

Openbare versie

Rodeler (NL.) B.V.
Het bestuur
Vliegdenweg 4
1406 MZ BUSSUM

Datum 3 juni 2021
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 1 van 26
Telefoon [redacted]
E-mail [redacted]
Betreft Beslissing op bezwaar Rodeler (NL.) B.V.

Geacht bestuur,

Bij besluit van 18 december 2020 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Rodeler (NL.) B.V. (**Rodeler NL**) een bestuurlijke boete (kenmerk: [kenmerk]) van € 15.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**). De AFM heeft met gebruikmaking van haar bevoegdheden uit de Awb een vordering gedaan om opnames te verstrekken van telefoongesprekken die waren gevoerd tussen medewerkers van Rodeler NL en klanten. Rodeler NL heeft slechts een klein gedeelte van de gevraagde gespreksopnames aan de AFM ter beschikking gesteld en heeft daarmee de medewerkingsplicht geschonden.

Tegen de bestuurlijke boete heeft Rodeler NL bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten de bestuurlijke boete in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

I. Procedure

1. Bij brief van 12 mei 2020 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan Rodeler NL een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb (**het Boetevoornemen**). Het Boetevoornemen is gebaseerd op de feiten, zoals omschreven in het onderzoeksrapport van 23 april 2020 (kenmerk: [kenmerk]) (**het Onderzoeksrapport**). De AFM heeft Rodeler NL in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 2 juni 2020 haar zienswijze te geven op het Boetevoornemen en het Onderzoeksrapport.
2. Op 18 september 2020 heeft Rodeler NL, na verschillende keren uitstel te hebben gekregen, een schriftelijke zienswijze gegeven op het voornemen tot boeteoplegging (**de Zienswijze**).
3. Bij besluit van 18 december 2020 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM aan Rodeler NL een bestuurlijke boete opgelegd als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**), wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb (**het Boetebesluit**).
4. Bij brief van 29 januari 2021 heeft Rodeler NL pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. Daarbij heeft Rodeler NL verzocht om een nadere termijn voor het aanvullen van de bezwaargronden.
5. Bij brief van 2 februari 2021 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd. De AFM heeft Rodeler NL daarbij in de gelegenheid gesteld om de gronden van bezwaar uiterlijk 16 maart 2021 aan te vullen, met opschorting van de beslistermijn op het bezwaar. Tevens heeft de AFM Rodeler NL verzocht om aan te geven of zij gebruik wenst te maken van het recht te worden gehoord.
6. Op 16 maart 2021 heeft Rodeler NL de gronden van bezwaar aangevuld (**het Bezwaarschrift**) en de AFM verzocht de bezwaarprocedure schriftelijk af te doen.
7. Bij e-mail van 1 april 2021 hebben de gemachtigden van Rodeler NL de AFM laten weten dat zij zich terugtrekken als gemachtigden in de bezwaarprocedure.
8. Bij brief van 15 april 2021 (kenmerk: [kenmerk]) heeft de AFM de beslistermijn op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb met zes weken verdaagd. In de brief heeft de AFM Rodeler NL geïnformeerd dat zij uiterlijk 4 juni 2021 zal beslissen op het bezwaar.

II. Feiten en omstandigheden

9. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het Boetebesluit. De feiten die zijn genoemd in het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Bij de overtreding betrokken (rechts)personen

Rodeler NL

10. Rodeler NL is een Nederlandse vennootschap die op 31 maart 2016 is opgericht door de Cypriotische vennootschap Rodeler Limited (**Rodeler Ltd**). Rodeler Ltd is enig bestuurder en aandeelhouder van Rodeler NL. Rodeler NL is gevestigd aan het Zuidplein 36, 1077 XV Amsterdam en ingeschreven in het register van de Kamer van Koophandel onder nummer 65725654. Rodeler NL stelt zich onder meer statutair tot doel diensten te leveren die betrekking hebben op financiële producten en het verzorgen van marketingactiviteiten en het promoten van merken als agent van een beleggingsonderneming.
11. Naar aanleiding van onderzoek van de AFM naar Rodeler NL naar de naleving van de regels die voortvloeien uit de Wft en de bepalingen van de Wet handhaving consumentenbescherming (**Whc**), heeft Rodeler Ltd op 30 maart 2018 besloten om de verkoopactiviteiten van Rodeler NL te doen staken. Op 27 juni 2018 heeft Rodeler Ltd besloten om de activiteiten van Rodeler NL volledig te beëindigen.
12. Rodeler NL handelde onder de naam **24option** (ook wel: 24option.com). 24option was een elektronisch beleggingsplatform waarop klanten van Rodeler NL konden beleggen in CFD's en was bereikbaar via de website www.24option.com. Het platform werd aangeboden en beheerd onder de Cypriotische vergunning van Rodeler Ltd.
13. In de voor deze zaak relevante periode was onder meer [AA], als office manager (ook wel: directeur of general manager Netherlands), werkzaam bij Rodeler NL.

Rodeler Ltd

14. Rodeler Ltd is een Cypriotische vennootschap, gevestigd aan 39 Kolonakioustreet, Frema Plaza, 1st Floor, Ayios Athanasios, CY-4103 Limassol, Cyprus. Rodeler Ltd is op 3 oktober 2012 ingeschreven in

het Cypriotische handelsregister onder nummer HE 312820.

15. Rodeler Ltd beschikte vanaf 7 november 2013 over een door de Cypriotische toezichthouder CySEC verleende vergunning om als beleggingsonderneming op te treden en 24option te beheren. Gedurende de periode waarop het onderzoek van de AFM ziet, beschikte Rodeler Ltd over een Europees paspoort om vanuit Cyprus op de Nederlandse markt de volgende beleggingsdiensten te verlenen:
- het ontvangen en doorgeven van orders met betrekking tot één of meer financiële instrumenten;
 - het uitvoeren van orders voor rekening van cliënten.

Het Europees paspoort van Rodeler Ltd was opgenomen in het register van de AFM. De activiteiten van Rodeler NL vielen niet onder de reikwijdte van het Europees paspoort van Rodeler Ltd.¹

16. CySEC heeft op 1 juni 2020 besloten om de vergunning van Rodeler Ltd tijdelijk op te schorten. Rodeler Ltd heeft vervolgens besloten om haar vergunning in te leveren.² Op de website van CySEC staat ten aanzien van de vergunning vermeld: “(Suspended) (Under examination for voluntary renunciation of the authorisation)”.³ Daarnaast heeft CySEC op 6 juli 2020 een schikking met Rodeler Ltd getroffen, inhoudend dat Rodeler Ltd een bedrag van € 280.000 voldoet “regarding the possible violations of its regulatory obligations”.
17. In de voor deze zaak relevante periode was onder meer [F] bestuurder van Rodeler Ltd.
18. Waar in dit besluit wordt gesproken over Rodeler c.s., wordt bedoeld op Rodeler NL en Rodeler Ltd.

Verloop van het onderzoek

19. De AFM is een onderzoek gestart naar Rodeler NL, met het doel om vast te stellen of Rodeler NL voldeed aan de eisen die voortvloeien uit de Wft, in het bijzonder de vergunningplicht van artikel

¹ Rodeler NL is een in Nederland gevestigde rechtspersoon en kwalificeert niet als bijkantoor in de zin van de Wft, en is of was evenmin een verbonden agent van Rodeler Ltd. Derhalve vielen de activiteiten van Rodeler NL onder het toezicht van de AFM.

² Besluit van CySEC van 6 juli 2020 met het onderwerp ‘Approval of the timeframe of implementation of actions for the express renunciation of a CIF authorisation’.

³ <https://www.cysec.gov.cy/en-GB/entities/investment-firms/cypriot/37605/> (laatst geraadpleegd op 17 november 2020).

Datum

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

5 van 26

2:96, eerste lid, Wft, en aan de bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken (**Wohp**)⁴. Daartoe heeft de AFM op 27 maart 2018 onder meer een onaangekondigd onderzoek ter plaatse (**OOTP**) uitgevoerd en een last onder dwangsom (**de Last**)⁵ opgelegd die ertoe strekte dat Rodeler NL uiterlijk 28 maart 2018 om 17:00 uur alsnog opnames zou verstrekken van telefoongesprekken gevoerd tussen Rodeler NL en haar (potentiële) cliënten in de periode van 27 maart 2017 tot 27 maart 2018. Rodeler NL heeft niet (volledig) aan de Last voldaan, waardoor deze op 29 maart 2018 is verbeurd. Hierna wordt ingegaan op de gang van zaken tijdens het OOTP en de periode vanaf het OOTP tot het voornemen tot boeteoplegging.

20. Bij aanvang van het OOTP op 27 maart 2018 heeft de AFM een aankondigingsbrief aan Rodeler NL overhandigd. Hierin is onder meer opgenomen: *“De toezichthouders verzoeken u om hen toegang te geven tot de fysieke en/of digitale administratie, het e-mail- en chatsysteem, het systeem waarin Rodeler cliëntgegevens administreert en eventuele andere systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd en hen medewerking te verlenen voor het maken van kopieën daarvan.”* Rodeler NL is daarbij tevens gewezen op de bevoegdheden van de AFM en de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb.
21. Van het OOTP is een ‘Verslag feitelijke handelingen’ opgemaakt, waarin de feiten staan opgenomen die hierna worden weergegeven.
22. De AFM heeft aan het begin van het OOTP haar ‘Digitale Werkwijze’ toegelicht aan [AA] en [B]. De heren hebben hierop aangegeven dat de IT-afdeling van Rodeler NL zich in Israël of Cyprus bevond en dat telefoongesprekken werden opgenomen en bewaard, alsook dat deze toegankelijk waren via de server van Rodeler NL en mogelijk in bulk konden worden veiliggesteld.
23. Omstreeks 10:13 uur heeft een medewerker van de Compliance afdeling van Rodeler Ltd telefonisch aan de AFM verklaard dat er gespreksopnames beschikbaar waren van gesprekken tussen medewerkers en klanten van Rodeler NL vanaf 31 maart 2016 tot en met 27 maart 2018. Daarbij is toegezegd dat de telefoongesprekken beschikbaar zouden worden gesteld voor de AFM. De AFM heeft om 10:19 uur [AA] medegedeeld dat de AFM alle gespreksopnames wil meenemen.
24. Rond 10:26 uur heeft de Chief Compliance Officer (**CCO**) van Rodeler Ltd telefonisch aangegeven dat Rodeler Ltd de gespreksopnames vanaf 31 maart 2016 beschikbaar wilde stellen en dat Rodeler Ltd

⁴ Zoals die zijn opgenomen in artikel 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**).

⁵ Bij besluit van 27 maart 2018 (kenmerk: [kenmerk]).

bereid was om deze gesprekken in bulk te exporteren.

25. Rond 10:30 uur heeft de AFM met toestemming van [AA] de bestanden op zijn computer bekeken om relevante documenten te identificeren.
26. Om 10:40 uur heeft de AFM met [F]. Tijdens het telefoongesprek heeft [F] aangegeven bereid te zijn om mee te werken aan het onderzoek van de AFM. De AFM heeft hierbij haar zorgen geuit over het verwijderen van data en aangegeven dat er maatregelen genomen zouden worden als dit ook daadwerkelijk zou gebeuren.
27. Om 11:54 uur heeft de gemachtigde van Rodeler NL aan de AFM bevestigd dat ze de bevoegdheden van de AFM begreep en dat Rodeler NL zal meewerken aan het onderzoek.
28. Om 12:00 uur heeft [F] nogmaals bevestigd dat Rodeler NL zal meewerken aan het onderzoek. [F] heeft in het telefoongesprek verder toegelicht dat er twee gespreksopnamesystemen werden gebruikt. Sinds december 2017 was er een nieuw systeem voor het opslaan van gespreksopnames. [F] heeft aangegeven dat Rodeler Ltd de AFM direct toegang zal verschaffen tot dit laatste systeem en later in de middag toegang tot het oude systeem.
29. Om 12:41 uur wordt door toezichthouders vastgesteld dat de bewaarde telefoongesprekken lokaal alleen per gesprek kunnen worden gedownload. De AFM heeft aangegeven dat gelet op de hoeveelheid telefoongesprekken, een bulk-kopie vereist was.
30. Rond 13:00 uur heeft een IT-medewerker van Rodeler Ltd telefonisch aan de AFM verklaard dat hij had vastgesteld dat er 22 maanden aan gespreksopnames beschikbaar waren. De AFM heeft aangegeven dat zij toegang wenste tot alle gesprekken en deze in bulk wenste te kopiëren. De IT-medewerker heeft aangegeven dat hij dacht alle gesprekken middels een script te kunnen exporteren uit het systeem.
31. Rond 14:30 uur heeft de gemachtigde van Rodeler Ltd telefonisch aan de AFM meegedeeld dat uitsluitend de telefoongesprekken van de laatste 30 dagen werden bewaard. De [functie] geeft aan dat van de periode voor de laatste 30 dagen in het geheel geen gespreksopnames meer beschikbaar zijn.
32. Om 14:39 uur heeft [AA] een om 11:37 uur ontvangen e-mailbericht van Rodeler Ltd doorgestuurd met inloggegevens om toegang te verkrijgen tot het systeem met de gespreksopnames. Deze inloggegevens gaven toegang tot de individuele gesprekken via [naam softwareprogramma]. [Naam

Datum

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 7 van 26

softwareprogramma] was het systeem waarin door Rodeler NL gevoerde telefoongesprekken werden vastgelegd en dat vanaf het kantoor van Rodeler NL lokaal via internet toegankelijk was. Het maken van een bulk-kopie was op deze manier niet mogelijk. In voornoemd e-mail is tevens aangegeven:

“at the start date you can select any back date you want however the [naam softwareprogramma]has the calls since Sept 2017.”

Ook is in de e-mail opgenomen dat er nog gekeken werd hoe gesprekken van vóór september 2017 beschikbaar konden worden gesteld.

33. Rond 15:30 uur heeft de AFM vastgesteld dat op de computer van [AA] via [naam softwareprogramma] gesprekken beschikbaar waren uit de periode vóór 30 dagen geleden. De AFM kreeg de indruk dat er een grote variëteit aan gesprekken beschikbaar was via het systeem. De AFM heeft ter plekke meerdere gesprekken beluisterd. Het betrof zowel gesprekken waarbij enkel de voicemail van de gebelde persoon te horen was als gesprekken die een langere duur hadden.
34. Rond 15:45 uur heeft de AFM in het bijzijn van [AA] en [F] (telefonisch) nogmaals de medewerking gevorderd. De AFM heeft Rodeler NL nog één uur gegeven om volledig mee te werken aan de vordering van de AFM. [F] heeft aangegeven dat Rodeler NL alle beschikbare telefoongesprekken zou verstrekken aan de AFM, maar dat zij niet beschikte over gesprekken van langer dan 30 dagen geleden.
35. Rond 16:05 uur heeft de gemachtigde van Rodeler NL telefonisch aangegeven dat de gesprekken uitsluitend werden bewaard over de periode tot 30 dagen. Oudere gesprekken werden bewaard indien zij ‘geflagged’ waren omdat verwacht werd dat hier mogelijk nog klanten op terug wilden komen in het kader van een klacht of iets dergelijks. Om 16:45 uur heeft de gemachtigde van Rodeler NL nogmaals verklaard dat het systeem dusdanig was ingericht dat iedere maand de opgenomen telefoongesprekken ouder dan een maand werden gewist, behoudens de gesprekken die ‘geflagged’ waren.
36. Nadat om 16:50 uur vier extra toezichthouders bij Rodeler NL waren gearriveerd om te assisteren bij het zelf downloaden van alle individuele telefoongesprekken, was om 17:07 uur het lokale systeem niet langer beschikbaar en konden opnames van de telefoongesprekken niet meer worden gedownload.
37. Om 18:57 uur heeft de AFM de Last opgelegd aan Rodeler NL. In de Last was onder meer het volgende opgenomen:

“Rodeler dient ervoor te zorgen dat zij op 28 maart 2018 vóór 17:00 uur alsnog volledig voldoet aan het informatieverzoek, zoals vervat in de aankondigingsbrief, de daarbij gegeven mondelinge toelichting op diezelfde datum, en daarom de volgende (digitale) gegevens te verstrekken:

Opnames van telefoongesprekken gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler in de periode van 27 maart 2017 tot heden.”

Indien het niet mogelijk was om toegang te geven tot (een deel van) de gevraagde informatie, diende Rodeler NL per (deel)punt gedetailleerd de reden daarvoor te geven. Wanneer Rodeler NL niet vóór 28 maart 2018 om 17:00 uur aan de Last zou voldoen, verbeurde zij een dwangsom van € 50.000 ineens.

38. Op 28 maart 2018 om 12:40 uur heeft de gemachtigde van Rodeler NL de AFM per e-mail laten weten dat Rodeler NL volledige medewerking zou verlenen.
39. Om 15:07 uur heeft de gemachtigde van Rodeler NL de AFM per e-mail toegang gegeven tot een [online cloud] waarop volgens de gemachtigde toegang werd gegeven tot de gevraagde informatie. Hierbij is onder meer vermeld:

“Rodeler laat wederom weten dat de systemen zo zijn ingesteld dat gezien de grote hoeveelheid data, de gesprekken die ouder van 1 maand oud zijn door het systeem automatisch worden gewist.”

“Sommige gesprekken worden/zijn langer bewaard (i) op verzoek van customer support, (ii) voor monitoring doeleinden, (iii) Quality Assurance of (iv) in verband met technische storingen en fouten.”

40. Om 16:57 uur heeft de AFM aan de gemachtigde van Rodeler NL per e-mail gevraagd hoeveel bestanden beschikbaar waren gesteld. In reactie hierop heeft de gemachtigde om 18:33 uur laten weten dat er 11.234 bestanden waren geüpload naar [online cloud]. De gemachtigde heeft in diezelfde e-mail toegelicht dat het ging om alle gesprekken van maart 2018 en ongeveer 120 gesprekken van de daarop voorafgaande drie maanden. Verder vermeldde de e-mail:

“Cliënt laat tevens weten dat hij u gisteren telefonisch heeft laten weten dat er 13.288 gesprekken waren, maar hij wist op dat moment niet dat de “telefoontjes” waarbij niet wordt opgenomen niet worden opgenomen, waardoor van de “no-answers” geen files bestaan.

Het verschil tussen de 10.323 files en het getal van 13288 betreft derhalve “no-answer” calls.

(...)

Circa 1000 gesprekken waren vanuit Cyprus en Duitsland gepleegd.

Daarom is het totaal 11.234 en niet 10.323.”

41. Op 29 maart 2018 heeft de AFM per e-mail aan de gemachtigde van Rodeler NL laten weten de door Rodeler NL beschikbaar gestelde bestanden te hebben geanalyseerd en de volgende bevindingen te hebben:

“

- *Er zijn in totaal 11.234 gesprekken uitgeleverd;*
- *Hiervan zijn 11.121 gesprekken gevoerd in maart 2018;*
- *65 gesprekken zijn gevoerd op 13 februari 2018;*
- *29 gesprekken zijn gevoerd op 15 januari 2018;*
- *19 gesprekken zijn gevoerd op 7 december 2017.*

De AFM stelt daarmee vast dat niet voldaan is aan de vordering van alle telefoongesprekken gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiele) cliënten van Rodeler in de periode 27 maart 2017 tot 27 maart 2018.

Uit uw berichten maakt de AFM op dat uw cliënte stelt dat gesprekken niet langer dan één maand worden bewaard in verband met hoge opslagkosten en de grote hoeveelheid data. Verder stelt uw cliënte dat slechts ‘sommige gesprekken’ langer worden bewaard en dat dit gebeurt (i) op verzoek van customer support, (ii) voor monitoring doeleinden, (iii) Quality Assurance of (iv) in verband met technische storingen en fouten. In dat kader zouden bovenop de 11.121 gesprekken die in maart 2018 zijn gevoerd ook 120 gesprekken van de drie maanden hier aan voorafgaand zijn bewaard.

De AFM heeft in haar brief van 27 maart 2018 (...) reeds uiteengezet op grond waarvan zij voornoemde stelling van uw cliënte niet aannemelijk acht. Daarenboven concludeert de AFM op basis van de data die zij tijdens het onderzoek ter plaatse op 27 maart 2018 heeft veiliggesteld, dat op 27 maart 2018 gesprekken konden worden benaderd die ouder dan één maand oud waren en die niet vallen onder de 120 gesprekken die door uw cliënte zijn uitgeleverd.

Op grond van het bovenstaande stelt de AFM vast dat uw cliënte niet voldaan heeft aan de last van de AFM en dat daarmee de dwangsom wordt verbeurd.”

42. Bij verzoekschrift van 5 april 2018 heeft Rodeler NL de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht om – kort gezegd – de openbaarmaking van de Last te schorsen.
43. Op 18 april 2018 heeft Rodeler NL de gronden van haar verzoek aangevuld. Productie 5 bij de aanvulling op het verzoekschrift bevatte een door de IT-afdeling van Rodeler NL opgestelde

beschrijving van de wijze waarop telefoongesprekken werden beheerd en bewaard. In de omschrijving stond dat in het systeem zowel metadata over een telefoongesprek als de opname zelf werd opgeslagen. Onderdeel van de productie was een script aan de hand waarvan opnames volgens Rodeler NL werden verwijderd. Dit script werd volgens Rodeler NL bijna dagelijks door de IT-afdeling uitgevoerd om informatie te verwijderen. Na uitvoering van het script zouden geluidsopnames ouder dan een maand worden verwijderd maar zou de metadata wel overblijven. Daarnaast bevatte de productie redenen waarom een gesprek van een 'vlag' kon worden voorzien. Die luiden als volgt:

*“(i) a customer support representative notifies the manager that in his eyes a call should be saved because it could be important;
(ii) in a monitoring process a monitor compliance personnel thinks that a call should be saved;
(iii) an inquiry /complaint has been made and the complaints department has ordered to keep the calls.”*

44. Productie 6 bij de aanvulling op het verzoekschrift bevat een verklaring van [AA] over de geluidsopnames die de AFM tijdens het OOTP had gedownload:

“Deze gesprekken zijn door mij persoonlijk gedownload op de dag van de gesprekken zelf, of binnen maximaal 30 dagen nadat de desbetreffende telefoongesprekken hebben plaatsgevonden.”

45. Op 30 april 2018 heeft de voorzieningenrechter het besluit van de AFM tot publicatie van de Last geschorst, omdat de AFM Rodeler NL ten onrechte niet had gehoord over de beslissing tot publicatie van de Last. Op 29 mei 2018 heeft de AFM Rodeler NL alsnog gehoord.
46. Op 2 augustus 2018 heeft de AFM besloten op het bezwaar dat Rodeler NL had gemaakt tegen de Last. De AFM heeft zowel de Last als het publicatiebesluit – zij het met een beperkte wijziging van de publicatietekst – in stand gelaten. Rodeler NL heeft onvoldoende medewerking verleend waardoor zij haar wettelijke medewerkingsplicht heeft overtreden. Rodeler NL heeft onvoldoende inzicht gegeven in de door haar gehanteerde bewaartermijn van telefoongesprekken en de AFM is nog steeds van mening dat Rodeler NL over meer telefoongesprekken beschikt dan zij in het kader van de last heeft verstrekt.
47. Op 9 augustus 2018 is Rodeler NL tegen de beslissing op bezwaar in beroep gegaan en heeft zij verzocht om een voorlopige voorziening tot schorsing van het primaire besluit en de publicatie daarvan en van de openbaarmaking van de indiening van het bezwaar (en eventuele nadere publicatiemomenten).

Datum

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

11 van 26

48. Bij uitspraak van 28 september 2018 (ECLI:NL:RBROT:2018:8283) heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam het verzoek afgewezen (behoudens enkele aanpassingen in de tekst van het persbericht). In de uitspraak is onder meer overwogen:

“Met het overleggen van slechts 1/12^e (één maand uit één jaar) van de verzochte informatie heeft [verzoekster] niet voldaan aan het informatieverzoek.”

“De voorzieningenrechter is gelet op de omstandigheid dat door [verzoekster] na herhaalde verzoeken slechts een klein deel van alle informatie is verstrekt, van oordeel dat AFM zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat [verzoekster] artikel 5:20, eerste lid, van de Awb heeft overtreden.”

“Feit is dat over een veel kortere periode audiogesprekken zijn overgelegd dan gevraagd. De AFM heeft over een periode van een jaar informatie gevorderd en [verzoekster] heeft slechts (met name) de gesprekken van de laatste maand overgelegd. Zelfs ten opzichte van de gestelde bewaartermijn van 30 dagen ontbreken twee dagen, namelijk 27 en 28 februari 2018. Gelet op het voorgaande is de dwangsom verbeurd. Dat het niet mogelijk was over een langere periode telefoongesprekken te verstrekken heeft de AFM niet aannemelijk kunnen achten.”

49. Ten behoeve van de zitting in het beroep tegen de beslissing op bezwaar heeft Rodeler NL onder meer een [onderneming]-rapport als productie overgelegd. Het betrof een beoordeling (een *opinion report*) van een script dat Rodeler Ltd gebruikte om gespreksopnames te verwijderen. [Onderneming] heeft geconstateerd dat door het activeren van dit script gespreksopnames worden verwijderd, maar heeft niet beoordeeld wanneer dit script feitelijk is gebruikt.
50. Bij uitspraak van 30 augustus 2019 (ECLI:NL:RBROT:2019:8143) heeft de rechtbank Rotterdam het beroep van Rodeler NL afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de AFM terecht geconcludeerd dat Rodeler NL heeft geweigerd een groot deel van de beschikbare opnames van telefoongesprekken te verstrekken en dat zij derhalve de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb heeft geschonden. In de uitspraak is onder meer overwogen:

“Die medewerking heeft [eiseres] immers niet verleend voor wat betreft de door de AFM gewenste (balkopie van de) opnames van de telefoongesprekken over de periode van de afgelopen twee jaar. Met haar standpunt dat het niet direct aanleveren van een bulkkopie gezien haar daarvoor geleverde inspanningen niet kan leiden tot een schending van de medewerkingsplicht, miskent [eiseres] allereerst dat aan het eind van de onderzoeksdag geen enkele opname van een telefoongesprek meer beschikbaar was voor de AFM. Maar bovenal gaat [eiseres] met dit standpunt eraan voorbij dat de AFM haar niet zo zeer heeft tegengeworpen dat zij aan het eind van de onderzoeksdag nog steeds

Datum

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 12 van 26

geen bulkkopie had aangeleverd, maar dat zij over meer opnames van telefoongesprekken beschikt dan waarover zij op dat moment stelde te beschikken en die zij bereid was (in bulk) te verstrekken. Gezien de hiervoor in 4.2 vermelde mededelingen en toezeggingen die door vijf verschillende medewerkers vanuit diverse geledingen binnen [eiseres] en [de moederonderneming van eiseres] in de ochtend en het begin van de middag afzonderlijk van elkaar zijn gedaan over de beschikbaarheid van opnames van telefoongesprekken en het verstrekken daarvan (bevestigd in het om 14.39 uur door de AFM ontvangen e-mailbericht), heeft de AFM dit terecht tegengeworpen aan [eiseres]. Aan de vanaf 14:30 uur die middag zonder verdere toelichting door [eiseres] ingenomen stelling dat uitsluitend de telefoongesprekken van de laatste 30 dagen worden bewaard, heeft de AFM terecht geen waarde gehecht. Deze stelling valt niet te rijmen met voormelde eerdere mededelingen en toezeggingen van de vijf verschillende medewerkers van [eiseres] en [de moederonderneming van eiseres]. Dat, naar [eiseres] eerst na het onderzoek ter plaatse heeft gesteld, in eerste instantie niet duidelijk was of het om gespreksdata of gespreksopnames ging, is niet geloofwaardig. Een toezichthouder heeft [naam 1] om 10:19 uur medegedeeld dat de AFM alle opnames van telefoongesprekken wil meenemen. Ook uit de verklaringen van de verschillende medewerkers van [eiseres] en [de moederonderneming van eiseres] kan worden opgemaakt dat het hen duidelijk was dat het om gespreksopnames en niet slechts om gespreksdata ging. Dit wordt nog eens bevestigd door het om 14.39 uur door een toezichthouder ontvangen e-mailbericht, waarin niet alleen het hiervoor geciteerde wordt medegedeeld, maar ook het volgende staat vermeld: "7. in order to download the calls click the icon highlighted in my printscreen below 8. a new window will open scroll down and click on the blue link - the audio file will be downloaded in the pc (...)." Evenmin valt de stelling dat uitsluitend de telefoongesprekken van de laatste 30 dagen worden bewaard te rijmen met de vaststelling van de toezichthouders om 15:30 uur dat er opnames van telefoongesprekken beschikbaar zijn die ouder dan 30 dagen zijn. Dat deze aangetroffen opnames 'geflagged' telefoongesprekken betreffen is niet aannemelijk, nu zich tussen deze gespreksopnames ook opnames bevinden waarbij alleen de voicemail van de gebelde persoon is opgenomen. Niet valt in te zien waarom een dergelijke opname 'geflagged' zou moet worden."

51. Op 10 oktober 2019 is de AFM in hoger beroep gegaan bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**) tegen de uitspraak van de rechtbank van 30 augustus 2019. Het hoger beroep van de AFM richt zich tegen de overwegingen waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat de AFM artikel 4:8, eerste lid, van de Awb heeft geschonden door Rodeler NL voorafgaand aan het dwangsombesluit niet te horen. Op 12 december 2019 heeft Rodeler NL aangekondigd incidenteel hoger beroep te zullen instellen, hetgeen zij op 28 januari 2020 formeel heeft ingesteld.

52. Op 20 maart 2020 heeft de zitting in het hoger beroep bij het CBb plaatsgevonden. Ten tijde van het nemen van deze beslissing op bezwaar is het hoger beroep nog aanhangig en is nog geen uitspraak gedaan.

III. Bezwaar

53. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het Bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. De boetehoogte is op een onjuiste wijze berekend**
 - B. Het boetebesluit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot stand gekomen**
 - C. Relevante omstandigheden waarmee rekening had moeten worden gehouden**
 - C.I De overtreding**
 - C.II Opportuniteit**
 - D. Overige bezwaren**
54. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van Rodeler NL, hecht de AFM eraan het volgende te benoemen. Op 18 december 2020 heeft de AFM een bestuurlijke boete van € 15.000 opgelegd aan Rodeler NL, omdat Rodeler NL de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb in de periode van 27 maart 2018 tot (in ieder geval) 23 april 2020 heeft overtreden.
55. Tijdens het OOTP zijn door vijf verschillende medewerkers vanuit diverse geledingen binnen Rodeler c.s. in de ochtend en in het begin van de middag afzonderlijk van elkaar mededelingen en toezeggingen gedaan over de beschikbaarheid van opnames van telefoongesprekken en het verstrekken daarvan (bevestigd in de om 14:39 uur door de AFM ontvangen e-mail). Daaruit volgde dat er over een langere periode opnames beschikbaar waren, en in ieder geval dat er opnames beschikbaar waren over de periode vanaf 31 mei 2016 tot en met 27 maart 2018.
56. Rond 14:30 uur stelde Rodeler c.s. iets anders: uitsluitend de telefoongesprekken van de laatste 30 dagen werden bewaard, in plaats van de periode van 22 maanden die eerder is aangegeven. Van de periode daarvoor waren volgens Rodeler c.s. in het geheel geen gespreksopnames meer beschikbaar. Een aantal opnames ouder dan 30 dagen was nog wel beschikbaar, omdat deze conform een aantal criteria *geflagged* waren.
57. Dit valt niet te rijmen met de eerdere mededelingen en toezeggingen van de verschillende medewerkers van Rodeler c.s. Evenmin valt dit te rijmen met het feit dat ook door AFM-

medewerkers tijdens het OOTP werd vastgesteld dat er telefoongesprekken beschikbaar waren die ouder dan 30 dagen waren. Soms was enkel de voicemail van de gebelde persoon opgenomen, maar ook was er sprake van gesprekken met een langere duur. Voor bijvoorbeeld twee gesprekken van 27 december 2017 geldt bovendien dat deze op 27 maart 2018 zijn gedownload door [AA] en niet *geflagged* waren. Kennelijk waren deze gesprekken dus langer dan 30 dagen beschikbaar zonder dat deze *geflagged* waren.

58. Uiteindelijk heeft Rodeler NL op 28 maart 2018 volstaan met het verstrekken van 11.234 opnames van telefoongesprekken waarvan dit met name gesprekken zijn die zijn gevoerd in maart 2018. De twee voornoemde gesprekken van 27 december 2017 maakten van hetgeen Rodeler NL heeft aangeleverd overigens geen onderdeel uit. Rodeler NL heeft verder niet onderbouwd dat het niet mogelijk is toegang te geven tot (een deel van) de gevraagde informatie, maar heeft volstaan met de – ongeloofwaardige – stelling dat de gesprekken die ouder dan één maand zijn door het systeem automatisch worden gewist en dat sommige *geflaggede* gesprekken langer worden bewaard.
59. Rodeler NL heeft aldus opzettelijk nagelaten om een groot deel van de beschikbare gespreksopnames aan de AFM te verstrekken en een dwangsom van € 50.000 bleek vervolgens onvoldoende om Rodeler NL alsnog te bewegen tot normconform gedrag. Daarbij komt dat de informatievordering de kern van het bedrijfsmodel van Rodeler NL raakte en het gaat om een aanzienlijk grote hoeveelheid aan gespreksopnames die Rodeler NL heeft achtergehouden (naar globale schatting minimaal 100.000). Het gedrag van Rodeler NL is zonder meer ernstig en de AFM heeft het passend en geboden geacht hiervoor een boete op te leggen.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m D

A. De boetehoogte is op een onjuist wijze berekend

60. Rodeler NL stelt dat de hoogte van de opgelegde boete dient te worden gematigd. Voor de onderbouwing hiervan verwijst Rodeler NL naar (1) de Zienswijze, (2) haar brief van 15 januari 2021 inzake overgelegde draagkrachtgegevens en (3) naar de in bezwaar ingebrachte documenten ‘Rodeler (NL) BV – Statement of Comprehensive Income’ en ‘Rodeler (NL) BV – Statement of financial position’⁶.

⁶ Bijgevoegd als productie 2a bij het Aanvullend bezwaarschrift.

61. Rodeler NL stelt dat haar draagkracht onvoldoende is om de bestuurlijke boete te dragen. Ter onderbouwing daarvan stelt Rodeler NL dat zij sinds 30 november 2020 een negatief vermogen heeft en dat zij geen inkomsten meer genereert doordat de bedrijfsactiviteiten zijn gestaakt. Uit het boetetoemtingsbeleid van de AFM volgt dat de hoogte van een boete wordt gematigd wanneer het boetebedrag het faillissement van de overtreder aannemelijk maakt, aldus Rodeler NL. Het in stand laten van de boetehoogte is daardoor niet in lijn met het boetetoemtingsbeleid van de AFM.
62. Daarnaast stelt Rodeler NL dat zij onevenredig wordt geraakt door de cumulatie van de drie aan haar opgelegde bestuurlijke boetes.⁷ Oplegging van de ene boete beïnvloedt de mogelijkheid tot betaling van de andere boete(s). Hierdoor dienen de hoogtes van de boetes te worden gematigd. De verwijzing van de AFM naar de uitspraak van de Raad van State in het boetebesluit rechtvaardigt niet de totale boetehoogte. In die zaak ging het namelijk niet om gelijktijdig opgelegde boetes.

Reactie AFM

63. Alvorens inhoudelijk op de bezwaargronden in te gaan, acht de AFM het voor de lezing daarvan van belang om eerst het wettelijk kader en de wijze waarop de AFM tot de vaststelling van de financiële positie van Rodeler NL is gekomen kort toe te lichten.
64. Voor overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 5 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**) een basisbedrag van € 500.000. Op grond van het Bbbfs kan de AFM het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% in verband met de ernst/duur van overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. Ook is in het Bbbfs opgenomen dat de AFM bij het vaststellen van de boete rekening houdt met de draagkracht van de overtreder. De AFM kan op basis van de draagkracht of de omstandigheden genoemd in artikel 1b, onderdelen g en h, Bbbfs de bestuurlijke boete verlagen met maximaal 100%.
65. Rodeler NL is reeds bij het Boetevoornemen in de gelegenheid gesteld om financiële gegevens met bewijsstukken te overleggen in het kader van een verzoek tot matiging van de (eventuele) boete op grond van draagkracht. Rodeler NL heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en heeft draagkrachtgegevens overgelegd. Vanwege de daaruit te destilleren beperkte omvang van Rodeler NL op het moment van boeteoplegging en het feit dat Rodeler NL haar activiteiten heeft gestaakt,

⁷ De AFM heeft op 18 december 2020 naast de boete voor overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb tevens twee boetes opgelegd voor overtreding van artikel 2:96, eerste lid, Wft (€ 60.000) en overtreding van artikel 8.8 Whc (€ 100.000).

heeft de AFM Rodeler NL ingedeeld in de zogeheten 5%-categorie uit het AFM-boetetoemettingsbeleid.⁸ Vanwege de beperkte draagkracht van Rodeler NL, daarbij in aanmerking genomen dat aan Rodeler NL gelijktijdig drie boetes worden opgelegd en zij dus drie keer in het vermogen wordt geraakt, heeft de AFM aanleiding gezien de boete voor de Awb-overtreding te matigen tot een bedrag van € 15.000.

66. De door Rodeler NL in bezwaar overgelegde financiële gegevens geven geen aanleiding om anders te oordelen over de financiële positie van Rodeler NL dan ten tijde van de boeteoplegging, omdat haar financiële positie zo goed als ongewijzigd is gebleven ten opzichte van het moment van boeteoplegging.⁹ Nu de draagkracht van Rodeler NL vrijwel gelijk blijft, rijst enkel de vraag of de AFM op juiste gronden tot de hoogte van de boete is gekomen.
67. In bezwaar stelt Rodeler NL zich op het standpunt dat de AFM de boete verder dient te matigen vanwege haar beperkte draagkracht. De AFM volgt dit standpunt niet.
68. Dat Rodeler NL een beperkte draagkracht heeft, wordt door de AFM op zichzelf onderkend. De AFM heeft daarin, zoals onder randnummer 65 van deze beslissing op bezwaar en paragraaf 5.2 van het Boetebesluit is toegelicht, aanleiding gezien om de boete te matigen tot een bedrag van € 15.000. Een verdergaande matiging van de boete op grond van draagkracht heeft de AFM niet passend gevonden, omdat dit geen recht zou doen aan de ernst en omvang van de Awb-overtreding en de mate van verwijtbaarheid van Rodeler NL.
69. In het boetebesluit heeft de AFM uitgebreid toegelicht waar de ernst van de overtreding en verwijtbaarheid van Rodeler NL in is gelegen. De AFM is ook in heroverweging van oordeel dat een verdere matiging van de bestuurlijke boete vanwege de beperkte draagkracht van Rodeler NL een niet passende sanctie oplevert, gelet op de ernst en omvang van de Awb-overtreding en de mate van verwijtbaarheid van Rodeler NL. De AFM licht dit hieronder toe.
70. Rodeler NL was blijkens de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden onder het kopje 'Verloop van het onderzoek', goed op de hoogte van het feit dat zij wettelijk verplicht was om tijdig en volledig aan de informatievordering van de AFM gehoor te geven. Desalniettemin heeft Rodeler NL geweigerd een groot deel van de beschikbare gespreksopnames aan de AFM te verstrekken. De AFM kan gelet op de feiten niet anders concluderen dan dat Rodeler NL opzettelijk medewerking heeft geweigerd.

⁸ Eigen vermogen: [...] ultimo 2019; [...] per 19-10-2020.

⁹ Eigen vermogen: -/- [...] per 30-11-2020, blijkens het in bezwaar overgelegde document 'Rodeler (NL) BV – Statement of financial position.'

Ook de oplegging van de Last heeft Rodeler NL niet bewogen tot normconform gedrag. Zoals in randnummer 59 reeds genoemd betrof de informatievordering de kern van het bedrijfsmodel van Rodeler NL en heeft Rodeler NL – in ieder geval ruim twee jaar – nagelaten een grote hoeveelheid gespreksopnames te overleggen. Dit handelen door Rodeler NL heeft het onderzoek van de AFM bemoeilijkt en beperkt. Gelet op voorgaande zou een verdere matiging van de hoogte van de boete geen recht doen aan de ernst en de omvang van de geconstateerde overtreding en de verwijtbaarheid van Rodeler NL.

71. De AFM is voorts van oordeel dat zij tot een verdere matiging van de bestuurlijke boete niet verplicht is. Uit het wettelijk systeem volgt dat de AFM bij de vaststelling van een op te leggen bestuurlijke boete rekening dient te houden met de financiële draagkracht van de overtreder, alsook met de zich in een concreet geval eventueel voordoende boeteverlagende en -verhogende omstandigheden. De AFM benadrukt dat artikel 4, eerste lid, Bbbfs haar er niet toe verplicht om per definitie doorslaggevende betekenis toe te kennen aan een gebrek aan draagkracht van de overtreder.¹⁰ Indien de hoogte van een met toepassing van de artikelen 2 en 3 Bbbfs opgelegde bestuurlijke boete gelet op de beperkte draagkracht van de overtreder als niet passend moet worden aangemerkt, kán de AFM dit bedrag matigen tot € 0.¹¹
72. Ook uit het boetetoemingsbeleid van de AFM volgt dat de verplichting om rekening te houden met de draagkracht van de overtreder niet betekent dat de hoogte van de boete die draagkracht niet kan overstijgen.¹² Uit het boetetoemingsbeleid volgt verder dat de hoogte van de boete enkel wordt gematigd met het oog op een faillissement, als de oplegging van de boete het faillissement van de overtreder aannemelijk maakt.¹³ Matiging van de boete is bijvoorbeeld niet aan de orde als de continuïteit van de onderneming al door andere factoren wordt bedreigd en/of een causaal verband tussen de boeteoplegging en een (waarschijnlijk) faillissement ontbreekt. Het faillissement dient derhalve het directe gevolg te zijn van de boeteoplegging. Ook vermeldt het boetetoemingsbeleid dat het uitgangspunt, dat de hoogte van de boete niet de directe aanleiding mag zijn voor het faillissement, niet absoluut is. Indien bijvoorbeeld sprake is van zelf gecreëerde geldnood kan de AFM hieraan voorbij gaan.¹⁴ Rodeler NL heeft in bezwaar niet onderbouwd waarom een faillissement als

¹⁰ ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1319.

¹¹ Nota van toelichting bij het Besluit van 11 juni 2009, houdende regels voor het vaststellen van de op grond van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op te leggen bestuurlijke boetes (Besluit bestuurlijke boetes financiële sector).

¹² Boetetoemingsbeleid p. 7.

¹³ Boetetoemingsbeleid, p. 17.

¹⁴ Boetetoemingsbeleid, p. 20.

direct gevolg van de boeteoplegging aannemelijk is. Daarbij komt dat de huidige financiële positie van Rodeler NL, voor zover de AFM kan zien, het gevolg is van een situatie die Rodeler NL zelf heeft gecreëerd door stelselmatig in strijd met de Wft en Whc te handelen, met uiteindelijk het op eigen initiatief beëindigen van de activiteiten als resultaat.

73. Tot slot zij opgemerkt dat er geen regel is die voorschrijft dat in het geval van meerdere boetes het totaalbedrag van de boetes niet hoger zou kunnen uitvallen dan wanneer slechts één boete zou worden opgelegd.¹⁵ Bovendien heeft de AFM met het oog op de draagkracht mede in aanmerking genomen dat aan Rodeler NL gelijktijdig drie boetes worden opgelegd en zij dus drie keer in het vermogen wordt geraakt, en is de niet-medewerking door Rodeler NL aan het onderzoek van de AFM niet betrokken bij het bepalen van de opportuniteit of de hoogte van de boete in de overige twee zaken. De enkele stelling van Rodeler NL, dat zij onevenredig wordt geraakt door de cumulaties van de drie aan haar opgelegde boetes, legt gezien voorgaande dan ook onvoldoende gewicht in de schaal om tot een verdergaande matiging van de boetehoogte over te gaan.
74. Gelet op voorgaande acht de AFM een bestuurlijke boete van € 15.000 passend. De AFM is van oordeel dat, gezien in het geheel van zich voordoende omstandigheden, deze boeteoplegging Rodeler NL niet onevenredig treft.
75. De hierboven behandelde bezwaren leiden in heroverweging derhalve niet tot een ander oordeel.

B. Het boetebesluit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot stand gekomen

76. Rodeler NL stelt dat het Boetebesluit in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot stand is gekomen. Ter onderbouwing hiervan stelt Rodeler NL dat zij onvoldoende gelegenheid heeft gehad om op bepaalde punten van het Boetevoornemen te reageren, omdat in het voornemen tot boeteoplegging geen inzage is gegeven in de bij de boeteoplegging en de bij de vaststelling van de boetehoogte te betrekken belangen en omstandigheden. Hierdoor is een belangrijk deel van de zienswijzegelegenheid ontnomen en is Rodeler NL in haar verdediging geschaad. Het gebrek komt voorts niet in aanmerking voor herstel in bezwaar, door het direct ontstaan van een betalingsverplichting.

Reactie AFM

¹⁵ Zie bijvoorbeeld HR 19 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7004.

Datum

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

19 van 26

77. De AFM stelt voorop dat bij de vaststelling van het Boetebesluit zorgvuldig is gehandeld. Er heeft voorafgaand aan het Boetebesluit een uitgebreid onderzoek plaatsgevonden en bij de uiteindelijke boeteoplegging heeft een zorgvuldige en evenredige belangenafweging plaatsgevonden. Bij brief van 12 mei 2020 heeft de AFM Rodeler NL laten weten dat zij voornemens is haar de bestuurlijke boetes op te leggen onder begeleiding van het conform artikel 5:48, tweede lid, Awb opgestelde onderzoeksrapport. Rodeler NL is daarbij tevens in de gelegenheid gesteld inzage te krijgen in het onderliggende dossier. Rodeler NL heeft naar aanleiding van deze informatie voorts de gelegenheid gehad om haar zienswijze kenbaar te maken en heeft ook gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. De AFM heeft hetgeen naar voren is gebracht in de Zienswijze in beschouwing genomen en is met inachtneming daarvan tot het Boetebesluit gekomen.
78. In het Boetevoornemen is voorts aangegeven dat voor een overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb een basisbedrag geldt van € 500.000. In het Boetevoornemen is ook expliciet opgenomen dat het basisbedrag kan worden verlaagd of verhoogd met ten hoogste 50% indien de ernst en duur, de mate van verwijtbaarheid daartoe aanleiding geven. Daarnaast wordt Rodeler NL er in het Boetevoornemen op gewezen dat in de berekening van de boetehoogte rekening wordt gehouden met de omvang en draagkracht van Rodeler NL en is Rodeler NL verzocht om schriftelijke informatie te verstrekken ten behoeve van de berekening van haar draagkracht. Tot slot heeft de AFM Rodeler NL er in het Boetevoornemen expliciet op gewezen dat zij in haar zienswijze een beroep kan doen op beperkte draagkracht, waarbij zij gebruik kan maken van een bij het Boetevoornemen bijgevoegde vragenlijst. Rodeler NL heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en heeft in de zienswijzefase standpunten naar voren gebracht ten aanzien van haar beperkte draagkracht, onderbouwd met door haar overgelegde draagkrachtgegevens. Met inachtneming van deze gegevens is de AFM tot de uiteindelijke boetehoogtes gekomen.
79. Naar het oordeel van de AFM is met bovenstaande gang van zaken voldaan aan het bepaalde in artikel 5:53 Awb.¹⁶ Er bestaat voorts geen rechtsregel op grond waarvan in het voornemen een voorgenomen boetehoogte en een belangenafweging ten aanzien van bijvoorbeeld de ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder moet zijn opgenomen. De AFM merkt op dat het logisch is dat in het Boetevoornemen geen boetehoogte is opgenomen en dat het Boetevoornemen nog niet alle gegevens ten aanzien van de belangenafweging bevat, aangezien het besluit tot boeteoplegging op dat moment nog niet is genomen. De wetgever heeft het bestuursorgaan ook uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden om in een rapport in de zin van artikel

¹⁶ Artikel 5:53 Awb bepaalt dat voor onderhavige boetes een rapport dient te zijn opgemaakt (conform artikel 5:48, tweede en derde lid, Awb) en dat de overtreder in de gelegenheid moet worden gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.

Datum

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

20 van 26

5:48 Awb bepaalde gegevens achterwege te laten, waarover het bestuursorgaan in dat stadium nog niet beschikt.¹⁷ Deze gegevens moeten uiteraard wel in het uiteindelijke boetebesluit worden opgenomen. Een dergelijk besluit wordt, juist gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de vereiste zorgvuldigheid, pas genomen nadat de overtreder in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze te geven. Mede op grond van de zienswijze wordt beslist of al dan niet wordt overgegaan tot boeteoplegging, waarbij alle belangen worden afgewogen en de definitieve boetehoogte wordt vastgesteld. Bovenstaande volgt ook uit vaste jurisprudentie.¹⁸

80. De AFM ziet gelet op voorgaande niet in waarom in het Boetevoornemen onvoldoende inzicht is gegeven in de bij de boeteoplegging en de bij de vaststelling van de boetehoogte te betrekken belangen en omstandigheden. De AFM kan het verwijt van Rodeler NL dat zij onvoldoende gelegenheid heeft gehad om in de Zienswijze op de eventuele boetehoogte in te gaan, en dat zij in haar verdedigingsbelang is geschaad, dan ook niet volgen.
81. Ten aanzien van het direct ontstaan van een betalingsverplichting na boeteoplegging merkt de AFM ten overvloede op dat het ontstaan van een betalingsverplichting het inherente gevolg is van het opleggen van een boete. Dit staat op zichzelf los van de wijze waarop Rodeler NL in de gelegenheid is gesteld om in de primaire fase van het besluit haar zienswijze te geven en of zij daarbij in haar verdediging is geschaad (hetgeen niet het geval is). Bovendien biedt de bezwaarprocedure Rodeler NL gelegenheid om haar gronden tegen de belangenafweging en boetehoogte aan te voeren, los van of er een betalingsverplichting bestaat of niet, zij het dat van enig gebrek in het voornemen geen sprake is en deze derhalve ook niet in bezwaar hersteld hoeft te worden. In bezwaar vindt vervolgens een volledige heroverweging plaats. Indien de heroverweging in bezwaar tot een ander oordeel leidt ten aanzien van de belangenafweging dan wel de boetehoogte en de boete is reeds voldaan, zou een eventueel teveel betaald bedrag worden terugbetaald. Overigens geldt dat het maken van bezwaar de verplichting om de boete te betalen schorst totdat op het bezwaar is beslist.¹⁹
82. De hierboven behandelde bezwaren leiden derhalve niet tot een ander oordeel.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 137.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2014:BZ5156; Rechtbank Rotterdam, 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454; Cbb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177 en Cbb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54.

¹⁹ Artikel 1:85, eerste lid, Wft. Wel dient er wettelijke rente te worden betaald over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst (artikel 1:85, tweede lid, Wft).

C. Relevante omstandigheden waarmee de AFM rekening had moeten houden bij de boeteoplegging

83. Rodeler NL gaat onder het kopje ‘relevante omstandigheden’ in het Bezwaarschrift in op een aantal aspecten waarmee de AFM volgens haar rekening had moeten houden in de besluitvorming. De AFM heeft hetgeen Rodeler NL heeft aangevoerd onder ‘relevante omstandigheden’ onderverdeeld in verschillende bezwaaronderdelen. Hieronder zal de AFM kort en zakelijk weergeven welke aspecten door Rodeler NL worden aangevoerd, voor zover relevant voor onderhavige beslissing op bezwaar.²⁰
84. Ter verduidelijking merkt de AFM op dat de standpunten die zijn opgenomen onder de kopjes beginnend met ‘*Bezwaaronderdeel...*’ de standpunten van Rodeler NL betreffen. De standpunten die zijn opgenomen onder de kopjes beginnend met ‘*Reactie AFM...*’ betreffen de standpunten van de AFM.

Bezwaaronderdeel C.I – De overtreding

85. Rodeler NL stelt dat zij tijdens het OOTP zo snel als mogelijk alle medewerking heeft verleend. De gevraagde toegang tot de administratie en de systemen is verschaft en gesprekken met medewerkers zijn mogelijk gemaakt. Rodeler Ltd heeft waar mogelijk op afstand geassisteerd. Het (handhavend) optreden van de AFM heeft erin geresulteerd dat Rodeler NL haar activiteiten heeft gestaakt, om te voorkomen dat consumenten risico’s zouden lopen.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel C.I

86. Gedurende het OOTP heeft Rodeler NL (alsook Rodeler Ltd) in zekere mate meegewerkt aan het onderzoek van de AFM. Dat neemt niet weg dat Rodeler NL tegelijkertijd heeft nagelaten een grote hoeveelheid gespreksopnames te overleggen. Dat is nu juist de kern van onderhavige overtreding.²¹ In tegenstelling tot hetgeen Rodeler NL stelt heeft zij dus niet alle medewerking verleend en werd om die reden ook de Last opgelegd. De medewerking die verleend is doet derhalve niet af aan de vastgestelde overtreding en is evenmin reden om af te zien van boeteoplegging.

Bezwaaronderdeel C.II – Opportuniteit

²⁰ Aspecten die specifiek zien op de boeteopleggingen ter zake de overtredingen van artikelen 2:96, eerste lid, Wft en 8.8 Whc of boeteopleggingen aan andere (rechts)personen, blijven hier buiten beschouwing.

²¹ Zie randnummers 55 tot en met 59 van deze beslissing op bezwaar.

87. Volgens Rodeler NL is de AFM in de onderzoeksfase hard tegen haar opgetreden met meerdere maatregelen tegelijk. Door de voorzieningenrechter zijn al kritische vragen gesteld over de verhouding van de last onder dwangsom en de gelijktijdig aangekondigde openbare waarschuwing. De nu voorliggende opstapeling van opgelegde boetes is volgens Rodeler NL niet proportioneel en ongerechtvaardigd. Dit handelen door de AFM roept de vraag op wat het achterliggende doel van het optreden door de AFM is. Een belang om met het opleggen van de hoge boetes een voorbeeld te stellen, ontbreekt gelet op het tijdsverloop, het feit dat de activiteiten zijn gestaakt en dat de vergunning is ingeleverd.
88. Rodeler NL meent verder dat het niet passend of geboden is een bestuurlijke boete op te leggen voor onvoldoende medewerking aan het onderzoek van de AFM. De vraag of naar aanleiding van het OOTP al dan niet alle noodzakelijke en beschikbare gegevens zijn verschaft, ligt nog voor bij de rechter. Bovendien kan worden geconstateerd dat in elk geval in de ogen van de AFM voldoende informatie is verkregen om verschillende boetes op te baseren.

Reactie AFM op bezwaaronderdeel C.II

89. Rodeler NL stelt onder verwijzing naar het tijdsverloop, het staken van haar activiteiten en het inleveren van haar vergunning dat een belang voor het opleggen van de, volgens haar, hoge boetes ontbreekt. Rodeler NL lijkt hiermee te miskennen dat het karakter van een bestuurlijke boete, anders dan bijvoorbeeld een aanwijzing of een last, niet strekt tot het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie.²² De figuur van een bestuurlijke boete is primair punitief van aard. Het bezwaar van Rodeler NL gaat bovendien niet op, omdat de aangevoerde omstandigheden niet opwegen tegen de ernst en de omvang van de overtreding die de onderhavige boete rechtvaardigen. Rodeler NL heeft opzettelijk nagelaten een grote hoeveelheid gespreksopnames te overleggen, waardoor het toezicht door de AFM belemmerd is. Om diezelfde reden acht de AFM het nog steeds opportuun om een bestuurlijke boete op te leggen.
90. De AFM wijst er verder op dat zij, telkens wanneer beboetbare bepalingen zijn overtreden, bevoegd is tot het opleggen van een bestuurlijke boete. De AFM is bevoegd om ten aanzien van alle drie de geconstateerde overtredingen handhavend op te treden en tot oplegging van drie bestuurlijke boetes over te gaan.²³ Er is geen rechtsregel die eraan in de weg staat dat verschillende boetes cumuleren. Tegelijkertijd dient het opleggen van meerdere bestuurlijke boetes wel in overeenstemming te zijn

²² *Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 133.*

²³ Gelet op artikel 5:8 Awb.

met het evenredigheidsbeginsel.²⁴ De AFM benadrukt in dat kader dat zij reeds rekening heeft gehouden met de cumulatie van de boetes, hetgeen tot uitdrukking is gekomen in de boetehoogtes.²⁵ Voor zover de bezwaren van Rodeler NL zien op de hoogtes van de opgelegde boetes verwijst de AFM voorts naar de behandeling van bezwaargrond A, waaruit volgt dat de AFM is overgegaan tot een vergaande matiging van onderhavige boete.

91. Dat boeteoplegging niet passend of geboden is, omdat er over de Last nog een hoger beroepsprocedure aanhangig is op het moment van boeteoplegging dan wel omdat de AFM in de ogen van Rodeler NL kennelijk voldoende informatie heeft verkregen om overtredingen vast te stellen, volgt de AFM niet.
92. Allereerst zij opgemerkt dat er geen rechtsregel is die de AFM ertoe verplicht om beboeting achterwege te laten totdat een last onder dwangsom in rechte vaststaat.²⁶ Het afwachten van een uitspraak in hoger beroep in een reparatoir traject zou ook nodeloos lange vertraging opleveren, waarmee de beoogde doelen van boeteoplegging (en publicatie) in gevaar zouden komen. Ten overvloede merkt de AFM daarbij op dat de Last de rechterlijke toets in eerste aanleg ten tijde van boeteoplegging al doorstaan had.
93. Daarnaast zij opgemerkt dat de AFM door Rodeler NL is belemmerd in haar toezicht, doordat zij zich bijvoorbeeld niet een volledig beeld kan vormen van de omvang en de duur van de overtreding. Met de stelling dat de AFM desalniettemin voldoende informatie heeft verkregen om overtredingen vast te stellen miskent Rodeler NL de ernst van de door haar begane overtreding. Niet onaannemelijk is voorts dat de periode van de Wft- en Whc-overtreding aanzienlijk langer zou zijn geweest als de AFM had beschikt over alle gevraagde gespreksopnames.
94. Alles overwegende doen de door Rodeler NL aangevoerde stellingen niet af aan de boetewaardigheid van de geconstateerde overtreding. In het licht van de geconstateerde overtreding ziet de AFM geen aanleiding voor de conclusie dat het belang van Rodeler NL om niet over te gaan tot boeteoplegging dient te prevaleren. Voor zover Rodeler NL nadelige gevolgen ervaart van de bestuurlijke boete(s), is dit vooral terug te voeren op het eigen onrechtmatige gedrag van Rodeler NL. Ook in heroverweging acht de AFM het opleggen van de bestuurlijke boetes passend.

²⁴ Gelet op artikel 3:4, tweede lid, Awb.

²⁵ Zie hiervoor de behandeling van bezwaargrond A en p. 20 Boetebesluit.

²⁶ Rb. Rotterdam 15 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9881, r.o. 7.1.

Conclusie

95. De door Rodeler NL onder bezwaargrond C aangevoerde omstandigheden leiden in heroverweging dan ook niet tot een ander oordeel.

D. Overige bezwaren

96. In bezwaargrond D somt Rodeler NL een aantal hoofdbezwaren met onderliggende bezwaren op, die zij in de Zienswijze heeft toegelicht. Rodeler NL stelt dat deze bezwaren onverkort in bezwaar gelden en verwijst hierbij uitdrukkelijk naar de Zienswijze. Volgens Rodeler NL is door de AFM op diverse aspecten van de Zienswijze ontoereikend of ondeugdelijk ingegaan. Dat door Rodeler NL in de bezwaarprocedure niet wordt ingegaan op elk afzonderlijk standpunt van de AFM zoals opgenomen in het Boetebesluit, mag niet worden uitgelegd als een stilzwijgende of uitdrukkelijke aanvaarding daarvan.
97. Rodeler NL heeft de volgende hoofd- en onderliggende bezwaren opgesomd:
- Procedurele gebreken maken dat van een boete geen sprake kan zijn
 - Ontbreken van eerdere conceptrapportages belemmert reactie
 - Nagelaten redelijkheidstoets belemmert zienswijzegelegenheid
 - Publicatie van de boete is in deze situatie onevenredig beschadigend
 - Geen sprake van niet meewerken aan onderzoek

Reactie AFM

98. Ten aanzien van bezwaargrond D merkt de AFM het volgende op. Rodeler NL beperkt zich in bezwaar tot de mededeling dat voornoemde bezwaren uit de Zienswijze onverkort gelden in bezwaar en dat door de AFM 'op diverse aspecten' ontoereikend is gereageerd. Rodeler NL heeft niet gemotiveerd onderbouwd waarom volgens haar onvoldoende is gereageerd op de door haar opgesomde onderdelen uit de Zienswijze. Daarbij komt dat, behoudens het bezwaar dat ziet op de publicatie, de bezwaren in feite ook zijn aangevoerd onder de in deze beslissing op bezwaar weergegeven bezwaargronden A t/m C. Op hetgeen in het Bezwaarschrift onder A t/m C is aangevoerd, is de AFM hierboven reeds ingegaan. De motivering van het Boetebesluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen. Voor zover al sprake zou zijn van een gebrekkige motivering in het Boetebesluit, daarvan is naar het oordeel van de AFM geen sprake, is dit gebrek met deze beslissing op bezwaar hersteld.

99. Ten aanzien van het standpunt van Rodeler NL dat publicatie leidt tot onevenredige schade, verwijst de AFM naar paragraaf VII.

100. Alles overwegende leidt bezwaargrond D, in heroverweging niet tot een ander oordeel.

V. Besluit

De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten.²⁷ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

Het voorgaande leidt ertoe dat geen aanleiding bestaat om over te gaan tot de in het bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb.

VI. Rechtsgangverwijzing

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

VII. Publicatie

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

²⁷ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

Datum

Ons kenmerk

[kenmerk]

Pagina

26 van 26

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[Was getekend]
Manager
Juridische Zaken

[Was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken