

OPENBARE VERSIE

Aangetekend verstuurd en per e-mail vooruit
(info@emsto-advies.nl en ms-consultancy@emsto-advies.nl)

De heer M.J.P. Storms en EMSTO Advies B.V.

Datum

Ons kenmerk

Pagina 1 van 24

Telefoon -----

E-mail -----

Betreft Beslissing op bezwaar

Geachte heer Storms,

Bij brief van 21 april 2016 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan u, de heer Marcel Joseph Peter Storms (de heer Storms), een last onder dwangsom met kenmerk [REDACTED] opgelegd en is kenbaar gemaakt dat overgegaan wordt tot publicatie als er dwangsommen verbeuren (het Besluit). De reden voor het Besluit was dat u bepaalde informatie aan de AFM zou verstrekken. Tegen het Besluit hebben u en EMSTO Advies B.V. (Emsto) bezwaar gemaakt (hierna gezamenlijk Bezwaarmakers). De AFM heeft besloten het Besluit 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. In paragraaf IV zijn neergelegd de beoordeling en het besluit van de AFM ten aanzien van de ontvankelijkheid en de beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V staat het besluit van de AFM ten aanzien van de gronden van bezwaar. In paragraaf VI gaat de AFM in op het verzoek tot vergoeding van kosten. In paragraaf VII gaat de AFM in op het verzoek tot verwijdering van het Besluit van website en op het verzoek tot rectificatie. Tot slot bevat paragraaf VIII de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in de bijlage en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar.

I. Procedure

1. Bij brief van 21 april 2016 heeft de AFM aan de heer Storms een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) opgelegd. Deze last onder dwangsom houdt, kort gezegd, in dat u binnen tien werkdagen na dagtekening van het Besluit alsnog volledig voldoet aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en van 19 februari 2016 door het verstrekken van de informatie opgesomd in paragraaf 2 van het Besluit aan de AFM. Het Besluit is aangetekend verstuurd naar het adres zoals bekend bij de AFM en per e-mail naar info@emsto-advies.nl en marceljpstorms@gmail.com.

2. Bij brief van 1 juni 2016 is door mr. Hagers van Blenheim Advocaten bezwaar gemaakt namens Bezwaarmakers tegen het Besluit en de gronden van het bezwaar zijn bij brief van 30 juni 2016 aangevuld (tezamen Bezwaar).
3. Op 31 juli 2016 ontvangt de AFM bericht van mr. Hagers dat hij niet langer optreedt voor Bezwaarmakers.
4. Op 4 augustus 2016 heeft de AFM een brief gestuurd (kenmerk: [REDACTED]) waarin de AFM in verband met het niet doorgeven van verhinderdata ten behoeve van de te plannen hoorzitting de beslistermijn opschort op grond van artikel 7:14 juncto artikel 4:15, tweede lid, aanhef en sub b, Algemene wet bestuursrecht (Awb) tot, onder andere, het moment dat de verhinderdata van de heer Storms zijn ontvangen.
5. Op 8 augustus 2016 ontvangt de AFM in reactie op de brief van 4 augustus 2016 een e-mail met daarin onder meer de data waarop de heer Storms beschikbaar is.
6. Op 9 augustus 2016 stuurt de AFM een brief (kenmerk: [REDACTED]) waarin kenbaar wordt gemaakt conform artikel 7:14 juncto artikel 4:15, vierde lid, Awb dat de beslistermijn met vier dagen is opgeschort en dat de opschorting is beëindigd. Voorts wordt kenbaar gemaakt dat de AFM gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb.
7. Op 9 augustus 2016 ontvangt de AFM een e-mail van de heer Storms terzake de brief van 9 augustus 2016. De heer Storms geeft onder meer aan dat de AFM niet de wettelijk voorgeschreven weg heeft gevolgd en verzoekt om verwijdering van de website van elke negatieve melding en rehabilitatie.
8. Op 10 augustus 2016 heeft de AFM een brief (kenmerk: [REDACTED]) gestuurd met daarin de uitnodiging voor de hoorzitting op 25 augustus 2016.
9. Op 10 augustus 2016 ontvangt de AFM een e-mail van de heer Storms naar aanleiding van de brief van de AFM van 10 augustus 2016. De heer Storms geeft aan dat hij niet kan komen op de hoorzitting van 25 augustus 2016 omdat hij die dag voor de rechtbank Roermond dient te verschijnen.
10. Op 17 augustus stuurt de AFM een e-mail naar de heer Storms in reactie op de e-mails van 9 en 10 augustus 2016. Voorts vraagt de AFM of de adresgegevens van Emsto, Kerkstraat 34, 5076AX, Haaren, correct zijn en daarnaast of de heer Storms instemt dat de verdere correspondentie tussen hem en de AFM naar aanleiding van het Bezwaar via e-mail geschiedt.
11. Op 17 augustus 2016 om 13:01 ontvangt de AFM van het e-mailadres marceljpstorms@gmail.com het correspondentieadres van Emsto en het akkoord om het e-mailadres marceljpstorms@gmail.com te gebruiken. Om 16:49u die dag ontvangt de AFM van marceljpstorms@gmail.com een e-mail met het

verzoek om niet marceljpstorms@gmail.com te gebruiken maar info@emsto-advies.nl of ms-consultancy@emsto-advies.nl.

12. Op 18 augustus 2016 heeft de AFM een brief (kenmerk: [REDACTED]) gestuurd met de mededeling dat de AFM de beslistermijn opschort, op grond van artikel 7:14 juncto artikel 4:15, tweede lid, aanhef en sub b, Awb, tot 16 september 2016 of tot zoveel eerder als de hoorzitting is gehouden.
13. Op 19 augustus 2016 ontvangt de AFM een e-mail naar aanleiding van de AFM brief van 18 augustus 2016. Onder meer geeft de heer Storms aan dat hij niet de brief van 21 april 2016 heeft ontvangen en verzoekt hij om de sancties in te trekken en alle publicaties van de AFM-website te verwijderen.
14. Op 25 augustus 2016 ontvangt de AFM een e-mail met het verzoek om een hoorzitting op donderdag 1 of vrijdag 2 september 2016 te plannen.
15. Op 26 augustus 2016 verstuurt de AFM de uitnodiging (kenmerk: [REDACTED]) voor een hoorzitting op 1 september 2016.
16. Op 1 september 2016 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage).
17. Op 1 september 2016, na de hoorzitting, ontvangt de AFM van de heer Storms van het e-mailadres marceljpstorms@gmail.com verscheidene e-mails. Bij de e-mails zijn gevoegd documenten die onder meer gaan over de civiele zaak voor de rechtbank Noord-Holland tussen de heer Storms en de heer [REDACTED]. Dit wegens het niet nakomen door de heer [REDACTED] van een leningovereenkomst. De heer [REDACTED] zou €322.500 aan de heer Storms lenen voor onder andere de aankoop van een woning aan de Lindelaan 3, te Haaren. Verder bevatten de e-mails de koopovereenkomst betreffende de woning te Haaren getekend door onder andere de heer Storms, een niet getekende en ongedateerde conceptovereenkomst tot vestiging van hypotheek en pand en een opmerking ten aanzien van de begunstigingstermijn van de last onder dwangsom. Ook bevatten de e-mails documentatie over het in- en uitschrijven van de handelsnaam 'Emsto advies' door [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] tussen 30 sept 2014 en 1 maart 2015.
18. Op 2 september 2016 ontvangt de AFM diverse e-mails van de heer Storms. Onder meer via WeTransfer een aantal van de documenten die ook al op 1 september 2016 waren ontvangen. Verder stelt de heer Storms dat het einde van de begunstigingstermijn van het Besluit op 10 mei 2016 afliep en verzoekt hij de negatieve melding op de AFM-website te verwijderen en om een rectificatie.
19. Op 2 september 2016 stuurt de AFM een brief (kenmerk [REDACTED]) waarin melding wordt gemaakt, conform artikel 7:14 juncto artikel 4:15, vierde lid, Awb, dat de opschorting van de beslistermijn is beëindigd en dat de beslistermijn aldus met twee weken is opgeschort. De AFM geeft aan dat gelet op de opschortingen en verdagingen er naar gestreefd wordt uiterlijk 10 oktober 2016 te beslissen op het Bezwaar.

20. Op 7 september 2016 ontvangt de AFM van de heer Storms een e-mail met daarin opmerkingen over onder andere, kort samengevat, zijn werkwijze ten aanzien van de klantendossiers en zijn werkwijze ten aanzien van het CRM-systeem van [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] waarmee hij en de bedrijven, waarmee hij een samenwerkingsverband had, werkten.
21. Op 13 september 2016 ontvangt de AFM een e-mail met de vraag waar de heer Storms een klacht in kan dienen.
22. Op 14 september 2016 stuurt de AFM een e-mail aan de heer Storms met daarin, kort samengevat, uitleg over de procedure die de AFM volgt naar aanleiding van een bezwaarschrift en waar de heer Storms meer informatie kan vinden over het indienen van een klacht.

II. Feiten en omstandigheden

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

23. De AFM heeft op grond van de Wft een onderzoek ingesteld naar de activiteiten van u en de activiteiten van Emsto. Sinds 24 februari 2012 bent u bestuurder en enig aandeelhouder van deze onderneming. Het doel van het onderzoek van de AFM is te beoordelen in hoeverre u en/of Emsto zonder vergunning financiële diensten verleent of heeft verleend. In het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK) was tot 13 november 2015 als bedrijfsomschrijving van Emsto het volgende opgenomen: *"De advisering en bemiddeling bij het afsluiten van hypotheek en verzekeringen alsmede advisering en bemiddeling financiële diensten en vastgoed"*. Vanaf 13 november 2015 was het volgende opgenomen als omschrijving: *"Free-lance Advies en bemiddeling in opdracht van derden aangaande financiële diensten zoals hypotheek en verzekeringen en begeleiding bij aankoop van onroerende zaken."*
24. Op 6 november 2015 heeft de AFM in het kader van voornoemd onderzoek een brief (kenmerk: [REDACTED]) aan u verstuurd, waarin de AFM u verzocht om bepaalde informatie binnen tien werkdagen aan de AFM te verstrekken.
25. Op 11 november 2015 was er telefonisch contact tussen u en een toezichthouder van de AFM. In dit telefoongesprek gaf u aan dat u de brief van 6 november 2015 heeft ontvangen. U gaf in dit telefoongesprek aan dat de AFM de brief had geadresseerd aan u, tevens handelend onder de naam Emsto B.V., maar dat u niet bekend bent met Emsto B.V. U gaf aan wel bekend te zijn met Emsto Advies B.V. en dat in de brief hoogstwaarschijnlijk gerefereerd werd aan Emsto Advies B.V. De toezichthouder gaf aan dat dit inderdaad het geval was. Daarnaast gaf u in het telefoongesprek te kennen dat u de beschrijving in het KvK zou aanpassen en de gevraagde informatie zou opsturen.

26. Op 23 november 2015 heeft u vanaf het e-mailadres info@emsto-advies.nl een e-mail gezonden aan de AFM waarin u aangeeft: *"Ik ontving een schrijven van de AFM d.d. 6 november 2015. U geeft hierin aan dat ik cq EMSTO B.V. 'onreglementair' zou hebben bemiddeld. Uiteraard betwist ik dat echter de combinatie EMSTO B.V. en ondergetekende zijn onbekenden van elkaar. De naam van mijn bedrijf en dat inschreven is (voor mijn rekening) is EMSTO Advies B.V. Moet ik er van uit gaan dat uw schrijven aan EMSTO Advies B.V. gericht had moeten zijn? Ik dat kader verzoek ik u vriendelijk om mij wat meer tijd te gunnen, ik dien de bankafschriften van een inmiddels niet meer gebruikte rekening op te vragen"*.
27. Op 24 november 2015 heeft de AFM een rappel informatieverzoek aan u gezonden (kenmerk: [REDACTED]). In deze brief verzoekt de AFM u de gevraagde informatie die in de brief van 6 november 2015 (kenmerk: [REDACTED]) is genoemd uiterlijk 1 december 2015 aan de AFM verstrekken. Tevens geeft de AFM in de brief aan dat u daar waar Emsto B.V. in de brief van 6 november 2015 staat opgenomen, Emsto Advies B.V. dient te lezen.
28. Op 1 december 2015 was er telefonisch contact tussen u en een toezichthouder van de AFM. In dit telefoongesprek gaf u aan dat u nog niet beschikte over de gevraagde bankafschriften omdat u deze rekening inmiddels niet meer gebruikt. U verwachtte de bankafschriften een dag later te zullen ontvangen van de bank. U heeft gevraagd of u de informatie allemaal in een keer (inclusief de bedoelde bankafschriften) mocht aanleveren en dat u dan de volgende dag zou kunnen voldoen aan het informatieverzoek. De toezichthouder heeft aangegeven dat u de informatie die u nog moest ontvangen van de bank later mocht aanleveren, maar dat zij de rest van de informatie al zo spoedig mogelijk wilde ontvangen.
29. Op 2 december 2015 ontving de AFM van u een schriftelijke reactie per brief op het informatieverzoek van 6 november 2015 waarin u onder andere antwoord gaf op vraag 1 tot en met vraag 4 en tevens aangaf een dag later te zullen voldoen aan vraag 5 tot en met vraag 8.
30. Op 10 december 2015 ontving de AFM een e-mail vanaf het e-mailadres marcelijpstorms@gmail.com waarin u aangaf: *"Van mijn echtgenote vernam ik dat er gisteren en pakketje van de [REDACTED] is binnengekomen. Ik vermoed de gevraagde dagafschriften. Ik ben vanavond laat pas thuis van een trainings tweedaagse en aal er voor zorgen dat morgen alles op de post gaat."*
31. Op 10 december 2015 verzond de AFM u een e-mail in reactie op uw e-mail van eerder die dag naar marcelijpstorms@gmail.com waarin de AFM aangaf: *"Dank voor uw bericht. De AFM gaat er vanuit dat wij komende zaterdag, 12 december 2015, bij de post de volgende stukken aantreffen:*
- *Het productieoverzicht zoals bedoeld in vraag 5 van het informatieverzoek van 6 november;*
 - *Een kopie van de met het productieoverzicht corresponderende klantdossiers zoals bedoeld in vraag 6 van het informatieverzoek van 6 november;*
 - *Een beschrijving van de wijze van beloning en de incassering van de fee zoals bedoeld in vraag 7 van het informatieverzoek van 6 november;*
 - *De bankafschriften zoals bedoeld in vraag 8 van het informatieverzoek van 6 november.*

Wellicht ten overvloede wijst de AFM u erop dat u dient mee te werken aan het leveren van de informatie zoals bedoeld in artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

32. Op 14 december 2015 constateerde de AFM dat zij de gevraagde informatie nog niet van u had ontvangen. Deze dag verzond u de AFM een e-mail vanaf het e-mailadres info@emsto-advies.nl met de volgende tekst: “Geachte mevrouw Mr. [REDACTED], Dank voor uw email eerder vandaag. Uiteraard zal ik er voor zorgen dat de gevraagde info u uiterlijk zaterdag bereikt. Inmiddels tekent, met vriendelijke groet, Marcel J.P. Storms”.
33. Op 15 december 2015 verzond de AFM per e-mail een reactie op uw e-mail van 14 december 2015 aan info@emsto-advies.nl waarin de AFM het volgende aangeeft: “Geachte heer Storms, Gisteren (14 december) ontvingen wij onderstaande e-mail van u. In deze e-mail geeft u aan dat de AFM u gisteren een e-mail zou hebben gezonden. U geeft daarbij tevens aan dat u ervoor zult zorgen dat de gevraagde informatie uiterlijk zaterdag bij de AFM zal zijn. De AFM heeft u echter donderdag 10 december 2015 de betreffende e-mail al gezonden en daarin aangegeven te verwachten dat de AFM de volgende informatie uiterlijk op zaterdag 12 december 2015 wenst te ontvangen (zie ook de bijlage):
- Het productieoverzicht zoals bedoeld in vraag 5 van het informatieverzoek van 6 november;
 - Een kopie van de met het productieoverzicht corresponderende klantdossiers zoals bedoeld in vraag 6 van het informatieverzoek van 6 november;
 - Een beschrijving van de wijze van beloning en de incassering van de fee zoals bedoeld in vraag 7 van het informatieverzoek van 6 november;
 - De bankafschriften zoals bedoeld in vraag 8 van het informatieverzoek van 6 november.
- Gelet op de eerdere correspondentie waarin u verschillende malen uitstel is gegeven voor het aanleveren van de informatie, verwacht de AFM dan ook de informatie vandaag, 15 december 2015, nog te ontvangen. Dit kunt u bijvoorbeeld doen door deze langs te brengen op het kantoor van de AFM (Vijzelgracht 50 te Amsterdam), een koerier in te schakelen of de informatie per e-mail toe te sturen. Mocht de informatie ons niet vandaag bereiken, dan zal de AFM bezien of een last onder dwangsom kan worden opgelegd.”
34. Op 15 december 2015 ontving de AFM een e-mail van u verzonden vanaf het e-mailadres info@emsto-advies.nl waarin u het volgende aangaf: “Geachte mevrouw [REDACTED], Ik lees eerst nu uw email van hedenmiddag. Verwarrend allemaal: eerst a.s. zaterdag en nu plots vandaag en dat in deze tijd waar het voor adviseurs hollen is tbv hun klanten om hypotheekzaken nog geregeld te krijgen. Ook mijn agenda is helemaal gevuld. Desalniettemin zal ik er voor zorgen dat u morgen de documenten en alles waarom u vraagt krijgt en wel per email middels www.wetransfer.nl Ik heb daar zelfs –uit respect voor uw ambt-afspraken voor opzij geschoven. Inmiddels tekent, met vriendelijke groet, Marcel J.P. Storms”.
35. Op 17 december 2015 ontving de AFM een e-mail met “In de bijlage de omzetoverzichten over de periode 2012-2015”.

36. Op 7 januari 2016 verzond de AFM een e-mail aan info@emsto-advies.nl waarin de AFM het volgende aangeeft: *“Geachte heer Storms, Zoals zojuist telefonisch afgesproken zult u ervoor zorgdragen dat uiterlijk maandag 11 januari 2016 de volgende bestanden digitaal zijn verzonden aan de AFM:*
- *De bankafschriften van [REDACTED];*
 - *De bankafschriften van de [REDACTED] rekening (momenteel heeft de AFM alleen de bijschrijvingen ontvangen);*
 - *Alle in uw bezit zijnde stukken van alle klantdossiers zoals bedoeld in vraag 5 van het informatieverzoek van 6 november 2015.*
- Komende maandag hebben we telefonisch contact of de bestanden in goede orde zijn ontvangen.”*
37. Op maandag 11 januari 2016 ontving de AFM een e-mail van u verzonden vanaf het e-mailadres info@emsto-advies.nl waarin u het volgende aangaf: *“Agv niet in de hand hebbende en zeer ongewenste privéomstandigheden heb ik de afgelopen dagen veel gedaan behalve wat u van mij verwachtte. Ik ga vandaag voor u aan de slag.”*
38. Op 11 januari 2016 ontving de AFM een e-mail van u verzonden vanaf het e-mailadres van WeTransfer met daarin een tekst van u die luidde als volgt: *“Geachte mevrouw [REDACTED], in bijlage de bankafschriften RABObank 2012/2013/2014 Rest volgt asap me vriendelijke groet Marcel J.P. Storms”.*
39. Op 14 januari 2016 neemt de AFM telefonisch contact met u op om aan te geven dat de AFM de rest van de op 11 januari 2016 beloofde informatie nog niet heeft ontvangen. Tijdens dit gesprek verklaarde u dat u de rest van de informatie op 11 januari 2016 had toegezonden en dat u het onmiddellijk opnieuw zou proberen toe te sturen.
40. Op 18 en 19 januari 2016 spreekt de AFM uw voicemail in met een bericht waarin de AFM aangeeft dat zij tot op die datum de rest van de stukken nog niet heeft ontvangen.
41. Op 20 januari 2016 ontving de AFM een e-mail met *“In de bijlage de dagafschriften van de [REDACTED] Bank als opvolger van de rekening bij [REDACTED] Bank”.*
42. Op 28 januari 2016 ontving de AFM een e-mail van u verzonden vanaf het e-mailadres van WeTransfer met daarin de volgende tekst: *“Geachte mevrouw [REDACTED], in bijlage de eerste helft van de dossiers waarom u gevraagd heeft. Omdat ALLE dossiers tot stand zijn gekomen via een 'Serviceprovider' heb ik voor mezelf slechts de OTD's en offerten gearcheveerd met hier en daar een extra document De uitgebreide toelichting samen met de 2e helft van de dossiers volgen later vandaag met groet Marcel Storms”.*
43. Op 8 februari 2016 spreekt de AFM uw voicemail in met een bericht waarin de AFM aangeeft dat zij tot op die dag de tweede helft van de toegezegde stukken nog niet heeft ontvangen.
44. Op 11 februari 2016 neemt de AFM telefonisch contact met u op om aan te geven dat de AFM de op 28 januari 2016 beloofde informatie nog niet heeft ontvangen. U verklaarde de informatie nog voor het weekend toe te sturen.

45. Op 17 februari 2016 had de AFM de op 11 februari 2016 toegezegde informatie nog niet ontvangen. Op die datum ontving de AFM een SMS bericht en een WhatsApp bericht met de volgende tekst: *“Goedemorgen mevrouw [REDACTED] Wij hebben behoorlijk veel problemen moeten verwerken de afgelopen week in verband met de verhuizing. Sinds vandaag loopt het enigszins zoals dat gewoonlijk moet lopen. Ik beloof u deze week de resterende dossiers toe te zenden.”*
46. Op 19 februari 2016 verzond de AFM aan u een aanvullend informatieverzoek (kenmerk: [REDACTED]). Dit informatieverzoek is verzonden aan u per e-mail naar info@emsto-advies.nl en aan het adres waarop Emsto staat ingeschreven in het KvK, zijnde Kerkstraat 34, te Haaren. De AFM verzocht u de informatie uiterlijk 4 maart 2016 te verstrekken. In dit aanvullend informatieverzoek heeft de AFM het volgende opgenomen over het informatieverzoek van 6 november 2015 met het kenmerk [REDACTED]:
“Zoals in de inleiding vermeld, heeft de AFM tot op heden nog niet alle gevraagde informatie uit het informatieverzoek van 6 november 2015 (met kenmerk [REDACTED]) ontvangen.
- De informatie die nog ontbreekt betreft vraag 6 “In aanvulling op vraag 5 ontvangt de AFM graag een kopie van de met het productieoverzicht corresponderende klantgegevens voor zover deze in uw bezit zijn”. Tot dusver heeft de AFM van slechts 15 consumenten dossierdocumenten toegezonden gekregen, terwijl u heeft aangegeven in ieder geval voor 42 consumenten financiële diensten te hebben verleend. De AFM heeft inmiddels van u dossierstukken ontvangen van de consumenten [A], [B], [C], [D], [E], [F], [G], [H], [I], [J], [K], [L], [M], [N] en [O]. Aangezien deze laatste persoon niet in het toegezonden schema stond, moet de AFM nog van 28 consumenten de klantgegevens ontvangen voor zover deze in uw bezit zijn.*
- Wij verzoeken u deze informatie zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk 26 februari 2016, aan ons te doen toekomen.”*
47. Op 2 maart 2016 ontving de AFM een e-mail van u vanaf het e-mailadres info@emsto-advies.nl waarin u het volgende schreef: *“Gisteravond las ik uw email, ik ben nl de afgelopen 10 dagen in het buitenland geweest. Uw schrijven heb ik niet ontvangen omdat ik vanaf 1 februari niet meer woonachtig ben op het door u gebruikte adres, Dit heb ik ook al aan mevrouw [REDACTED] doorgegeven. Ik ga met uw schrijven aan de slag echter ik verzoek u mij enige dagen meer de tijd te geven.”*
48. Op 3 maart 2016 verzond de AFM u een e-mail waarin de AFM u uitstel gaf waardoor u de informatie uiterlijk op 8 maart 2016 diende aan te leveren.
49. Op 9 maart 2016 ontving de AFM een e-mail waarin u het volgende schreef: *“Mijn reactie treft u in bijgevoegd document aan. Tot nadere informatie e/o overleg altijd bereid. Inmiddels tekent, met vriendelijke groet, Marcel J.P. Storms”.*

Bij deze e-mail was een PDF-bestand gevoegd met de naam “20160307 Reactie op AFM [REDACTED]”. Dit PDF-bestand bestond uit een (1) blanco pagina.

50. Op 9 maart 2016 verzond de AFM u een e-mail in reactie op uw e-mail van eerder die dag met de volgende tekst: *“Geachte heer Storms, In onderstaande reactie op ons informatieverzoek verwijst u naar een bijgevoegd document. In uw e-mail trof ik uitsluitend pdf bestand aan welke bestond uit een blanco pagina (zoals ook bij deze e-mail gevoegd). Graag verneem ik vandaag nog van u of dit de reactie is die u beoogde te versturen.”*
51. Op 9 maart 2016 verzond u in reactie op de e-mail van de AFM het volgende bericht per SMS en WhatsApp: *“Excuses voor deze wijze van communiceren. Omdat ik geen mail van de telefoon af kan versturen en zeker het document niet paraat heb op te telefoon bericht ik u op deze wijze. Ik ben nl in Zwolle en ga vanavond (laat) terug naar Oisterwijk. Dan zal ik even nagaan waar wat misgegaan is. Een leeg document als toelichting aan u versturen lijkt mij niet de bedoeling cq incorrect. Dus nee als u een leeg document ontvangen heeft is dat zeker niet mijn onderbouwing cq verklaring of toelichting. Met vriendelijke groet, Marcel Storms.”*
52. Omdat de AFM op 10 maart 2016 de gevraagde informatie nog niet van u had ontvangen, verzond de AFM u een brief (kenmerk: [REDACTED]) per e-mail waarin de AFM u riepelleerde de gevraagde informatie uiterlijk 15 maart 2016 aan de AFM te verstrekken.
53. Op 16 maart 2016 ontving de AFM een SMS van u met de tekst: *“Vanmiddag volgt de e-mail Marcel Storms”*.
54. Op 17 maart 2016 ontving de AFM een e-mail verzonden vanaf het e-mailadres van WeTransfer met daarin een tekst van u die luidde als volgt: *“Geachte mevrouw [REDACTED], ik zag deze week dat u de door mij eerder gestuurde bestanden nog niet had gedownload van Wetransfer. ik heb de documenten nogmaals bijgevoegd maar nu ipv op nummer op naam geselecteerd. De door mij opgestelde onderbouwing cq verduidelijking wordt thans nagelezen op volledigheid en zal u spoedig worden toegezonden evenals de uitleg op de email van uw collega aangaande de mutaties op de dagafschriften. met vriendelijke groet, Marcel Storms EMSTO Advies BV”*.
55. Op de website van WeTransfer trof de AFM bestanden aan waarmee u een deel van de op 19 februari 2016 gevraagde informatie aanleverde.
56. Op 4 april 2016 verzond de AFM u per e-mail naar info@emsto-advies.nl en marceljpstorms@gmail.com een rappel informatieverzoek (kenmerk: [REDACTED]), omdat de AFM de op 6 november 2015 en op 19 februari 2016 gevraagde informatie nog niet van u heeft ontvangen. In dit informatieverzoek heeft de AFM u gevraagd de informatie uiterlijk 11 april 2016 te verstrekken.
57. Op 10 april 2016 verstuurde u de AFM per e-mail, vanaf e-mailadres marceljpstorms@gmail.com, een leesbevestiging.

58. Op 12 april 2016 ontving de AFM een e-mail, verzonden vanaf marceljpstorms@gmail.com, met daarin de volgende tekst: "Geachte heer [REDACTED], Zoals u heeft constateren heb ik uw bericht van maandag 4 april, eerst afgelopen zondag gelezen, dit ivm een interne opleiding die ik volg en die plaatvond/-vindt de afgelopen week en deze week. Ik zeg u toe dat ik zaterdag as uw verzoek beantwoord, dan zijn alle opleidingsperikelen achter de rug en ben ik 'gewoon' thuis. Met vriendelijke groet Marcel Storms".
59. Op 18 april 2016 ontving de AFM een e-mail, verzonden vanaf marceljpstorms@gamil.com, met daarin de volgende tekst: "Ik ben zaterdag jl teruggekomen van de interne opleiding. Ik probeer vandaag/morgen uw vragen te beantwoorden".
60. Op 21 april 2016 heeft de AFM het Besluit opgelegd aan de heer Storms verzonden per aangetekende post en per e-mail aan info@emsto-advies.nl en marceljpstorms@gmail.com. In het Besluit is opgenomen dat "Om te kunnen vaststellen of u en/of EMSTO in strijd handel(t/en) dan wel heeft/hebben gehandeld met artikel 2:75 en/of artikel 2:80 Wft, is het noodzakelijk dat de AFM een volledig antwoord krijgt op alle vragen die zij in de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016 aan u heeft gesteld. De AFM heeft de bevoegdheid om informatie te vorderen op grond van de Wft en de Awb. De AFM heeft geconstateerd dat u onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016. Door onvoldoende gevolg te geven aan de informatieverzoeken van de AFM, heeft u niet voldaan aan de medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb. Op grond van artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, Wft kan de AFM een last onder dwangsom opleggen als de medewerkingsplicht niet wordt nageleefd.

Omdat u onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016 van de AFM, heeft de AFM besloten de verstrekking van de gevraagde informatie af te dwingen door een last onder dwangsom op te leggen. De last onder dwangsom houdt in dat u binnen tien werkdagen na dagtekening van dit besluit alsnog volledig voldoet aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en van 19 februari 2016. Hiertoe dient u nog de hiernavolgende informatie schriftelijk te verstrekken.

Informatieverzoek van 6 november 2015 (kenmerk: [REDACTED])

6. "In aanvulling op vraag 5 ontvangt de AFM graag een kopie van de met het productieoverzicht corresponderende klantgegevens voor zover deze in uw bezit zijn".

Tot dusver heeft de AFM van slechts 15 consumenten dossierdocumenten toegezonden gekregen, terwijl u heeft aangegeven in ieder geval voor 42 consumenten financiële diensten te hebben verleend. De AFM heeft inmiddels van u dossierstukken ontvangen van de consumenten [A], [B], [C], [D], [E], [F], [G], [H], [I], [J], [K], [L], [M], [N] en [O]. Aangezien deze laatste persoon niet in het toegezonden schema stond, **moet de AFM nog van 28 consumenten de klantgegevens ontvangen voor zover deze in uw bezit zijn.**

Informatieverzoek van 19 februari 2016 (kenmerk: [REDACTED])

1. In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "Wat is de reden dat u geld ontving van de consumenten met de namen: [P], [Q], en [R]? De AFM verzoekt u in een schema per klant

gespecificeerd te vermelden: het adres van de consument, datum(/data) dat u geld ontving, datum van het advies, het in rekening gebrachte bedrag, de werkelijk ontvangen bedragen en de reden waarom u deze gelden ontving / de dienst die u heeft verleend. Ook ontvangt de AFM graag documenten, zoals facturen en e-mails, die betrekking hebben op deze ontvangsten. Zie tevens vraag 4 en 5."

Op deze vraag heeft de AFM tot op heden nog geen antwoord ontvangen.

2. In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "Wat is de reden dat u geld ontving via Mr. Incasso voor de consumenten met de namen: [S], [T] en [U], [V], [W], [X] en [Z]? De AFM verzoekt u om alle schriftelijke stukken te verstrekken die betrekking hebben op deze ontvangsten." De AFM heeft van u stukken ontvangen van de consumenten [T] en [U], [V], [W], [X] en [Z]. De AFM gaat ervan uit dat dit alle schriftelijke stukken zijn die betrekking hebben op de bedoelde ontvangsten. **De AFM heeft tot op heden geen informatie ontvangen ten aanzien van de reden dat u geld ontving via [AA] voor deze consumenten, daarnaast heeft de AFM geen schriftelijke stukken ontvangen met betrekking tot een consument met de naam [S].**

3. In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "De AFM ontvangt graag afschriften van de facturen:

- 2015/0415/[S]/02;
- 2015/0318/[T] en [U]/01;
- 2015/03/[V]/01;
- 2015/03/[W]/01;
- 2014/09-1/[BB]/01;
- 2015/0104/[X]/01 en
- 2015/0317/[Z]/01."

De AFM heeft tot op heden geen afschriften van de facturen ontvangen ten aanzien van de consumenten [S], [V] (wel andere informatie ontvangen), [W], [BB] en [Z] (wel een offerte van [] ontvangen).

4. Ten aanzien van deze vraag verzocht de AFM de volgende informatie: "Zoals in paragraaf 1 (van de brief van 19 februari 2016) vermeld beschikt de AFM over informatie waaruit blijkt dat u bemiddelingsactiviteiten heeft verleend voor de consumenten met de naam [CC], [DD], [EE], [FF], [GG], [HH], [II], [JJ], [KK], [LL], [MM], [NN], [OO], [PP], [QQ], [T], [Z], [RR], [SS], en de heer of mevrouw [TT]. Deze consumenten stonden niet op de lijsten die u aan de AFM heeft doorgestuurd. Wat is de reden dat u deze personen niet heeft opgenomen in uw overzicht? De AFM verzoekt u deze klanten tevens op te nemen in het schema uit vraag 1. Ook ontvangt de AFM graag documenten, zoals facturen en e-mails, en de overige stukken uit eventuele klantdossiers voor zover deze in uw bezit zijn"

Ten aanzien van de reden dat u deze personen niet heeft opgenomen in uw overzicht heeft de AFM geen informatie van u ontvangen. Ook in reactie op het verzoek deze klanten op te nemen in het schema uit vraag 1 heeft de AFM geen informatie ontvangen. U heeft wel documenten verstrekt ten aanzien van de klantdossiers van de consumenten met de namen [X], [Z], [QQ] en [TT]. De AFM gaat ervan uit dat dit alle documenten uit het klantdossier zijn voor zover die in uw bezit zijn. Met betrekking tot de andere 15 genoemde consumenten heeft de AFM tot op heden nog geen informatie ontvangen.

5. Ten aanzien van deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "Uit de dossierstukken die u reeds heeft toegezonden blijkt dat u werkzaam bent geweest voor de heer [T] en mevrouw [EE].

Deze informatie heeft u niet opgenomen in het schema. De AFM verzoekt u om ook deze consumenten op te nemen in het schema van vraag 1." De AFM heeft deze informatie tot op heden niet ontvangen.

6. *Ten aanzien van deze vraag verzocht de AFM de volgende informatie: "De AFM beschikt over informatie waaruit blijkt dat u een betaling heeft ontvangen van de heer [CC]." Ten aanzien van deze informatie verzocht de AFM u de volgende informatie aan te leveren: "Wat is de reden dat u een betaling heeft ontvangen van deze consument? De AFM verzoekt u deze klant ook op te nemen in het schema uit vraag 1. Ook ontvangt de AFM graag documenten, zoals facturen en e-mails, die betrekking hebben op deze ontvangsten."*

Op deze vraag heeft de AFM tot op heden nog geen antwoord ontvangen.

7. *In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "Wat is de reden dat EMSTO geld overmaakt naar [UU] Holding?"*

Op deze vraag heeft de AFM tot op heden nog geen antwoord ontvangen.

8. *In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "Heeft u of EMSTO een overeenkomst (gehad) met [UU] Holding? Zo ja, de AFM ontvangt graag een afschrift van deze overeenkomst."*

Op deze vraag heeft de AFM tot op heden nog geen antwoord ontvangen.

9. *In deze vraag verzocht de AFM om de volgende informatie: "U heeft telefonisch aangegeven dat u aan het verhuizen bent. De AFM ontvangt graag het nieuwe adres van u en EMSTO."*

Op deze vraag heeft de AFM tot op heden nog geen antwoord ontvangen."

61. Op 10 mei 2016 ontvangt de AFM per e-mail en per WeTransfer een reactie op het Besluit.
62. Op 12 mei 2016 stuurt de AFM een e-mail naar marcelijpstorms@gmail.com en naar info@emsto-advies.nl. De AFM bevestigt de ontvangst van de reactie van de heer Storms d.d. 10 mei 2016. De AFM geeft voorts aan dat nog niet volledig de gevraagde informatie is ontvangen en dat de dwangsommen aan het verbeuren zijn. In de e-mail geeft de AFM tevens aan welke informatie nog niet is ontvangen.
63. Op 26 mei 2016 heeft de AFM het Besluit gepubliceerd op, onder meer, haar website.
64. Op 27 juli 2016 stuurt de AFM (onder andere per e-mail aan info@emsto-advies.nl en marcelijpstorms@gmail.com) een invorderingsbeschikking. Daartegen is geen bezwaar ingesteld.

III. Bezwaar

65. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het Bezwaar de volgende gronden:
- A. Besluit niet ontvangen
 - B. Binnen begunstigingstermijn voldaan;
 - C. Er is voldaan aan de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb;
 - D. Publicatie;
 - E. Hoogte dwangsom dient te worden gematigd;

- F. Strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en Handhavingsbeleid DNB en AFM;
1. Strijd met het doel en de strekking van het Handhavingsbeleid – ondeugdelijke motivering – strijd met artikel 3:3 Awb;
 2. Strijd met het evenredigheidsbeginsel – belangenafweging afwezig.

III. 1 Beoordeling

III. 2 Beoordeling ontvankelijkheid

66. Uit artikel 7:1 van de Awb in samenhang gelezen met artikel 1:2, eerste lid, Awb volgt dat tegen een besluit bezwaar gemaakt kan worden door een belanghebbende. Voordat de AFM over kan gaan tot het beoordelen van de bezwaargronden, dient zij aldus te beoordelen of de heer Storms en/of Emsto belanghebbenden zijn ten aanzien van de last onder dwangsom en ten aanzien van het besluit tot publicatie. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb wordt onder belanghebbende verstaan "degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit betrokken is". Dit begrip is in de rechtspraak ingevuld. Daaruit blijkt dat sprake moet zijn van een rechtstreeks belang dat onderscheidend, persoonlijk, concreet en objectief bepaalbaar is.¹ Of daarvan sprake is, hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval. Bovendien mag het in beginsel geen afgeleid belang zijn.² Dat is het geval indien het belang niet direct, maar slechts middellijk wordt geraakt via een contractuele relatie of een anderszins privaatrechtelijke rechtsbetrekking³.
67. Naar het oordeel van de AFM leiden de feiten en omstandigheden in onderhavige zaak ertoe dat de heer Storms aangemerkt wordt als belanghebbende bij het Besluit. Emsto kan niet aangemerkt worden als belanghebbende bij de last onder dwangsom. De belangen van Emsto worden niet rechtstreeks geraakt doordat de AFM een last onder dwangsom oplegt aan de heer Storms. Emsto staat in een contractuele relatie tot de bestuurder en enig aandeelhouder, de heer Storms. Op grond van vaste jurisprudentie heeft Emsto derhalve een van de heer Storms afgeleid belang. Een afgeleid belang is in beginsel geen rechtstreeks belang, tenzij sprake is van een voldoende zwaarwegend afgeleid belang. Het leerstuk van een voldoende zwaarwegend afgeleid belang ziet voornamelijk op die situaties waarin een aan een fundamenteel recht ontleend belang in het geding is, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting.⁴ Daarvan is in onderhavige zaak geen sprake.⁵ Derhalve worden de belangen van Emsto niet rechtstreeks geraakt door de last onder dwangsom. Zie voor wat betreft de beoordeling van de bezwaargronden van Bezwaarmakers ten aanzien van de publicatie paragraaf III.5 onder D.

¹ Zie bijvoorbeeld CBb 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:50; Rb. Rotterdam (vzr.) 4 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7391.

² In een aantal zaken is een afgeleid belang wel als een rechtstreeks betrokken belang aangenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van tegengestelde belangen of een voldoende zwaarwegend afgeleid belang. Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 december 2004, AB 2005, 97.

³ Zie bijvoorbeeld CBb 21 december 2005, ECU:NL:CBB:2005 AU8620; ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9028.

⁴ ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9.

⁵ Zie voor een vergelijkbare zaak rechtbank. Rotterdam 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7979.

III.3 Besluit ten aanzien van bezwaar tegen last onder dwangsom door Emsto

Op grond van het voorgaande concludeert de AFM tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar door Emsto tegen de last onder dwangsom.

III.4 Rechtsgangverwijzing

Informatie over de wijze waarop en de termijn waarbinnen beroep ingesteld kan worden tegen deze beslissing op bezwaar, vindt u in paragraaf VIII van deze brief.

III.5 Beoordeling van de bezwaargronden A t/m F

A. Niet ontvangen

68. De heer Storms stelt, niet in haar Bezwaar maar in een e-mail d.d. 8 augustus 2016, dat zij het Besluit niet heeft ontvangen.

Reactie AFM

69. Het Bezwaar van de heer Storms treft geen doel. De heer Storms heeft binnen de daarvoor gegeven termijn bezwaar gemaakt. Volgens recente rechtspraak⁶ heeft het Besluit dan wel degelijk (tijdig) de heer Storms bereikt. Voorts heeft de heer Storms bij het indienen van bezwaar niet verzocht om (hernieuwde) toezending van het bestreden besluit op schrift en daaruit volgt dat de heer Storms heeft ingestemd met elektronische verzending van het bestreden besluit.
70. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. Binnen begunstigingstermijn voldaan

71. De heer Storms stelt dat voldaan is aan het Besluit. Dit omdat door de heer Storms binnen de tien werkdagen, zoals gegeven in het Besluit, en wel op 10 mei 2016, aanvullende informatie is overlegd. De heer Storms stelt dat door de wettelijke feestdagen de termijn afliep op 10 mei 2016.

Reactie AFM

72. De AFM deelt het oordeel van de heer Storms niet. Tot op heden is niet alle gevraagde informatie aan de AFM verstrekt. Daarmee heeft de heer Storms niet voldaan aan het Besluit.

⁶ Rechtbank Rotterdam, 25 juli 2016, zaaknummer. ROT 16/4082 BC WO02.

73. Ten overvloede, het volgende. Het Besluit is gedateerd op 21 april 2016. In het Besluit is neergelegd dat de heer Storms binnen tien werkdagen na dagtekening van het Besluit dient te voldoen. De eerste werkdag van de termijn is dus vrijdag 22 april 2016.
74. De volgende dagen die binnen de termijn van tien werkdagen vallen zijn officiële erkende feestdagen⁷:
- Koningsdag: woensdag 27 april 2016; en
 - Bevrijdingsdag en Hemelvaartsdag: donderdag 5 mei 2016.

Deze officiële erkende feestdagen tellen niet mee in berekening van de termijn van tien werkdagen na dagtekening van het Besluit. De laatste werkdag van de termijn, waarbij de officiële erkende feestdagen niet zijn meegerekend, is dus maandag 9 mei 2016.

75. Eerst op 10 mei 2016 heeft de heer Storms wat informatie aan de AFM verstuurd. Aldus is, omdat de heer Storms niet binnen de termijn gegeven in het Besluit de gevraagde informatie heeft overlegd, niet voldaan aan het Besluit.
76. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

C. Er is voldaan aan de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb

77. De heer Storms stelt welwillend te zijn geweest om openheid van zaken te geven en zich transparant en coöperatief te hebben opgesteld. Hij heeft openheid gegeven over het aantal klantendossiers dat in het bezit was. Op 28 januari 2016 heeft de heer Storms vervolgens een groot aantal dossiers ingestuurd. De heer Storms heeft hierbij volledigheidshalve aangegeven dat het ging om de helft van alle dossiers. De heer Storms zegde toe de tweede helft nog aan de AFM te doen toekomen. Het is derhalve de heer Storms zelf geweest die de AFM die informatie heeft verschaft. Die coöperatieve opstelling lijkt nu echter tegen de heer Storms te worden gebruikt. Hij wordt behandeld alsof totaal geen medewerking is verleend aan de verschillende informatieverzoeken — hetgeen onjuist is.

Reactie AFM

78. De AFM deelt het oordeel van de heer Storms niet.
79. Sinds 6 november 2015 heeft de AFM meerdere (rappel) informatieverzoeken gestuurd. Telkenmale heeft de heer Storms niet binnen de termijn en/of niet volledig de gevraagde informatie overlegd. Zo ook ten aanzien van de gevraagde informatie zoals neergelegd in het Besluit. Tot op heden is de gevraagde informatie niet volledig door de AFM ontvangen. Pas na afloop van de termijn van tien werkdagen zoals gegeven in het Besluit heeft de AFM wat informatie ontvangen. Zie ook de e-mail van de AFM verstuurd

⁷ Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/schoolvakanties/vraag-en-antwoord/officialle-feestdagen>

op 12 mei 2016 waarin is opgenomen welke informatie nog niet is ontvangen van de heer Storms. Er is dus niet voldaan aan de medewerkingsplicht zoals neergelegd in artikel 5:20 Awb.

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

D. Publicatie

81. Zoals al opgemerkt in paragraaf III.2 allereerst een opmerking over of Emsto voor wat betreft dit onderdeel ook beschouwd wordt als belanghebbende. Op grond van de artikelen 7:1 en 1:2 Awb kan alleen een belanghebbende bezwaar maken. Gelet op artikel 1:2 van de Awb is belanghebbende degene wiens belang rechtstreeks is betrokken bij het bestreden besluit. Volgens vaste jurisprudentie dient daarbij sprake te zijn van een eigen, persoonlijk, objectief bepaalbaar, actueel en rechtstreeks belang. Dit laatste accentueert dat er in voldoende mate een onlosmakelijk en direct verband dient te bestaan tussen het eigen, persoonlijke, objectief bepaalbare en actueel belang waarin betrokkene zich getroffen acht en het besluit dat daar de oorzaak van zou zijn. Iemand is belanghebbende wanneer er een direct - causaal -verband bestaat tussen het bestreden besluit en het belang van de indiener van het bezwaarschrift. Emsto is genoemd in zowel de AFM persberichtgeving als in de last onder dwangsom die met de persberichtgeving openbaar werd gemaakt. Wegens het vermelden van Emsto en gelet op de hetgeen aangevoerd in Bezwaar, in de hoorzitting en in de e-mails sinds het Bezwaar over de publicatie en de gevolgen daarvan heeft Emsto een rechtstreeks belang. Aldus zal Emsto voor wat betreft het onderdeel D als belanghebbende worden aangemerkt.

82. Ten aanzien van de publicatie hebben Bezwaarmakers de volgende bezwaren:

i) Openbaarmaking ex artikel 1:98 Wft kan pas plaatsvinden indien de AFM een zelfstandig besluit hierover heeft genomen nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Hieraan heeft de AFM niet voldaan.

ii) Bezwaarmakers zijn niet in de gelegenheid gesteld om een zienswijze overeenkomstig artikel 4:14 Awb te geven ten aanzien van het besluit om de last onder dwangsom te publiceren. Het niet bieden van een zienswijzegelegenheid bij publicatiebesluiten op grond van artikel 1:98 Wft kan volgens Bezwaarmakers als ernstige schending worden aangemerkt. Immers, alleen de weg tot de Voorzieningenrechter resteert als men de publicatie wenst te voorkomen. In dit verband verzoeken Bezwaarmakers dan ook het besluit op dit punt te herroepen en hen alsnog in de gelegenheid te stellen een zienswijze te geven.

iii) Het besluit is in strijd met artikel 3:2, 3:3 en 3:4 Awb alsmede de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel, motiveringsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

Reactie AFM

83. De AFM deelt het oordeel van Bezwaarmakers niet.

84. Ten aanzien van onderdeel i) het volgende. Anders dan Bezwaarmakers stellen is de grondslag van de openbaarmaking van het Besluit niet neergelegd in artikel 1:98⁸ Wft. Dat artikel gaat over de openbaarmaking van een bestuurlijke boete.
85. De grondslag voor openbaarmaking van een last onder dwangsom is neergelegd in artikel 1:99 Wft. Ten tijde van de openbaarmaking stond in artikel 1:99, eerste lid, Wft: *“De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom ingevolge deze wet openbaar wanneer een dwangsom wordt verbeurd. Artikel 1:97, vierde en vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.”* In artikel 1:99, tweede lid, Wft stond: *“Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht wordt openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.”*
86. Paragraaf 3 van het Besluit gaat over de publicatie. De AFM heeft daarin kenbaar gemaakt dat de AFM conform artikel 1:99 Wft moet publiceren als een dwangsom wordt verbeurd. In paragraaf 3 is voorts uitvoerig gemotiveerd uiteengezet het volgende: de wettelijke verplichtingen ten aanzien van publicatie van een last onder dwangsom; de reden van de AFM om niet anoniem te publiceren; de belangenafweging, de basistekst van de te publiceren uiting met uitleg daarover; dat de mogelijkheid bestaat, conform artikel 1:99 Wft, om bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een verzoek in te dienen tot schorsing van de openbaarmaking en tot schorsing van de gevolgen van het Besluit.
87. Voor de goede orde, Bezwaarmakers hebben geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een verzoek in te dienen om de openbaarmaking te schorsen. Aldus en nadat de dwangsom was verbeurd is de AFM op 26 mei 2016, conform artikel 1:99 Wft, overgegaan tot publicatie van het Besluit. Anders dan Bezwaarmakers stellen is de AFM op de correcte wijze conform het van toepassing zijnde wetsartikel overgegaan tot openbaarmaking van het Besluit.
88. Heroverweging ten aanzien van dit subonderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.
89. Ten aanzien van onderdeel ii) het volgende. Anders dan Bezwaarmakers stellen is niet in artikel 4:14 Awb neergelegd dat er een zienswijzemogelijkheid gegeven moet worden ten aanzien van een besluit om een last onder dwangsom te publiceren. Artikel 4:14 Awb gaat over, kort gezegd, beslistermijnen.
90. Los van de vraag of de AFM gehouden is op grond van artikel 4:8 Awb een belanghebbende in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te laten brengen, zeker gelet op het feit dat er niet voldaan is aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken, het volgende. Voor zover er al sprake zou zijn van een onvolkomenheid ten aanzien van het bieden van een zienswijzegelegenheid geldt dat in de parlementaire geschiedenis van de Awb is bepaald: *“Een dergelijke onvolkomenheid in de voorbereiding zal niet zonder meer hoeven te leiden tot vernietigbaarheid van de beschikking in kwestie. In de*

⁸ In dit besluit verwijst de AFM naar de artikelen 1:97-1:99 Wft zoals die van kracht waren op het moment van het Besluit.

bezwaarfase zal een dergelijk gebrek vaak nog hersteld kunnen worden."⁹ In onderhavige bezwaarfase is dat ook gebeurd.

91. In het Bezwaar is opgemerkt *"het economisch effect van de toezicht maatregel op de overtreder is onevenredig groot. Belanghebbende zullen grote vermogensschade leiden;"* Deze stelling is in het Bezwaar niet nader onderbouwd. Eerst in de e-mails ontvangen door de AFM na het Bezwaar en tijdens de hoorzitting is opgemerkt dat Bezwaarmakers onder andere financiële schade hebben geleden door de publicatie, dat de heer Storms sinds de publicatie geen arbeid kan verrichten en dat het dienstverband dat de heer Storms kennelijk had bij Zorgeloosch werd beëindigd als gevolg van de publicatie.
92. Over de schade het volgende. De AFM is van oordeel dat Bezwaarmakers geen onevenredige schade is/wordt berokkend door de niet-geanonimiseerde publicatie.
93. Het uitgangspunt bij publicatie is dat een last onder dwangsom niet-geanonimiseerd wordt gepubliceerd. De publicatie wordt alleen geanonimiseerd indien aan één van de vier uitzonderingsgronden van artikel 1:97, vierde lid, Wft wordt voldaan. Bezwaarmakers beroepen zich kennelijk op sub b van dit artikel namelijk dat 'betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend' door de publicatie. De AFM is, met kennelijk Bezwaarmakers, van oordeel dat de drie andere in artikel 1:97, vierde lid, Wft genoemde uitzonderingsgronden zich in het onderhavige geval niet voordoen.
94. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in zijn uitspraak van 22 januari 2015 de volgende uitleg gegeven wanneer er sprake kan zijn van onevenredige schade: *"Aangezien het belang van de toezichthouder bij publicatie slechts wijkt voor het belang van de betrokken partijen in geval van "onevenredige" schade, is het College van oordeel dat het in zodanig geval om een individuele, bijzondere situatie dient te gaan, waarbij de door de financiële onderneming als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken."*¹⁰
95. Publicatie dient dus alleen geanonimiseerd plaats te vinden indien er sprake is van een individuele, bijzondere situatie en de schade door niet-geanonimiseerde publicatie uitzonderlijk is.
96. De AFM is van oordeel dat er niet sprake is van een dergelijke bijzondere situatie. De AFM kwalificeert het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting van artikel 5:20 Awb als ernstig, omdat zij hierdoor in de uitoefening van haar toezichthoudende taken wordt belemmerd en zodoende niet kan onderzoeken of de heer Storms mogelijk in strijd met artikel 2:75 en/of 2:80 Wft actief is op de financiële markten. Een overtreding van deze artikelen, is een ernstige overtreding en wanneer deze overtreding plaatsvindt, is het van groot belang dat deze zo snel mogelijk gestaakt wordt. De AFM acht het daarom van groot belang dat aan de markt bekend wordt gemaakt dat de heer Storms niet meewerkt aan dit onderzoek van de AFM.

⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 21 221, nr. 3, pag.102 (Memorie van Toelichting).

¹⁰ ECLI:NL:CBB:2015:6, r.o. 7.3

Naast het generieke doel van publicatie van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 5:20 Awb (men moet meewerken aan onderzoeken van de AFM), is hier dus tevens sprake van een specifiek doel, namelijk de markt te informeren dat de heer Storms niet meewerkt aan een onderzoek.

97. Bezwaarmakers voeren aan dat zij door het publiceren van het Besluit schade hebben en zullen ondervinden en daardoor in inkomsten terugvallen. De AFM acht het niet onaannemelijk dat Bezwaarmakers schade hebben en zullen ondervinden van de publicatie van de omstandigheid dat er niet voldoende is meegewerkt aan de (rappel)informatieverzoeken van de AFM. Echter is niet onderbouwd dat de schade die zij daar van ondervinden onevenredig of uitzonderlijk zou zijn. De AFM acht de schade die Bezwaarmakers ondervinden door de niet-geanonimiseerde publicatie niet onevenredig of uitzonderlijk in verhouding tot de met de publicatie te dienen doelen, zoals hiervoor beschreven¹¹.
98. Daarnaast had de heer Storms kunnen voorkomen dat er een publicatie zou plaatsvinden, door aan het Besluit te voldoen. De heer Storms stelt in zijn e-mails sinds het Bezwaar dat hij onmachtig is om aan het Besluit te voldoen, omdat hij de gevraagde informatie niet in zijn bezit zou hebben. Dit omdat de klantendossiers waarom de AFM vraagt werden ge-upload in het gebruikte CRM-systeem en dat hij na uploading de kopieën heeft verwijderd. Dit bevreedt de AFM omdat ook in het Bezwaar is neergelegd dat de heer Storms zelf heeft toegezegd aan de AFM de tweede helft van de klantendossiers nog aan de AFM te zullen doen toekomen. Daarnaast wordt er om meer dan alleen klantendossiers gevraagd in het Besluit. Ook deze informatie is niet door de heer Storms verstrekt. De AFM ziet dan ook geen reden om aan te nemen dat de in het Besluit gevraagde informatie niet of deels niet in het bezit is van de heer Storms. De AFM meent dan ook dat niet aannemelijk is gemaakt dat hij onmachtig was om aan het Besluit te voldoen.
99. Heroverweging ten aanzien van dit subonderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.
100. Ad iii) Bezwaarmakers hebben deze gronden van bezwaar niet nader onderbouwd. De AFM is van mening dat zij zich bij haar besluitvorming heeft gehouden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Nu Bezwaarmakers hun standpunt op dit punt niet nader toelichten, zal de AFM hier niet nader op ingaan.
101. Heroverweging ten aanzien van dit subonderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.
102. Heroverweging ten aanzien van onderdeel D leidt dus niet tot een ander oordeel.

E. Hoogte last onder dwangsom

103. De heer Storms stelt dat, omdat er is meegewerkt aan de verzoeken, de dwangsom in geen enkele redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking die een dwangsom

¹¹ Zie ook Rb Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173; Rb Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759 en Rb Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420.

behoort te hebben. In dit verband verzoekt hij tot matiging van de dwangsom. De heer Storms stelt bereid te zijn de financiële situatie te onderbouwen met stukken.

Reactie AFM

104. De AFM deelt het oordeel van de heer Storms niet. Tot op heden heeft de AFM niet de in het Besluit gevraagde informatie ontvangen van de heer Storms. Dit in weerwil van al zijn toezeggingen dat hij zal voldoen.
105. Naar vaste rechtspraak dient de hoogte van de opgelegde dwangsom in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het door overtreding geschonden belang en anderzijds de beoogde effectieve werking van de dwangsomoplegging. De financiële omstandigheden van de overtreder mogen in beginsel geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom¹². Dat het opleggen van het Besluit beweerdelijk gevolgen heeft voor de heer Storms, betreurt de AFM. De heer Storms had deze gevolgen echter kunnen voorkomen door tijdig te voldoen aan het Besluit.
106. Gelet op de ernst van het welbewust meerdere malen niet voldoen aan de medewerkingsplicht door de heer Storms, gekoppeld aan de noodzakelijke prikkel om hem te overtuigen om dat alsnog te doen, is de AFM van oordeel dat een dwangsom van EUR 50.000 zeker niet onevenredig hoog kan worden genoemd. De AFM wijst in dit verband op de door haar op haar website gepubliceerde, vergelijkbare lasten onder dwangsom, waar dezelfde dwangsom is bepaald. Voor de goede orde en los van bovenstaande geldt dat de heer Storms in het Bezwaar, tijdens de hoorzitting en in de e-mails sindsdien geen enkel financieel stuk ter onderbouwing heeft overlegd waaruit blijkt dat hij de dwangsom niet kan betalen.
107. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

F. Strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en Handhavingsbeleid DNB en AFM

1. Strijd met doel en strekking Handhavingsbesluit – ondeugdelijke motivering – strijd met artikel 3:3 Awb

108. De heer Storms stelt dat in strijd met het doel en de strekking van het Handhavingsbeleid van AFM en DNB (Handhavingsbeleid) een last onder dwangsom is opgelegd. De AFM heeft ondeugdelijk gemotiveerd waarom het Besluit is opgelegd en waarom niet eerst in gesprek is getreden met de heer Storms. Dit terwijl

¹² Zie bijvoorbeeld CBB 27 oktober 2009, AB 2009/394.

hij telkens heeft meegewerkt en een groot percentage van de gevraagde informatie heeft verstrekt. De heer Storms heeft voorts binnen de termijn van tien werkdagen informatie overlegd. De AFM heeft gehandeld in strijd met artikel 3:3 Awb.

Reactie AFM

109. Ten aanzien van het Handhavingsbeleid het volgende. Zoals ook in de inleiding van het Handhavingsbeleid is beschreven geeft dit beleid, kort gezegd, inzicht in de uitgangspunten bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten; het is een algemene handleiding. In het Besluit is gemotiveerd weergegeven waarom de AFM overgaat tot het opleggen van een last onder dwangsom. Bijvoorbeeld in paragraaf 2: *“Om te kunnen vaststellen of u en/of EMSTO in strijd handel(t/en) dan wel heeft/hebben gehandeld met artikel 2:75 en/of artikel 2:80 Wft, is het noodzakelijk dat de AFM een volledig antwoord krijgt op alle vragen die zij in de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016 aan u heeft gesteld. De AFM heeft de bevoegdheid om informatie te vorderen op grond van de Wft en de Awb. De AFM heeft geconstateerd dat u onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016. Door onvoldoende gevolg te geven aan de informatieverzoeken van de AFM, heeft u niet voldaan aan de medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb. Op grond van artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, Wft kan de AFM een last onder dwangsom opleggen als de medewerkingsplicht niet wordt nageleefd. Omdat u onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van 6 november 2015 en 19 februari 2016 van de AFM, heeft de AFM besloten de verstrekking van de gevraagde informatie af te dwingen door een last onder dwangsom op te leggen.”*
110. Voor wat betreft de stelling dat de AFM niet eerst in gesprek is getreden met de heer Storms het volgende. De AFM heeft in de aanloop naar het moment van opleggen van het Besluit wel degelijk en meerdere malen contact gezocht en gevonden met de heer Storms. Hierboven staat dat omschreven onder paragraaf II Feiten en omstandigheden. Niettemin is de heer Storms volhardend gebleven in het niet tijdig en/of niet volledig voldoen aan de meerdere informatieverzoeken. Zo ook het niet binnen de termijn van tien werkdagen overleggen van slechts een deel van de in het Besluit gevraagde informatie. Gelet op bovenstaande heeft de AFM dan ook niet in strijd gehandeld met artikel 3:3 Awb. Immers doordat de heer Storms in strijd met artikel 5:20 Awb heeft gehandeld, was de AFM gerechtigd op grond van artikel 1:79 Wft over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom.
111. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

2. Strijd met het evenredigheidsbeginsel en belangen

112. De heer Storms stelt dat, gelet op hetgeen daarover is opgenomen in het Handhavingsbeleid, de AFM het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden. Het opleggen van een last onder dwangsom is niet in overeenstemming met de ernst en aard van de overtreding. De heer Storms stelt dat het opleggen van een aanwijzing dat wel was geweest. Immers hij heeft binnen de termijn gereageerd. De heer Storms stelt voorts

dat er geen belangenafweging conform artikel 3:2 en 3:4 Awb heeft plaatsgevonden. Dit omdat i) er geen sprake is van recidive, ii) de overtreding niet verwijtbaar is, iii) er geen derden zijn benadeeld iv) er geen voordeel is verkregen, v) de heer Storms heeft geprobeerd, op eigen initiatief, een persoonlijk onderhoud in te plannen ten einde zijn administratie transparanter en inzichtelijk te maken, vi) de duur van de overtreding zeer kort is geweest, vii) het economische effect van de last onder dwangsom onevenredig groot is omdat de heer Storms grote vermogensschade zal leiden, en viii) het beleid van de heer Storms heeft niet geleid tot marktverstoring en ook is het vertrouwen in de markt niet geschaad.

Reactie AFM

113. De AFM verwijst naar de hierboven onder paragraaf III B, C en D opgenomen gemotiveerde uiteenzetting waarom, gelet op de ernst en duur, gekozen is voor het opleggen van een last onder dwangsom. Dit in overeenstemming met de jurisprudentie daaromtrent. Voor wat betreft het niet geven van een aanwijzing het volgende. Juist gelet op de ernst van het welbewust meerdere malen niet voldoen aan de wettelijke medewerkingsplicht en de duur (vanaf 6 november 2015 tot 21 april 2016) had het geven van een aanwijzing hoogstwaarschijnlijk niet de gewenste resultaten opgeleverd. Daarenboven in artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, Wft is specifiek neergelegd de bevoegdheid voor de AFM om over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom bij overtreding van artikel 5:20 Awb.

114. De AFM gaat hierna puntsgewijs in op de gronden ten aanzien van de belangenafweging.

- i) De heer Storms heeft niet een keer maar meerdere malen niet tijdig en/of niet volledig voldaan aan alle (rappel) informatieverzoeken;
- ii) Niet nader gemotiveerd is waarom het niet aan de heer Storms te verwijten valt.
- iii) en iv) De heer Storms heeft in strijd met artikel 5:20 Awb gehandeld. Dat is ernstig omdat de AFM hierdoor in de uitoefening van haar toezichthoudende taken wordt belemmerd en zodoende niet kan onderzoeken of de heer Storms mogelijk in strijd met artikel 2:75 en/of 2:80 Wft actief is op de financiële markten. Vooralsnog is dus niet bewezen dat derden niet zijn benadeeld of dat er geen voordeel is behaald.
- v) In de correspondentie in het dossier is daar niets over teruggevonden;
- vi) De duur is wel degelijk lang. De heer Storms heeft ongeveer zes en een halve maand de tijd gekregen om te voldoen aan het gevraagde.
- vii) De AFM verwijst naar hetgeen hierboven opgenomen in paragraaf D over de schade voor de heer Storms;
- viii) Nu het beleid van de heer Storms is en was om niet te voldoen aan de wettelijke verplichting van artikel 5:20 Awb is dat een zeer ernstig gegeven en daarmee in de belangenafweging te meer reden een last onder dwangsom op te leggen. Het niet voldoen aan een wettelijke verplichting verstoort en schaadt het vertrouwen van de markt ten aanzien van de naleving door een ieder van de op hen rustende wet- en regelgeving.

115. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

V. Besluit

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

VI. Verzoek vergoeding kosten

Met betrekking tot het verzoek van de heer Storms om vergoeding van de proceskosten in bezwaar merkt de AFM op dat ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb de kosten die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend worden vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Nu er in het onderhavige geval geen sprake is van herroeping van het bestreden besluit, wijst de AFM het verzoek van de heer Storms om een kostenvergoeding af.

VII. Verzoek tot verwijdering van website en verzoek tot rectificatie.

Met betrekking tot de verzoeken om verwijdering van het Besluit van de AFM-website en om rectificatie, het volgende. Gelet op de hetgeen is opgenomen in paragraaf V is er geen reden om inhoudelijk in te gaan op deze verzoeken. De AFM wijst het verzoek tot verwijdering van het Besluit van de AFM-website en het verzoek tot rectificatie af.

VIII. Rechtsgangverwijzing

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Bestuurslid

[was getekend]
Hoofd

Bijlage (1): Verslag hoorzitting d.d. 1 september 2016