vast te stellen dat alles bij DWV verkeerd is? Holtschoppen houdt een emotioneel betoog waarin hij stelt dat hij onevenredig wordt benadeeld. Door de publicatie heeft Holtschoppen veel reputatieschade opgelopen, hij kan nergens meer werken als toezichthouder en heeft alles verloren.

De Voorzitter vraagt of de AFM naar het oordeel van Holtschoppen voorbij is gegaan aan zijn rol als beleidsbepaler voorafgaand aan 13 april 2016?

[X] antwoordt dat in de aanloop naar de vovo Holtschoppen niet in staat was om alles wat nu in bezwaar is aangereikt in de vovo mee te nemen wegens strijd met de goede procesorde.

De Voorzitter merkt verder op dat de AFM in heroverweging ook kennis neemt van nadere financiële gegevens die aanleiding kunnen zijn voor matiging en geeft in dat verband het woord aan [R].

[R] bedankt voor de stukken die voorgaand aan de hoorzitting zijn verstuurd en merkt op dat de schulden zijn onderbouwd onder punt 9 ([schulden en kosten]). Het betreft de schulden in Duitsland en in Zwitserland. Wel rijst de een vraag ten aanzien van de bezittingen. Is hetgeen nu is voorgelegd waar de AFM op af moet gaan? Of zijn er meer bezittingen?

Holtschoppen antwoordt dat het geen probleem is zijn bezittingen nader toe te lichten nu hij elk jaar een verklaring aan de belastingdienst moet geven. Het derde stuk (2014) is afgegeven in januari 2019. Daarin staat het vermogen dat bestaat uit de geschatte waarde van [ONDERNEMING A] destijds. Die aandelen zijn nu niets meer waard. [ONDERNEMING A] dreigde failliet te gaan in januari 2016. Toen heeft Holtschoppen betalingen gedaan, maar nu is er een tekort van [bedrag] op de balans. Holtschoppen meldt dat hij zijn eigen vermogen in [ONDERNEMING A] heeft gestoken omdat hij anders zijn beroep niet meer kon uitoefenen.

De Voorzitter vat samen dat Holtschoppen aanbiedt om met behulp van nadere gegevens zowel zijn eigen financiële positie, als die van [ONDERNEMING A] nader te onderbouwen.

Holtschoppen licht verder toe dat hij in loondienst is bij [ONDERNEMING A], maar dat [ONDERNEMING A] de laatste maanden geen loon kan uitbetalen. Verder heeft Holtschoppen nog een openstaande vordering op [ONDERNEMING M] van € [bedrag] voor wat hij betaald heeft voor leningen en aandelen. De vorderingsprocedure loopt bij [de rechtbank].

De Voorzitter vraagt of bekend is op welke termijn het vonnis verwacht wordt?

Holtschoppen antwoordt dat de procedure in november 2016 is gestart en dat hij hoopt dat het vonnis dit jaar nog volgt.

De Voorzitter constateert dat aangeboden wordt om nadere gegevens te verstrekken.

[R] merkt op de nadere gegevens graag binnen een week te ontvangen.

Afsluitend

Op de vraag van **de Voorzitter** daartoe, geeft **[R]** aan, zonder dat hij daarmee een toezegging doet, dat hij ernaar streeft dat uiterlijk 8 augustus 2018 de beslissing op bezwaar wordt genomen.

In een reactie op de vraag van **de Voorzitter** daartoe, geven **de aanwezigen** aan dat zij van mening zijn dat zij in deze zitting in voldoende mate zijn gehoord.

[X] licht toe dat hij vanaf volgende week woensdag anderhalve week op vakantie is. Mocht de AFM waar nodig om uitstel van de beslistermijn vragen dan is dat geen probleem.

Tot slot wijst **de Voorzitter** erop dat tegen de uiteindelijke beslissing op bezwaar beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.

Om 17:05 uur sluit **de Voorzitter**, onder dankzegging voor ieders bijdrage, de hoorzitting.