

OPENBARE VERSIE

Per e-mail verstuurd aan gemachtigden ([...])

Rodeler Limited
Members of the Board
Kolonakiou Street 39-Frema Plaza 1st Floor
CY-4103 LIMASSOL
Cyprus

Datum 18 december 2020
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 1 van 25
Betreft Besluit tot boeteoplegging

Geacht bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten aan Rodeler Limited (**Rodeler Ltd**) een bestuurlijke boete van € 15.000 op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) door Rodeler (NL.) B.V (**Rodeler NL**), in de periode van 27 maart 2018 tot (in ieder geval) 23 april 2020.

De overtreding laat zich als volgt samenvatten. Rodeler NL en Rodeler Ltd exploiteerden het online beleggingsplatform 24option.com, waarop particulier beleggers konden handelen in *contracts for difference* (**CFD's**). Op 27 maart 2018 heeft de AFM op het kantoor van Rodeler NL een onaangekondigd onderzoek ter plaatse (**OOTP**) uitgevoerd. Hierbij heeft de AFM met gebruikmaking van haar bevoegdheden uit de Awb een vordering gedaan om opnames te verstrekken van telefoongesprekken die in de voorafgaande twaalf maanden 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 van artikel 5:20 Awb geschonden. De AFM heeft vastgesteld dat Rodeler Ltd aan deze overtreding feitelijk leiding heeft gegeven.

Inhoudsopgave

1.	Persoons- en bedrijfsgegevens	2
2.	Verloop van het onderzoek en feiten uit het onderzoeksrapport.....	4
2.1	Het OOTP van 27 maart 2018	4
2.2	Periode vanaf 28 maart 2018	7
3.	Boeteproces.....	11
4.	Beoordeling.....	12
4.1	Wettelijk kader	12
4.2	Zienswijze Rodeler Ltd	13
4.3	Beoordeling overtreding Rodeler NL	16
4.3.1	Overtreding artikel 5:20, eerste lid, Awb.....	16
4.3.2	Opzet.....	17
4.3.3	Conclusie overtreding Rodeler NL	17
4.4	Feitelijk leidinggeven door Rodeler Ltd	18
4.4.1	Wettelijk kader.....	18
4.4.2	Oordeel AFM.....	18
4.5	Resterende aspecten zienswijze	19
4.6	Opportunititeit boeteoplegging	22
5.	Besluit	23
5.1	Besluit tot boeteoplegging.....	23
5.2	Hoogte van de boete	23
5.3	Openbaarmaking van de boete	25
6.	Hoe kunt u bezwaar maken?	25

1. Persoons- en bedrijfsgegevens

In dit hoofdstuk worden de voornaamste bij deze zaak betrokken (rechts)personen geïntroduceerd.

- **Rodeler NL**

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

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	3 van 25

Rodeler NL. Rodeler NL is gevestigd aan het Zuidplein 36, 1077 XV Amsterdam en ingeschreven in het register van de KvK 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.

In de voor deze zaak relevante periode waren onder meer de volgende personen werkzaam bij Rodeler NL:

- [AA], als office manager (ook wel: directeur of general manager Netherlands); en
- [A] als compliance manager (ook wel: compliance officer).

Naar aanleiding van het onderzoek van de AFM 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.

Rodeler NL handelde onder de naam **24option** (ook wel: 24 option.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.

- **Rodeler Ltd**

Rodeler Ltd is een Cypriotische vennootschap, gevestigd aan 39 Kolonakiou Street, 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. In de voor deze zaak relevante periode waren de bestuurders van Rodeler Ltd: [B], [...], [...], [...] en [...].

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 zogeheten 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 NL was opgenomen in het register van de AFM.

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.¹ Op de website van CySEC staat ten aanzien van de vergunning vermeld: “(Suspended) (Under examination for voluntary renunciation of the authorisation)”.² 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

¹ 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’.

² <https://www.cysec.gov.cy/en-GB/entities/investment-firms/cypriot/37605/> (laatst geraadpleegd op 15 december 2020).

regulatory obligations”.

Op de website 24 option.com is te lezen dat Rodeler Ltd per 20 augustus 2020 haar activiteiten heeft gestaakt.

Waar in dit besluit – in enkelvoud – wordt gesproken over **Rodeler c.s.**, wordt bedoeld op Rodeler NL en/of Rodeler Ltd.

2. Verloop van het onderzoek en feiten uit het onderzoeksrapport

De AFM heeft op 27 maart 2018 een OOTP uitgevoerd op het kantoor van Rodeler NL te Amsterdam om te onderzoeken of Rodeler NL al dan niet beleggingsdiensten verleende zonder te beschikken over een vergunning als bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, Wft en om te onderzoeken in hoeverre Rodeler NL de Wet oneerlijke handelspraktijken naleefde. De volgende paragrafen beschrijven de gang van zaken tijdens het OOTP op 27 maart 2018 (paragraaf 2.1) en de periode vanaf het OOTP tot het voornemen tot boeteoplegging (paragraaf 2.2).

2.1 Het OOTP van 27 maart 2018

Bij aanvang van het OOTP op 27 maart 2018 om 9.30 uur, 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 hierin tevens gewezen op de bevoegdheden van de AFM en de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb.³

De AFM heeft aan het begin van het OOTP haar ‘Digitale Werkwijze’ toegelicht aan [AA] en [A]. Zij 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 en mogelijk in bulk konden worden veiliggesteld via de server van Rodeler NL.

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 de toezegging gedaan dat de gespreksopnames beschikbaar zouden worden gesteld voor de AFM.

Om 10.19 uur heeft de AFM aan [AA] meegedeeld dat de AFM deze gespreksopnames wilde meenemen.

³ Van het OOTP is een ‘Verslag feitelijke handelingen’ opgemaakt, waarin de feiten staan opgenomen die hieronder worden weergegeven.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	5 van 25

Rond 10.26 uur heeft de Chief Compliance Officer van Rodeler Ltd (**COO**) op Cyprus telefonisch aangegeven dat Rodeler Ltd de gespreksopnames vanaf 31 maart 2016 beschikbaar wilde stellen en dat Rodeler Ltd bereid was om deze gesprekken in bulk te exporteren.

Rond 10.30 uur heeft de AFM met toestemming van [AA] de bestanden op zijn computer bekeken om relevante documenten te identificeren. Om 12.08 uur heeft [AA] toestemming gegeven om digitale gegevens van zijn computer te kopiëren.

Om 10.40 uur heeft de AFM met [B] gesproken. Tijdens dit telefoongesprek heeft [B] 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.

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.

[B] heeft om 12.00 uur nogmaals bevestigd dat Rodeler c.s. zal meewerken aan het onderzoek. [B] heeft tevens toegelicht dat er twee gespreksopnamesystemen werden gebruikt. Sinds december 2017 was er een nieuw systeem voor het opslaan van gespreksopnames. [B] 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.

Door de AFM is om 12.41 uur vastgesteld dat de door Rodeler c.s. bewaarde telefoongesprekken vanaf de computer van [AA] lokaal alleen per gesprek konden worden gedownload. De AFM heeft aangegeven dat – gelet op de hoeveelheid telefoongesprekken – er een bulk-kopie vereist was, omdat het downloaden van de individuele gesprekken veel tijd in beslag neemt en gevoelig is voor fouten.

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, in plaats van de door de AFM gevorderde periode van 24 maanden. De AFM heeft aangegeven dat zij toegang wenste tot alle gesprekken en deze in bulk wenste te kopiëren. De IT-medewerker heeft aangegeven alle gesprekken middels een script (een soort computercode) te kunnen exporteren uit het systeem.

Rond 14.30 uur heeft een compliance manager van Rodeler Ltd de AFM telefonisch meegedeeld dat uitsluitend de telefoongesprekken van de laatste 30 dagen werden bewaard.

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]'.⁴ Het maken van een bulk-kopie was op deze manier niet mogelijk. In deze 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”*. In

⁴ [naam softwareprogramma] is het systeem waarin de door medewerkers van Rodeler NL gevoerde telefoongesprekken werden vastgelegd en dat vanaf het kantoor van Rodeler NL lokaal via een internetbrowser toegankelijk was.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	6 van 25

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

Rond 15.30 uur heeft de AFM vastgesteld dat op de computer van [AA] via [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.

Rond 15.45 uur heeft de AFM in het bijzijn van [AA] en [B] (telefonisch) nogmaals de medewerking gevorderd. De AFM heeft Rodeler NL op dat moment nog één uur gegeven om volledig mee te werken aan de vordering van de AFM. [B] 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.

De gemachtigde van Rodeler NL heeft rond 16.05 uur 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 – gezien de omvang van de telefoongesprekken – dusdanig was ingericht dat iedere maand de opgenomen telefoongesprekken ouder dan een maand werden gewist, behoudens de gesprekken die 'geflagged' waren. De AFM gaf hierop aan dat dit een ander beeld gaf dan wat zij had waargenomen. De AFM had immers ook opnames van voicemails aangetroffen die op dat moment ouder waren dan 30 dagen.

Nadat om 16.50 uur vier extra toezichthouders bij Rodeler NL waren gearriveerd om te assisteren bij het – toch maar zelf – downloaden van alle individuele telefoongesprekken (omdat inmiddels werd getwijfeld of de opnames in bulk zouden worden aangeleverd), was om 17:07 uur het lokale systeem niet langer beschikbaar. Hierdoor konden de opnames van de telefoongesprekken niet meer worden gedownload.

Om 18.57 uur heeft de AFM een last onder dwangsom (**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.”

Rodeler NL diende, indien het niet mogelijk was om toegang te geven tot (een deel van) de gevraagde informatie, 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.⁵

⁵ Zie brief van 27 maart 2018 (per e-mail verstuurd).

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	7 van 25

Tevens heeft de AFM in de Last een publicatiebesluit genomen, kort gezegd inhoudende openbaarmaking van de Last, indien de dwangsom zou worden verbeurd.

2.2 Periode vanaf 28 maart 2018

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.

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: *“Opnames van telefoongesprekken gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiele) cliënten van Rodeler in de periode 27 maart 2017 tot heden”*. Hierbij is vermeld: *“Rodeler laat wederom weten dat de systemen zo zijn ingesteld dat gezien de grote hoeveelheid data, de gesprekken die ouder dan 1 maand oud zijn door het systeem automatisch worden gewist.”* De gemachtigde heeft hierbij ook vermeld: *“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.”*

Om 16.57 uur heeft de AFM aan de gemachtigde van Rodeler NL gevraagd hoeveel bestanden beschikbaar waren gesteld. De gemachtigde heeft om 18.33 uur per e-mail gereageerd dat er 11.234 bestanden waren geüpload naar [online cloud]. Het betrof volgens de gemachtigde van Rodeler NL alle gesprekken van maart 2018 en ongeveer 120 gesprekken van de daaraan voorafgaande 3 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.”

Ook op 28 maart 2018 heeft Rodeler NL (op nader aan te voeren gronden) bezwaar gemaakt tegen de Last en het daaraan gekoppelde publicatiebesluit.

De AFM heeft de door Rodeler NL geüploade gesprekken geanalyseerd en haar bevindingen op 29 maart 2020 om 15.41 uur met de gemachtigde van Rodeler NL gedeeld. De bevindingen waren als volgt:

- Er zijn gespreksopnames van in totaal 11.234 gesprekken aangeleverd;
- Van de aangeleverde gespreksopnames zijn:
 - 11.121 gesprekken gevoerd in maart 2018;
 - 19 gesprekken gevoerd op 7 december 2017;
 - 29 gesprekken gevoerd op 15 januari 2018; en
 - 65 gesprekken gevoerd op 13 februari 2018.

Datum 18 december 2020
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 8 van 25

Per e-mail van 29 maart 2018 heeft de AFM Rodeler NL medegedeeld te hebben vastgesteld dat Rodeler NL niet aan de Last heeft voldaan. Over de stelling van Rodeler NL, dat zij niet beschikte over meer opnames dan verstrekt, schreef de AFM:

“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 met kenmerk [kenmerk] 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.”

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.

Op 18 april 2018 heeft Rodeler NL de gronden van haar verzoek aangevuld. Productie 5 bevatte een door de IT-afdeling van Rodeler Ltd opgestelde beschrijving van de wijze waarop telefoongesprekken werden beheerd en bewaard.⁶ 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 elke dag 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.”

Productie 6 bij de aanvulling op het verzoekschrift bevat een verklaring van [AA] over de geluidsopnames van 27 december 2017 die de AFM tijdens het OOTP via [naam softwareprogramma] 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.”*

⁶ Brief van de gemachtigde van Rodeler NL aan de rechtbank van 18 april 2018, productie 5.

Datum 18 december 2020
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 9 van 25

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.

Op 2 augustus 2018 heeft de AFM Rodeler NL de beslissing op bezwaar toegestuurd. De AFM heeft zowel de Last als het publicatiebesluit – zij het met een beperkte wijziging van de publicatietekst – in stand gelaten. In de beslissing op bezwaar is onder meer opgenomen:

“De AFM is van oordeel dat Rodeler onvoldoende medewerking heeft verleend tijdens het OOTP waardoor zij haar wettelijke medewerkingsplicht ex artikel 5:20, eerste lid, van de Awb heeft overtreden. De schending van de medewerkingsplicht is voornamelijk gelegen in het feit dat, hoewel Rodeler herhaaldelijk heeft gesteld dat zij de beschikbare telefoongesprekken tussen medewerkers van Rodeler en (potentiële) cliënten (in bulk) aan de AFM zal verstrekken, deze tijdens het OOTP niet aan de AFM zijn verstrekt. Op het moment dat de AFM zelf handmatig alle telefoongesprekken uit het belsysteem van Rodeler veilig wil stellen, blijkt dat het systeem niet langer beschikbaar is.

[...]

In bezwaar is onvoldoende aangetoond dat Rodeler heeft voldaan aan haar medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb. Mede doordat Rodeler tot op heden onvoldoende inzicht heeft gegeven in de door haar gehanteerde bewaartermijn van telefoongesprekken en de AFM nog steeds van mening is dat Rodeler over meer telefoongesprekken beschikt dan zij in het kader van de Last heeft verstrekt, heeft Rodeler de dwangsommen verbeurd.”

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)”.

Bij uitspraak van 28 september 2018 heeft de voorzieningenrechter het verzoek afgewezen (behoudens enkele aanpassingen in de tekst van het persbericht). In de uitspraak is onder meer overwogen:

- “met het overleggen van slechts 1/12e (één maand uit één jaar) van de verzochte informatie heeft Rodeler niet voldaan aan het informatieverzoek”; en
- “de voorzieningenrechter is gelet op de omstandigheid dat door Rodeler 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 Rodeler artikel 5:20, eerste lid van de Awb heeft overtreden”.⁷

Op 7 mei 2019 heeft Rodeler NL ten behoeve van de zitting in het beroep tegen de beslissing op bezwaar onder meer een [onderneming]-rapport als productie toegevoegd. 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 werden verwijderd, maar heeft niet beoordeeld wanneer dit script feitelijk is gebruikt.

⁷ Rb. Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8283.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	10 van 25

Op 30 augustus 2019 heeft de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan op het beroep van Rodeler NL tegen de beslissing op bezwaar inzake de Last en de publicatie daarvan.⁸ De rechtbank heeft het beroep 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 dus de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb heeft geschonden. Na een gedetailleerde weergave van de feitelijke gang van zaken op de dag van het OOTP en op 28 maart 2018, heeft de rechtbank in de uitspraak het volgende overwogen:

“4.3 Naar het oordeel van de rechtbank heeft de AFM zich gezien de voormelde gang van zaken tijdens het onderzoek ter plaatse terecht op het standpunt gesteld dat Rodeler de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb heeft geschonden. Dat de AFM tijdens het onderzoek beleidsbepalers en medewerkers van Rodeler heeft kunnen spreken, toegang heeft gehad tot systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd en de mogelijkheid is geboden kopieën te maken van relevante documenten leidt niet tot een ander oordeel. Daarmee heeft Rodeler aan het door de AFM verrichte onderzoek, anders dan zij doet voorkomen, slechts in beperkte mate haar medewerking verleend. Die medewerking heeft Rodeler immers niet verleend voor wat betreft de door de AFM gewenste (bulk)kopie 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 Rodeler allereerst dat aan het eind van de onderzoeksdag geen enkele opname van een telefoongesprek meer beschikbaar was voor de AFM. Maar bovenal gaat Rodeler met dit standpunt eraan voorbij dat de AFM haar niet zo zeer heeft tegengeworpen dat zij aan het eind van de onderzoeksdag nog steeds 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 Rodeler en Rodeler Limited 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 Rodeler. Aan de vanaf 14:30 uur die middag zonder verdere toelichting door Rodeler 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 Rodeler en Rodeler Limited. Dat, naar Rodeler 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 [AA] om 10:19 uur medegedeeld dat de AFM alle opnames van telefoongesprekken wil meenemen. Ook uit de verklaringen van de verschillende medewerkers van Rodeler en Rodeler Limited 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 Rb. Rotterdam 30 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8143.

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 moeten worden.

Nu de AFM zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Rodeler over meer opnames van telefoongesprekken beschikt dan waarover zij vanaf 14:30 uur stelde te beschikken en die zij bereid was (in bulk) te verstrekken, heeft de AFM terecht geconcludeerd dat Rodeler heeft geweigerd een groot deel van de beschikbare opnames van telefoongesprekken te verstrekken en dus de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb heeft geschonden.

4.4 Gezien deze weigering van Rodeler bestaat, anders dan zij meent, geen grond voor het oordeel dat de AFM haar geen redelijke termijn als bedoeld in artikel 5:20, eerste lid, van de Awb heeft gesteld waarbinnen zij haar medewerking kon verlenen aan het onderzoek van de AFM. Met deze weigering was immers vast komen te staan dat Rodeler geenszins voornemens was te voldoen aan de informatievordering van de AFM in het kader van dit onderzoek, zodat het stellen van een langere termijn dan die Rodeler reeds was gegeven zinledig zou zijn geweest.

[...]

7. Voorts heeft Rodeler betoogd dat de AFM een onredelijk korte begunstigingstermijn heeft gesteld om aan de last te voldoen. Dit betoog faalt, nu Rodeler, tegen de achtergrond van de mededelingen en toezeggingen die zij tijdens het onderzoek ter plaatse heeft gedaan, niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij niet binnen de begunstigingstermijn aan de last had kunnen voldoen. Ook heeft zij niet onderbouwd dat de uitspraken uit het door haar ter zitting overgelegde rechtspraakoverzicht zien op met onderhavige zaak vergelijkbare gevallen. Bovendien heeft Rodeler de AFM niet voorafgaand aan het verbeuren van dwangsommen verzocht om opschorting van de begunstigingstermijn of om verlenging daarvan.”

Op 10 oktober 2019 heeft de AFM tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**). Op 28 januari 2020 heeft Rodeler NL incidenteel hoger beroep ingesteld. Kort gezegd, kon de AFM zich niet verenigen met het oordeel van de rechtbank dat zij Rodeler NL in de gelegenheid had moeten stellen een zienswijze te geven alvorens de Last op te leggen, en kon Rodeler NL zich niet verenigen met de inhoudelijke overwegingen van de rechtbank.

3. Boeteproces

Per e-mail van 12 mei 2020 heeft de AFM Rodeler Ltd geïnformeerd dat zij voornemens is aan haar een bestuurlijke boete op te leggen wegens feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb door Rodeler NL. Rodeler Ltd is hierbij in de gelegenheid gesteld om uiterlijk op 2 juni 2020 haar zienswijze op dit voornemen te geven.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	12 van 25

Per brief van 20 mei 2020 heeft Rodeler Ltd verzocht om uitstel van de zienswijzetermijn. Na telefonisch overleg tussen de gemachtigden van Rodeler Ltd en de AFM op 28 mei 2020, heeft Rodeler Ltd de AFM per e-mail van 29 mei 2020 tevens verzocht om vertalingen van het boetevoornemen, het bijbehorende onderzoeksrapport inclusief bijlagen en de inhoudsopgave van het boetedossier zodat Rodeler Ltd kan beoordelen welke stukken hiervan zij nodig heeft voor haar verdediging.

Per e-mail van 9 juni 2020 heeft de AFM het verzoek om vertaling gemotiveerd afgewezen en uitstel van de zienswijzetermijn gegeven tot 14 augustus 2020.

Per brief van 17 juni 2020 heeft Rodeler Ltd haar verzoek om vertaling van stukken gemotiveerd herhaald en daarnaast verzocht om een nader uitstel voor het indienen van een zienswijze. Op 23 juni 2020 heeft de AFM geantwoord dat zij in het hernieuwde verzoek geen aanleiding ziet om terug te komen van haar beslissing van 9 juni 2020. Wel heeft zij Rodeler Ltd een nadere termijn gegund voor het geven van een zienswijze.

Op 30 juni 2020 heeft Rodeler Ltd de AFM verzocht om een tegemoetkoming in de door haar gemaakte vertaalkosten. Op 2 juli 2020 heeft de AFM dit verzoek afgewezen, onder verwijzing naar haar e-mail van 9 juni 2020.

Op 18 september 2020 heeft Rodeler Ltd schriftelijk haar zienswijze gegeven.

Naar aanleiding van een in de zienswijze gedaan verzoek om stukken aan het dossier toe te voegen, heeft de AFM per e-mail van 25 september 2020 veertien documenten toegevoegd en aan Rodeler Ltd toegezonden. Rodeler Ltd is in de gelegenheid gesteld om op deze aanvullende stukken een zienswijze te geven, maar heeft hiervan geen gebruik gemaakt.

Op 6 en 12 oktober 2020 heeft er tussen de gemachtigde van Rodeler Ltd en de AFM telefonisch contact plaatsgevonden over het verdere verloop van de boeteprocedure.

Per e-mail van 30 oktober 2020 heeft Rodeler Ltd nadere draagkrachtgegevens verstrekt.

4. Beoordeling

4.1 Wettelijk kader

Op grond van artikel 5:17, eerste en tweede lid, Awb is een toezichthouder bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en is hij bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken. Artikel 5:20, eerste lid, Awb bepaalt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	13 van 25

4.2 Zienswijze Rodeler Ltd

Op 18 september 2020 heeft Rodeler Ltd een schriftelijke zienswijze gegeven. Deze ziet niet alleen op de voorgenomen boete wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb, maar ook op twee andere, tegelijkertijd uitgebrachte boetevoornemens (wegens een Wft- en een Whc-overtreding). Hieronder wordt uitsluitend de zienswijze weergegeven die ziet op de Awb-overtreding, behoudens waar het gaat om de samenloop met de twee andere boetevoornemens. Zakelijk weergegeven, heeft Rodeler Ltd het volgende naar voren gebracht.

Ontbreken van taalhelp en onvoldoende termijn zienswijze

Het voorgenomen besluit omvat een onderzoeksrapport en een groot aantal onderliggende dossierstukken. Om zich adequaat te kunnen verdedigen moet Rodeler Ltd zelf zowel (i) de beschuldigingen tegen Rodeler NL als (ii) de beweringen dat zij feitelijke zeggenschap had, kunnen begrijpen en – waar nodig – weerleggen. Het is de AFM bekend dat de vertegenwoordigers van Rodeler Ltd de Nederlandse taal niet machtig zijn. Dit blijkt ook uit eerdere contacten die de AFM met hen heeft gehad in de onderzoeksfase, en de toevoeging van een Engelstalige brief bij het boetevoornemen. De AFM heeft Rodeler Ltd in strijd met artikel 6 EVRM en artikel 5:49, tweede lid, Awb, geen vertaling verstrekt van de relevante stukken, ondanks een uitdrukkelijk en gemotiveerd verzoek hiertoe.

Wel heeft de AFM in het feit dat Rodeler Ltd genoodzaakt zou zijn zelf vertalingen te regelen, aanleiding gezien om de termijn voor het geven van een zienswijze te verlengen. Klaarblijkelijk heeft de AFM dus ook zelf ingezien dat een vertaling voor een adequate verdediging noodzakelijk is. De gegeven termijn was echter niet redelijk of voldoende. Gezien de omvang van de betrokken stukken en ook doordat de AFM slechts pdf-scans van geprinte voornemens ter beschikking heeft gesteld (i.p.v. bijvoorbeeld Word- of RTF-bestanden), is het zowel qua tijd als financiën niet haalbaar gebleken om de voornemens op alle punten te laten vertalen. Hierdoor heeft Rodeler Ltd de voornemens niet in begrijpelijke taal kunnen doornemen en bovendien is een groot deel van de zienswijzetermijn opgegaan aan de noodzakelijke vertalingen.

De AFM heeft eveneens geweigerd om de door Rodeler Ltd gemaakte kosten van vertaling te vergoeden. Rodeler Ltd behoudt zich het recht voor om kosten van (nog te maken) vertalingen te verhalen.

Geen schending medewerkingsplicht door Rodeler NL

Rodeler NL heeft de medewerkingsplicht van artikel 5:20 Awb niet geschonden. Zij heeft vanaf de start van het OOTP aangegeven haar medewerking te verlenen en heeft dat ook gedaan. De insteek van het onderzoek van de AFM was veel breder dan slechts het verkrijgen van telefoongesprekken en de AFM heeft de door haar gewenste inzage ook verkregen omdat ze op de dag van het OOTP gegevens op de computers van medewerkers heeft kunnen bekijken en veiligstellen, geïdentificeerde en geëxporteerde e-mailboxen heeft gekopieerd, exports van klanten uit het CRM-systeem heeft gemaakt, opnames van telefoongesprekken heeft kunnen benaderen en heeft kunnen zien dat deze lokaal per gesprek konden worden gedownload. De AFM heeft de Last echter opgelegd omdat zij een bulk-kopie wenste en de opnames niet per gesprek wilde kopiëren. Rodeler NL heeft vervolgens binnen de begunstigingstermijn per e-mail 11.234 gespreksopnames aan de AFM verstrekt en uitgelegd welke stukken zij niet kon aanleveren.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	14 van 25

De AFM kon afgifte van de geluidsopnames van alle telefoongesprekken ineens niet redelijkerwijs vorderen, nu het haar bekend was dat Rodeler NL niet beschikte over gegevens over de gehele periode en ook niet in staat was om die in bulk aan te leveren. Het was vanaf het kantoor van Rodeler NL niet mogelijk om een bulk-kopie te draaien. Het kantoor had gelimiteerde toegang tot het systeem waarop de telefoongesprekken zich bevonden (de server van Rodeler Ltd). Slechts het downloaden en kopiëren van individuele telefoongesprekken was mogelijk. De AFM erkent dit ook: in het 'Verslag feitelijke handelingen' heeft de AFM zelf aangegeven dat de lokale toegang tot [naam softwareprogramma] het enige zicht was dat de AFM op de opnames had en de enige mogelijkheid om opnames (per stuk) te kunnen kopiëren.

De medewerkingsplicht is een inspanningsverplichting en die inspanning is door Rodeler NL geleverd. Rodeler NL heeft binnen een dag 11.234 opnames aan de AFM verstrekt. Dat de AFM voor een langere periode opnames wilde hebben doet niet af aan het voldoende meewerken. Daarbij is nog altijd niet duidelijk geworden waarom het voor het onderzoek van de AFM naar Rodeler NL redelijkerwijs nodig was om over nog meer opnames te beschikken (ingeval die aanwezig zouden zijn). Op basis van de door Rodeler NL verstrekte gegevens is de AFM kennelijk in de gelegenheid geweest om het onderzoek naar de naleving van de Wft en de Wet handhaving consumentenbescherming (**Whc**) te doen, af te ronden en vast te stellen hoe het contact tussen Rodeler NL en haar klanten verliep. Er liggen momenteel een vijftal voornemens tot het opleggen van een achttal bestuurlijke boetes voor, met daarbij lijvige onderzoeksrapporten van honderden pagina's. De AFM meent zodoende ten onrechte dat de vermeende overtreding heeft voortgeduurd tot de datum van het onderzoeksrapport.

Tot slot benadrukt Rodeler Ltd dat Rodeler NL steeds alle moeite heeft gedaan om de AFM tegemoet te komen. Zij heeft op 9 mei 2018 nog geluidsopnames aangeboden van gesprekken die sinds het OOTP met klanten hadden plaatsgevonden, maar de AFM achtte dit niet nodig.

Geen feitelijk leidinggeven door Rodeler Ltd

De AFM is pas na het OOTP gekomen met de stelling dat Rodeler Ltd haar dochter Rodeler NL zou hebben ondersteund bij het niet verlenen van de gevorderde medewerking. Deze stelling is niet onderbouwd, niet gebleken en onjuist. In dit verband benadrukt Rodeler Ltd nog dat zij als moedermaatschappij op Cyprus op afstand stond van de dagelijkse werkvloer van het kantoor in Nederland.

Procedure bij het CBb

Het voornemen van de AFM om een boete op te leggen in verband met de vermeende overtreding van artikel 5:20 Awb is in strijd met wettelijke en ongeschreven beginselen. Het debat over de vraag in hoeverre aan de informatievordering tijdens het OOTP voldoende medewerking is verleend en aan de Last is voldaan, loopt momenteel bij het CBb. De voorgenomen boete doorkruist deze procedure en is in ieder geval prematuur. Om potentieel tegenstrijdige conclusies te voorkomen is het van belang dat de aan de overtreding ten grondslag liggende feiten en de redelijkheid van de op te leggen sancties (bestraffend en herstel) tegelijk worden beoordeeld.

Dubbele bestrafing

De Last was eigenlijk al punitief, aangezien Rodeler NL door haar beperkte toegang niet in staat was daar (volledig) aan te voldoen. Het enige dat de AFM met de Last kon bereiken, was verbeurte van de dwangsom

en Rodeler NL aldus leed toe te voegen. De sanctie is van kleur verschoten en veranderd in een bestraffende sanctie. Indien de AFM voor dezelfde feiten ook een bestuurlijke boete zou opleggen, zou dit resulteren in dubbele bestraffing. De AFM erkent met zoveel woorden ook zelf dat hier sancties worden herhaald, doordat zij in het onderzoeksrapport verwijst naar hetgeen Rodeler NL in de bezwaar- en beroepsprocedure naar voren heeft gebracht ten aanzien van de Last, en door de feiten niet opnieuw aan Rodeler c.s. voor te leggen.

Ontbreken conceptrapport

De AFM heeft Rodeler Ltd niet eerst een concept-onderzoeksrapport gestuurd, maar is direct overgegaan tot het versturen van een definitief rapport met een boetevoornemen. Zonder enige vooraankondiging of voorlegging van feitelijke bevindingen is de AFM ruim twee jaar na het OOTP eind maart 2018 gekomen met drie voorgenomen boetes voor Rodeler Ltd (en acht in totaal). Door het ontbreken van een conceptrapport is voor Rodeler Ltd het geven van een adequate zienswijze bemoeilijkt, alleen al door het tijdsverloop. Ook betekent het feit dat de AFM lang heeft gewacht met het opstellen van het rapport, dat de beschrijving van relevante feiten aan betrouwbaarheid heeft verloren. Bovendien handelt de AFM hier in strijd met haar eigen beleid, zoals dat staat weergegeven op haar website. Daar is te lezen, onder 'terugkoppeling' na een onderzoek ter plaatse: *"Een onderneming krijgt kort na ons bezoek een terugkoppeling. [...] Wij sturen een conceptrapportage met alle bevindingen. Een onderneming heeft de mogelijkheid om binnen een termijn op de conceptrapportage te reageren. Deze reactie wordt meegenomen bij het vaststellen van de feiten. Na een eventuele reactie, verwerken wij de conclusies in een definitieve rapportage."* Dat heeft de AFM in dit geval dus nagelaten, wat (ook) strijd oplevert met het vereiste van artikel 3:2 Awb om de nodige kennis omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen te vergaren.

Geen redelijkheidstoets

Het onderzoeksrapport en het voornemen tot het opleggen van twee bestuurlijke boetes ontberen ten onrechte enige afweging van betrokken belangen en omstandigheden of een evenredigheidstoets. Daardoor blijft ongewis waarom de AFM boeteoplegging opportuun acht en wordt de gelegenheid om een reactie op de voornemens te geven verder ingeperkt. Rodeler Ltd verzoekt de AFM daarom de voornemens aan te vullen met een belangenafweging en een evenredigheidstoets. Rodeler Ltd benoemt in dit verband alvast dat de AFM voornemens is afzonderlijke boetes op te leggen in verband met de mate van medewerking, terwijl dit tevens een omstandigheid is waarmee zij rekening houdt bij het opleggen van eventuele boetes onder de Wft en Whc en het bepalen van de hoogte daarvan. Als gevolg daarvan zou Rodeler c.s. meerdere keren worden geraakt in verband met het al dan niet voldoende medewerken.

Ook is het is om verschillende redenen in strijd met de wet en jurisprudentie dat Rodeler Ltd zich niet op voorhand kan uitlaten over de hoogte van de eventuele boetes, nu de AFM daarin geen inzicht heeft gegeven.

Hoogte boete

Uit het voorgaande blijkt dat, als de AFM al zou overgaan tot boeteoplegging, de eventuele boete vergaand zou moeten verlaagd in verband met een geringe ernst en mate van verwijtbaarheid, en overige omstandigheden van het geval, waaronder het gegeven dat Rodeler NL haar activiteiten al geruime tijd geleden uit eigen beweging heeft gestaakt en de vergunning van Rodeler Ltd in Cyprus per 1 juni 2020 is

opgeschort. Hierbij komt dat Rodeler Ltd weinig draagkracht heeft om een eventuele boete te dragen, blijkens het door haar overgelegde (en later aangevulde) draagkrachtformulier met bijlagen.

4.3 Beoordeling overtreding Rodeler NL

In deze paragraaf wordt uiteengezet op grond waarvan de AFM tot de conclusie komt dat Rodeler NL de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb heeft geschonden en dat dit een beboetbare overtreding oplevert.

4.3.1 Overtreding artikel 5:20, eerste lid, Awb

De AFM is in de Last en de beslissing op bewaar tot de conclusie gekomen dat Rodeler NL de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb heeft geschonden door slechts een klein gedeelte van de gevraagde opnames van telefoongesprekken aan de AFM te verstrekken. Bij uitspraak van 30 augustus 2019 heeft de rechtbank Rotterdam dit oordeel van de AFM bevestigd. In de – hierboven geciteerde – overwegingen 4.3 en 4.4 heeft de rechtbank uitvoerig gemotiveerd waarom de AFM ‘terecht heeft geconcludeerd dat Rodeler NL heeft geweigerd een groot deel van de beschikbare opnames van telefoongesprekken te verstrekken’ en dus de medewerkingsplicht overtrad.

Rodeler NL – en in haar kielzog Rodeler Ltd) – heeft in haar zienswijze geen feiten of omstandigheden aangedragen die de AFM thans nopen tot een ander oordeel. Hetgeen Rodeler NL naar voren heeft gebracht, is voor het overgrote gedeelte feitelijk een herhaling van haar eerdere argumenten, die door de rechtbank zijn verworpen. De AFM verwijst naar de overwegingen van de rechtbank en ziet geen aanleiding om nogmaals op de desbetreffende punten in te gaan. De enige nieuw door Rodeler NL opgebrachte punten ten aanzien van de overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb zien op de stellingen van Rodeler NL dat:

- de AFM niet redelijkerwijs alle opnames in bulk van Rodeler NL kon vorderen, omdat – zoals de AFM in het onderzoeksrapport ook erkent – de opnames op de server van Rodeler Ltd stonden en het voor Rodeler NL uitsluitend mogelijk was om een gedeelte van de opnames per stuk te kopiëren (via de lokale toegang tot [naam softwareprogramma]); en
- de AFM kennelijk ook zonder alle gevraagde opnames haar onderzoeken naar overtreding van de Wft en Whc heeft weten af te ronden, zodat niet gezegd kan worden dat de overtreding van de medewerkingsplicht doorliep tot 23 april 2020 (datum onderzoeksrapport) .

Hierop reageert de AFM als volgt.

[Naam softwareprogramma]

Uit het onderzoeksrapport leidt Rodeler NL ten onrechte af dat de AFM zou hebben onderkend dat buiten [naam softwareprogramma] geen mogelijkheid bestond om de gevraagde opnames te verstrekken. Uit de door Rodeler NL bedoelde passage blijkt dat *het zicht van de AFM* op de dag van het OOTP was beperkt tot lokale toegang tot [naam softwareprogramma]. Dit is juist een van de redenen geweest om de informatievordering gedurende het OOTP aan te scherpen en meer kracht bij te zetten. Het was immers

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	17 van 25

duidelijk geworden dat Rodeler NL over meer gegevens beschikte dan waartoe de AFM tijdens het OOTP toegang kreeg (hetgeen naderhand ook door de rechtbank is bevestigd).

Duur van de overtreding

De stelling van Rodeler NL gaat niet op. Ook indien – zoals in dit geval – de AFM op grond van slechts een klein deel van de gevraagde informatie overtredingen kan vaststellen van de Wft en Whc, geldt nog steeds dat zij is belemmerd in haar toezicht doordat zij zich bijvoorbeeld niet een volledig beeld kan vormen van de omvang en de duur van de overtreding. Om die reden heeft de AFM de overtredingen van de Wft en Whc door Rodeler NL (waarvoor twee bestuurlijke boetes zijn opgelegd) ook slechts kunnen vaststellen over een relatief korte periode. De AFM acht het niet onaannemelijk dat de periode van die overtredingen aanzienlijk langer zou zijn geweest als zij had beschikt over alle gevraagde gesprekopnames als bewijs.

Bovendien staat het de AFM vrij om onderzoek dat zij uitvoert in het kader van haar toezichthoudende taak naar eigen inzicht in te richten.⁹ Daaronder valt ook het opvragen van ‘gegevens en bescheiden’. De AFM kan gegevens opvragen om onderzoek te doen naar de vraag of – en zo ja gedurende welke periode – een onderneming een bepaalde normschending heeft begaan. Zoals door de rechtbank Rotterdam reeds is bevestigd in de procedure over de Last, heeft de AFM in dit geval in redelijkheid opnames van telefoongesprekken over de periode van een jaar nodig kunnen achten voor haar onderzoek, nu hiermee een representatief beeld kon worden verkregen van de handelspraktijken van Rodeler NL en de duur van een eventuele overtreding.¹⁰

De schending van de medewerkingsplicht is in dit geval dus blijven doorlopen tot in ieder geval de datum van het onderzoeksrapport, 23 april 2020.

4.3.2 Opzet

De AFM stelt vast dat Rodeler NL haar medewerkingsplicht opzettelijk heeft geschonden. Rodeler NL was bekend met het feit dat zij wettelijk verplicht was om tijdig en volledig aan de verzoeken/vorderingen van de AFM gehoor te geven, gelet op onder meer de aankondigingsbrief van het OOTP. Daarnaast is Rodeler NL er tijdens het OOTP door haar gemachtigde op gewezen dat zij aan de medewerkingsplicht diende te voldoen en heeft de gemachtigde verklaard dat zij de bevoegdheden van de AFM begreep. Nu Rodeler NL niettemin weigerde een groot deel van de beschikbare gesprekopnames aan de AFM te verstrekken, kan er geen twijfel over bestaan dat Rodeler NL met opzet niet heeft voldaan aan de medewerkingsplicht, hetgeen als voorwaarde geldt voor de beboetbaarheid van deze overtreding.¹¹

4.3.3 Conclusie overtreding Rodeler NL

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Rodeler NL artikel 5:20, eerste lid, Awb met opzet heeft overtreden, in de periode van 27 maart 2018 tot in ieder geval 23 april 2020.

⁹ Zie Cbb 4 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:107, ro. 5.2 en Cbb 27 augustus 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ6538, ro. 6.3 en Cbb 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288, ro. 5.3.

¹⁰ Zie ro. 11

¹¹ ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:230, ro. 3.1.

4.4 Feitelijke leidinggeven door Rodeler Ltd

4.4.1 Wettelijke kader

Artikel 5:1, derde lid, Awb verklaart artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (**Sr**) van overeenkomstige toepassing op het bestuursrecht. Ook voor het bestuursrecht geldt dus dat, indien een rechtspersoon een overtreding heeft begaan, zowel de rechtspersoon als de personen die daaraan feitelijk leiding hebben gegeven, kunnen worden beboet.

Aan een overtreding kan door meerdere (rechts)personen – al dan niet gezamenlijk – feitelijk leiding worden gegeven. Daarvan is allereerst sprake wanneer de betrokkene actief en effectief op de overtreding heeft aangestuurd. Voorts kan sprake zijn van feitelijk leidinggeven indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de betrokkene als bestuurder, gevoerde beleid. Ook kan worden gedacht aan het leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief, dat de betrokkene geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijk leiding te hebben gegeven. Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de betrokkene die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat. Dat betekent dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake kan zijn indien de desbetreffende (rechts)persoon – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Deze aanvaarding kan er onder meer uit blijken dat de leidinggever de werkzaamheden van een onderneming zo organiseert dat hij ermee rekening houdt dat de gegeven opdrachten niet kunnen worden uitgevoerd zonder dat dit gepaard gaat met het begaan van strafbare feiten.¹²

Voor de vraag of Rodeler Ltd als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken is van belang of haar (voorwaardelijk) opzet is gericht op de feitelijke gedragingen van Rodeler NL (zogenoemd kleurloos opzet). Het (voorwaardelijk) opzet van Rodeler Ltd hoeft niet te zijn gericht op de wederrechtelijkheid van de feitelijke gedraging.¹³ De vraag of Rodeler Ltd wist dat met de gedragingen van Rodeler NL de wet werd overtreden is dus niet relevant.

4.4.2 Oordeel AFM

De AFM is van oordeel dat Rodeler Ltd feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb door Rodeler NL. De AFM licht dit als volgt toe, aan de hand van de 'Slavenburg-criteria':

¹² Bijv. HR 16 december 1986, *NJ* 1987/321 & 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 en ECLI:NL:CBB:2018:400; CbB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:176.

¹³ Zoals nog eens bevestigd door het CbB op 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:327 en ECLI:NL:CBB:2018:400.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	19 van 25

- *Rodeler Ltd was ervan op de hoogte, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de overtreding zich zou voordoen*

Dat Rodeler Ltd ervan op de hoogte was dat de AFM gespreksopnames van Rodeler NL vorderde, blijkt onder meer uit het volgende:

- Gedurende het OOTP had de AFM contact met medewerkers van Rodeler Ltd, met de COO van Rodeler Ltd en met [B], bestuurder van Rodeler Ltd;
 - De AFM heeft de vordering van 15.45 uur op 27 maart 2018, om binnen een uur medewerking te verlenen, gericht tot zowel Rodeler NL als Rodeler Ltd;
 - Rodeler NL voerde overleg met de IT-afdeling van Rodeler Ltd om opnames te verkrijgen;
 - Het [onderneming]-rapport (over de scripts die na 30 dagen gespreksopnames zouden doen verwijderen) is opgemaakt ten behoeve van Rodeler Ltd; en
 - Rodeler Ltd moet ervan op de hoogte zijn dat de overtreding niet is beëindigd, nu zij betrokken is bij de lopende procedures over de Last.
- *Rodeler Ltd was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de verboden gedraging te voorkomen en/of beëindigen*
Rodeler Ltd was als enig bestuurder (en bovendien aandeelhouder) bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de verboden gedraging te voorkomen dan wel te beëindigen. Zij had Rodeler NL kunnen instrueren om aan de vordering van de AFM te voldoen of desnoods zelf aan de vordering kunnen voldoen door de opnames aan de AFM te verstrekken. Rodeler Ltd had immers toegang tot de servers met de gevraagde opnames.
 - *Rodeler Ltd heeft maatregelen daartoe achterwege gelaten*
Er is niet gebleken dat Rodeler Ltd adequate maatregelen heeft getroffen ter voorkoming of beëindiging van de overtreding door Rodeler NL. Sterker, Rodeler Ltd heeft evenals Rodeler NL vastgehouden aan de stelling dat opnames ouder dan 30 dagen zouden zijn verwijderd, waaraan de AFM naar het oordeel van de rechtbank ‘terecht geen waarde heeft gehecht’.

4.5 Resterende aspecten zienswijze

Voor zover de zienswijze van Rodeler Ltd in het bovenstaande niet reeds is meegewogen, reageert de AFM daarop als volgt.

Taalhulp en termijn zienswijze

De AFM heeft Rodeler Ltd per e-mail van 9 juni 2020 desgevraagd laten weten geen aanleiding te zien voor enige vertaling. Hetgeen Rodeler Ltd nu in haar zienswijze naar voren brengt is feitelijk een herhaling van haar eerdere argumenten, waarop de AFM reageert met verwijzing naar deze e-mail van 9 juni 2020, waarin is opgenomen (geen letterlijk citaat):

De AFM heeft voornemens kenbaar gemaakt om bestuurlijke boetes op te leggen aan Rodeler Ltd wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van de Awb door Rodeler NL. Als Nederlandse onderneming moet Rodeler NL zonder meer worden geacht op basis van Nederlandstalige stukken een adequate verdediging te kunnen voeren. Rodeler Ltd is enig statutair bestuurder van Rodeler NL en

Datum 18 december 2020
Ons kenmerk [kenmerk]
Pagina 20 van 25

moet uit dien hoofde worden geacht om namens Rodeler NL voor deze adequate verdediging te kunnen zorgdragen. Voor zover het gaat om de aan Rodeler NL verweten overtredingen ziet de AFM derhalve geen reden om over te gaan tot vertaling van stukken, ook niet in de zaken betreffende Rodeler Ltd. Voor Rodeler Ltd resteert dan de vraag of een vertaling van stukken noodzakelijk is om zich adequaat te kunnen verdedigen tegen het verwijt dat zij feitelijk leiding heeft gegeven aan de aan Rodeler NL verweten overtredingen. De AFM beantwoordt deze vraag ontkennend. Nu Rodeler Ltd enig bestuurder was van de micro-onderneming Rodeler NL, is de vraag of zij voldeed aan de criteria voor 'feitelijk leidinggeven' feitelijk en juridisch niet dermate gecompliceerd dat daarvoor een vertaling vereist is. De mogelijkheid tot het voeren van een adequate verdediging op dit punt is gewaarborgd doordat Rodeler Ltd zich laat bijstaan door Nederlandstalige gemachtigden (vgl. Kamerstukken II, 2003-04, 29 702, nr. 3, p. 148; ECLI:NL:RVS:20 17:1818; ECLI:NL:RVS:2018:3494; ECLI:NL:RBROT:2018:10909).

In diezelfde e-mail heeft de AFM begrip getoond voor het feit dat de gemachtigden tijd nodig zouden hebben voor het opstellen van de zienswijzen, en heeft daarom uitstel verleend. Per e-mail van 23 juni 2020 heeft de AFM dit uitstel nog verlengd, tot 18 september 2020. Hierbij heeft de AFM zeker oog gehad voor vertalingsaspecten, naast i) de omvang van de onderzoeksrapporten en de dossiers, in de Wft- en Whc-zaken, ii) het feit dat er geen concept-onderzoeksrapporten waren verstuurd, waardoor de bevindingen van de AFM tot op zekere hoogte nieuw voor Rodeler NL en Rodeler Ltd konden zijn geweest, en iii) de geldende corona-maatregelen, ook in Cyprus. Uiteindelijk is Rodeler Ltd. een zienswijzetermijn gegund van meer dan vier maanden, hetgeen uitzonderlijk lang is te noemen. Dit geldt zeker nu Rodeler Ltd, zoals blijkt uit het procesverloop in paragraaf 2.2, na het OOTP op verschillende manieren betrokken was bij het onderzoek van de AFM en daardoor al ruim voor de ontvangst van het voornemen bekend was met de wezenlijke inhoud hiervan. Rodeler Ltd is al met al op geen enkele wijze in haar verdediging geschaad door het niet vertalen van stukken door de AFM of door de gegeven termijn voor het indienen van een zienswijze. Voor zover Rodeler Ltd bij de vertaling belemmeringen heeft ervaren doordat de AFM de stukken niet in het door haar gewenste Word- of RTF-format heeft verstrekt, wijst de AFM erop dat Rodeler Ltd hier nimmer om heeft verzocht.

Lopende procedure bij het CBb inzake de Last

De Last heeft de rechterlijke toets in eerste aanleg doorstaan en thans loopt er hoger beroep bij het CBb. Er is geen regel of rechtsbeginsel op grond waarvan de AFM de uitspraak in hoger beroep in dit reparatoire traject zou moeten afwachten alvorens tot punitieve handhaving over te gaan. Dit zou ook nodeloos lange vertraging opleveren, waarmee de beoogde doelen van boeteoplegging (en publicatie) in gevaar zouden komen. In dit verband verwijst de AFM tot slot naar een zeer vergelijkbare zaak met betrekking tot een door De Nederlandsche Bank (DNB) opgelegde bestuurlijke boete, waarin de rechtbank oordeelde: *“Er is evenmin een rechtsregel die DNB verplicht om beboeting op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb achterwege te laten totdat de lasten onder dwangsom in rechte vaststaan.”*¹⁴

¹⁴ Rb. Rotterdam 15 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9881, ro. 7.1.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	21 van 25

Geen dubbele bestraffing

Rodeler Ltd heeft – kort gezegd – aangevoerd dat de Last een punitief karakter had, omdat het de AFM duidelijk was dat Rodeler NL er niet aan zou kunnen voldoen. Zoals hierboven uitvoerig toegelicht, is dit feitelijk onjuist: Rodeler NL heeft niet alle beschikbare gespreksopnames verstrekt, hetgeen de rechtbank ook heeft bevestigd. Van dubbele bestraffing is dan ook geen sprake.

Ontbreken conceptrapport

Terecht merkt Rodeler Ltd op dat de AFM haar niet eerst een concept-onderzoeksrapport heeft gestuurd alvorens een definitief rapport op te stellen. De conclusie die Rodeler Ltd hieraan verbindt deelt de AFM echter niet. Het voorleggen van een conceptrapport aan een belanghebbende is een stap die de AFM *kan* nemen in het kader van het uitvoeren van zorgvuldig onderzoek, conform artikel 3:2 Awb (verplichting tot het vergaren van de nodige kennis en de af te wegen belangen).¹⁵ In dit geval heeft de AFM een conceptrapport niet noodzakelijk geacht, om de reden dat uit i) het onderzoek zelf, ii) het proces inzake de Last en iii) het proces inzake het – uiteindelijk ingetrokken – Besluit openbare waarschuwing voldoende informatie naar boven was gekomen om direct over te gaan tot het opstellen van een definitief rapport. Rodeler Ltd stelt in algemene zin dat door het tijdsverloop tussen het OOTP en de datum van het onderzoeksrapport (iets meer dan twee jaar) de AFM de feiten minder scherp zal hebben gehad en, aan de kant van Rodeler Ltd, het geven van een zienswijze zou worden bemoeilijkt. Zij maakt dit echter niet concreet, met enig voorbeeld of hoe dan ook, en de AFM herkent zich niet in het geschetste beeld van ‘door tijdsverloop minder betrouwbare feiten’, zodat de AFM hieraan verder voorbij gaat.

Rodeler Ltd moet worden meegegeven dat uit de door haar geciteerde passage op de website van de AFM valt af te leiden dat de AFM na een onderzoek ter plaatse als regel haar bevindingen eerst in een conceptrapport terugkoppelt, met de mogelijkheid tot een reactie. Anders dan Rodeler Ltd meent, gaat het hier echter niet om ‘beleid’ van de AFM, maar om een zeer globale beschrijving van de gang van zaken tijdens en na een onderzoek ter plaatse, waaraan geen rechten kunnen worden ontleend. In dit geval komt daar bij dat er in de maanden na het OOTP van 28 maart 2018 intensief contact is geweest tussen de AFM en Rodeler c.s. (zie hoofdstuk 2, verloop van het onderzoek), waardoor Rodeler c.s. *de facto* wist hoe de AFM oordeelde over de bedrijfsvoering van Rodeler NL en daarop heeft kunnen reageren.

Geen redelijkheidstoets

Op processueel vlak maakt Rodeler Ltd er voorts een punt van dat zij niet op voorhand inzicht heeft gekregen in de hoogte van de eventuele boete. In reactie hierop benadrukt de AFM dat het boeteprocess zoals dit binnen de AFM is vormgegeven voldoet aan de vereisten die de wet en jurisprudentie hieraan stellen, ook ten aanzien van de hoogte van de voorgenomen boetes. De AFM verwijst in dit verband naar vaste jurisprudentie, waarin is geoordeeld dat een bestuursorgaan – kort gezegd – niet gehouden is om reeds in het voornemen de hoogte van de boete bekend te maken.¹⁶ Van strijd met enig rechtsbeginsel is derhalve geen sprake.

¹⁵ Zie ook CbB 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, ro. 10.4.1.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld CbB 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54; CbB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413; CbB 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177 en Rb. Rotterdam (vzr.) 20 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2405.

In lijn met de hierboven genoemde jurisprudentie ziet de AFM evenmin een schending van een rechtsbeginsel in de – correcte – constatering van Rodeler Ltd dat het onderzoeksrapport en het voornemen tot het opleggen van twee bestuurlijke boetes geen redelijkheidstoets of afweging van betrokken belangen en omstandigheden bevatten. Rodeler Ltd is in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze te geven op het voornemen tot het opleggen van een boete en daarbij heeft zij alles naar voren kunnen brengen wat zij van belang acht in het kader van – kort gezegd – de opportuniteit van boeteoplegging. Met inachtneming van die zienswijze is de AFM gekomen tot onderhavig besluit. Deze gang van zaken is conform het bepaalde in artikel 5:53, derde lid, juncto de artikelen 4:8 en 4:9 Awb.

Relatie tot Wft- en Whc-boetes

Rodeler Ltd vreest dat de AFM haar de niet-medewerking dubbel of driedubbel aanrekent, namelijk als zelfstandige overtreding van artikel 5:20 Awb (de onderhavige zaak) én als verzwarende omstandigheid bij de Wft- en Whc-boetes, waarvoor zij tegelijkertijd voornemens heeft ontvangen. Dit is op zichzelf een terecht punt en om (drie)dubbele aanrekening te voorkomen heeft de AFM ervoor gekozen om de niet-medewerking door Rodeler c.s. aan het onderzoek van de AFM niet te betrekken bij het bepalen van de opportuniteit of de hoogte van de boete in de overige twee zaken.

Hoogte van de boete

Op de zienswijze ten aanzien van de hoogte van de boete zal worden ingegaan in paragraaf 5.2 van dit besluit.

4.6 Opportuniteit boeteoplegging

Zoals hierboven vastgesteld, heeft Rodeler NL – onder feitelijke leiding van Rodeler Ltd – opzettelijk nagelaten om een groot deel van de beschikbare gespreksopnames aan de AFM te verstrekken en bleek een dwangsom van € 50.000 vervolgens onvoldoende om Rodeler NL alsnog te bewegen tot normconform gedrag. In het kader van de beoordeling van de opportuniteit van boeteoplegging is daarnaast, meer specifiek van belang dat:

- het een informatievordering betrof die de kern van het bedrijfsmodel van zowel Rodeler NL als Rodeler Ltd raakte, wat de niet-medewerking al tot een ernstige overtreding maakt en reden geeft om ook jegens Rodeler Ltd op te treden; en
- het gaat om een grote hoeveelheid aan gespreksopnames die Rodeler NL – met medeweten en klaarblijkelijke goedkeuring van Rodeler Ltd – heeft achtergehouden (naar globale inschatting minimaal 100.000), wat de ernst/omvang van de overtreding verder inkleurt.

De AFM acht het dan ook zonder meer opportuun om naast Rodeler NL ook Rodeler Ltd voor de overtreding te beboeten.

5. Besluit

5.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan Rodeler Ltd een bestuurlijke boete op te wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb door Rodeler NL, in de periode van 27 maart 2018 tot (in ieder geval) 23 april 2020.¹⁷

5.2 Hoogte van de boete

Wettelijk systeem: basisbedrag van € 500.000

Voor deze overtreding 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.

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de ernst en/of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.¹⁸ De AFM kan daarnaast het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.¹⁹ De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder²⁰ en – voor zover van toepassing – met de mate van medewerking aan het onderzoek door de AFM en/of getroffen maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen (hierna ook: opstelling van de overtreder).²¹

Ernst en duur van de overtreding

Zoals in paragraaf 4.7 uiteengezet, ziet de AFM de overtreding als ernstig. Daarnaast is de duur van de overtreding lang, namelijk (in ieder geval) ruim twee jaar. Omdat aan de andere kant Rodeler NL wel een gedeelte van de gevraagde informatie heeft verstrekt, ziet de AFM af van een verhoging van het basisbedrag wegens de ernst en duur van de overtreding. Voor een verlaging is zeker geen aanleiding, zodat het bedrag blijft staan op € 500.000. Dit geldt voor Rodeler NL als overtreder en evenzeer voor Rodeler Ltd als feitelijk leidinggever.

Mate van verwijtbaarheid

Zoals hierboven vastgesteld, heeft Rodeler NL – onder feitelijke leiding van Rodeler Ltd – opzettelijk niet aan haar medewerkingsplicht voldaan. Nu dit al een voorwaarde is voor beboetbaarheid van de overtreding, ziet de AFM in deze omstandigheid geen reden tot verhoging van het basisbedrag. Evenmin is er reden voor verlaging, zodat het bedrag € 500.000 blijft.

Draagkracht/evenredigheid algemeen

¹⁷ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, aanhef en onder d, Wft. Dit besluit tot boeteoplegging is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een de boetefunctionaris en een assistent boetefunctionaris.

¹⁸ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

¹⁹ Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

²⁰ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

²¹ Artikel 1b, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, Bbbfs.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	24 van 25

Zoals aangegeven in hoofdstuk 1, heeft Rodeler Ltd haar activiteiten gestaakt nadat haar vergunning per 1 juni 2020 door CySEC was opgeschort. Sindsdien genereert Rodeler Ltd uitsluitend nog enige omzet in verband met de afwikkeling van de onderneming. Gelet op haar huidige omvang wordt de onderneming ingedeeld in de zogeheten 5%-categorie uit het AFM-boetetoemetingenbeleid. De boete komt hiermee op een bedrag van € 25.000.

Dat Rodeler NL wegens de niet-medewerking reeds een dwangsom van € 50.000 heeft verbeurd, is geen reden voor een verlaging van de boete voor Rodeler Ltd, aangezien:

- de twee sancties verschillende doelen beogen (reparatoir versus punitief); en
- één van de redenen voor het opleggen van een boete juist is dat de dwangsom van € 50.000 voor Rodeler NL klaarblijkelijk onvoldoende prikkel vormde om de AFM alsnog de ontbrekende informatie te verstrekken.

Het gegeven dat voor de overtreding ook aan Rodeler NL zelf een bestuurlijke boete wordt opgelegd en Rodeler Ltd als enig aandeelhouder door de cumulatie van beide boetes tweemaal in haar vermogen wordt geraakt, is wel reden voor verlaging van de boete. Uit de verstrekte gegevens blijkt daarnaast dat Rodeler Ltd per 1 oktober 2020 beschikte over een eigen vermogen van circa [...], tegen een eigen vermogen van circa [...] ultimo 2019. Ook deze beperkte draagkracht, als gevolg van het stopzetten van de activiteiten van Rodeler Ltd, vormt reden voor enige verlaging van de boete. Hierbij neemt de AFM mede in aanmerking dat aan Rodeler Ltd gelijktijdig drie boetes (Wft-, Whc- en Awb-boete) worden opgelegd en zij dus drie keer in het vermogen wordt geraakt. Tegelijkertijd zou een te vergaande matiging van de boete op grond van draagkracht geen recht doen aan de hierboven weergegeven ernst/omvang van de Awb-overtreding en de mate van verwijtbaarheid, en daarmee geen passende sanctie opleveren. Volledigheidshalve benadrukt de AFM in dit verband nog dat artikel 4, eerste lid, van het Bbbfs niet een verplichting inhoudt om per definitie doorslaggevende betekenis toe te kennen aan een gebrek aan draagkracht van de overtreder.

Voor het overige, dus afgezien van de draagkracht, vormt de cumulatie van de onderhavige Awb-boete met de Whc- en Wft-boetes geen reden voor een verlaging van het boetebedrag in deze zaak. De Wft- en Whc-boetes zien op de materiële, inhoudelijke overtredingen (geven van beleggingsadvies zonder vergunning en verrichten van oneerlijke handelspraktijken), waar de onderhavige boete ziet op het schenden van de medewerkingsplicht in het onderzoek van de AFM naar de naleving van die normen door Rodeler Ltd. De boetes (Awb enerzijds en Wft/Whc anderzijds) staan dus los van elkaar; er is geen samenloop in gedragingen of verwevenheid van onderliggende normen. Daarbij komt dat de AFM, zoals in paragraaf 4.6 uiteengezet, de niet-medewerking aan het onderzoek door Rodeler NL niet als 'verzwarende omstandigheid' betreft bij de Wft- en Whc-boetes.

Al met al stelt de AFM de boete om de bovengenoemde redenen vast op een bedrag van € 15.000.

Betaling van de boete

Het bedrag dient te worden overgemaakt op bankrekening [...] ([bank]) ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [...]. Rodeler Ltd ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

Datum	18 december 2020
Ons kenmerk	[kenmerk]
Pagina	25 van 25

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.²² Als Rodeler Ltd bezwaar maakt tegen dit besluit wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als Rodeler Ltd na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.²³ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, is Rodeler Ltd wel wettelijke rente verschuldigd.²⁴

5.3 Openbaarmaking van de boete

Artikel 1:97, eerste lid, Wft schrijft voor dat de AFM een besluit tot boeteoplegging ingevolge de Wft openbaar maakt zodra het besluit onherroepelijk is geworden. Dat geldt ook, voor zover van toepassing, voor de uitkomst van een tegen het besluit ingesteld bezwaar, beroep of hoger beroep. Over de publicatie van de onderhavige boete zal de AFM een beslissing nemen zodra dit besluit definitief is geworden.

6. Hoe kunt u bezwaar maken?

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[naam]
Assistent boetefunctionaris

[naam]
Boetefunctionaris

Gezien de overheidsmaatregelen in verband met het coronavirus bevat dit besluit geen handgeschreven ondertekening.

²² Zie artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 Awb.

²³ Zie artikel 1:85, eerste lid, Wft.

²⁴ Zie artikel 1:85, tweede lid, Wft.