

Per e-mail vooruit en aangetekend verstuurd

OPENBARE VERSIE

Bureau Brandeis
mw. mr. S. Peek
Sophialaan 8
1075 BR AMSTERDAM

Datum 2 augustus 2018
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 1 van 33
Telefoon 020 - 797 2527
E-mail Roanne.Witvoet@afm.nl
Betreft Beslissing op bezwaar Rodeler (NL) B.V.

Geachte mevrouw Peek,

Bij besluit van 27 maart 2018 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Rodeler (NL) B.V. (**Rodeler**) tevens handelend onder de naam 24Option.com een last onder dwangsom met kenmerk [REDACTED] (**Last**) opgelegd met als doel dat Rodeler bepaalde informatie aan de AFM verstrekt. Tevens heeft de AFM in de Last een publicatiebesluit genomen, inhoudende openbaarmaking van de Last en een eventueel ingediend bezwaar door Rodeler tegen de Last, indien de dwangsom verbeurt (**Openbaarmaking**). Rodeler heeft tegen de Last en de Openbaarmaking bezwaar gemaakt en daarnaast om een voorlopige voorziening verzocht. De voorzieningenrechter heeft de Openbaarmaking tot een week na de beslissing op bezwaar geschorst.

De AFM heeft besloten de Last in stand te laten [REDACTED] en de Openbaarmaking voor het overige in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

I. Procedure

1. Rodeler onderhoudt contact met Nederlandse consumenten en handelt hierbij namens het platform van 24Option.com. Dit platform wordt aangeboden en beheerd onder de Cypriotische vergunning van Rodeler Limited (**Rodeler Ltd.**), de enige aandeelhouder en bestuurder van Rodeler. Rodeler heeft geen vergunning van de AFM. De AFM heeft op 27 maart 2018 een onaangekondigd onderzoek ter plaatse (**OOTP**) uitgevoerd bij Rodeler om te onderzoeken of Rodeler al dan niet beleggingsdiensten verleent zonder dat zij beschikt over een vergunning als bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, van de Wft en om te onderzoeken in

hoeverre Rodeler de bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken (**Wohp**) naleeft, zoals die zijn opgenomen in artikel 3A van Titel 3 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**).

2. Tijdens het OOTP doet de AFM meerdere informatieverzoeken aan Rodeler. Bij binnenkomst, om 9.30 uur, overhandigt de AFM haar aankondigingsbrief (**Aankondigingsbrief**). Hierin staat dat Rodeler wordt verzocht *'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'*. Gedurende de dag wordt het informatieverzoek van de AFM meer toegespitst. Om 15:45 uur vordert de AFM alle opnames van telefoongesprekken tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten over een periode van een jaar, te weten vanaf 27 maart 2017 tot op 27 maart 2018.
3. Omdat Rodeler hier geen gevolg aan geeft, heeft de AFM op dezelfde dag, te weten 27 maart 2018, aan Rodeler wegens overtreding van artikel 5:20 Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) een last onder dwangsom opgelegd als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**). De Last houdt in dat Rodeler op 28 maart 2018 voor 17.00 uur (**Begunstigingstermijn**) alsnog volledig voldoet aan het informatieverzoek van de AFM. In de Last is bepaald dat, als Rodeler niet binnen de Begunstigingstermijn aan de last voldoet, een dwangsom wordt verbeurd. Deze dwangsom bedraagt € 50.000,00 (zegge: vijftigduizend euro). De AFM heeft in de Last, bij deelbesluit, op grond van artikel 1:97, vierde en vijfde lid, 1:98 jo 1:99, eerste lid, van de Wft tot de Openbaarmaking besloten.
[REDACTED]
4. Bij e-mail van 28 maart 2018 heeft Rodeler pro forma bezwaar gemaakt tegen de Last en een nadere termijn verzocht voor het indienen van de gronden van het bezwaar.
5. Bij e-mail van 29 maart 2018 heeft de AFM aan Rodeler medegedeeld dat de dwangsom is verbeurd.
6. Bij brief van 5 april 2018 heeft Rodeler een verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening (**Verzoek**) bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (**Voorzieningenrechter**) ingediend, inhoudende schorsing van de Openbaarmaking.
7. Bij brief van 9 april 2018 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en de termijn voor het indienen van de gronden van bezwaar verlengd tot vier weken na de dagtekening van haar brief.
8. Bij brief van 18 april 2018 heeft de AFM haar verweerschrift bij de Voorzieningenrechter ingediend (**Verweerschrift**).
9. Bij brief van 18 april 2018 heeft Rodeler bij de Voorzieningenrechter aanvullende gronden ingediend.

10. Bij brief van 18 april 2018 heeft de Voorzieningenrechter vooraf schriftelijke vragen aan partijen gesteld die op zitting zullen worden behandeld.
11. Bij brief van 19 april 2018 heeft de Voorzieningenrechter de schriftelijke vragen aan partijen gewijzigd.
12. [REDACTED]
13. Bij brieven van 19 en 20 april 2018 heeft Rodeler aanvullende gronden en bijlagen bij de Voorzieningenrechter ingediend.
14. Het Verzoek is op 20 april 2018 achter gesloten deuren ter zitting behandeld. Rodeler heeft haar schriftelijke reactie op de vooraf gestelde vragen van de Voorzieningenrechter mondeling weergegeven (**Reactie**) en daarnaast een pleitnota overgelegd (**Pleitnota I**).
15. Bij uitspraak van 30 april 2018¹ (**Uitspraak**) heeft de Voorzieningenrechter het Verzoek toegewezen en de Openbaarmaking tot één week na de beslissing op bezwaar geschorst.
16. Bij brief van 7 mei 2018 heeft Rodeler de gronden van het bezwaar (**Aanvullend bezwaarschrift**) bij de AFM ingediend.
17. Bij e-mail van 9 mei 2018 heeft de AFM de ontvangst van het Aanvullend bezwaarschrift bevestigd en de verhinderdata van Rodeler verzocht opdat een hoorzitting kan worden gepland.
18. Bij e-mail van 15 mei 2018 heeft Rodeler de verhinderdata aan haar zijde opgegeven.
19. Bij e-mail van 16 mei 2018 heeft de AFM de ontvangst van de verhinderdata van Rodeler bevestigd en Rodeler op voorhand geïnformeerd dat de hoorzitting zal plaatsvinden op 29 mei 2018.
20. Bij brief van 17 mei 2018 heeft de AFM Rodeler uitgenodigd voor de hoorzitting op 29 mei 2018.
21. Bij e-mail van 18 mei 2018 heeft Rodeler de ontvangst van de uitnodiging van de hoorzitting op 29 mei 2018 bevestigd. Daarnaast heeft Rodeler verzocht om een kopie van het dossier en om verlenging van de termijn om nog nadere stukken in te dienen.
22. Bij e-mail van 22 mei 2018 heeft de AFM de inhoudsopgave van het dossier aan Rodeler verstrekt. Daaruit blijkt dat alle stukken uit het dossier al geruime tijd in bezit zijn van Rodeler. Derhalve volstaat de AFM

¹ Rechtbank Rotterdam, 30 april 2018, gepubliceerd op rechtspraak.nl: ECLI:NL:RBROT:2018:4303

met toezending van de inhoudsopgave en wordt het verzoek van Rodeler om verlenging van de termijn voor het indienen van nadere stukken niet gehonoreerd.

23. Bij e-mail van 22 mei 2018 heeft Rodeler aan de AFM bericht het hier niet mee eens te zijn en zich het recht voor te behouden nog nadere stukken in te dienen.
24. Bij e-mail van 23 mei 2018 heeft de AFM aan Rodeler bericht akkoord te gaan indien zij nog nadere stukken wil indienen.
25. Bij e-mail en brief van 25 mei 2018 heeft Rodeler een aanvullende toelichting op het bezwaar en producties 11 t/m 15 (**Toelichting**) bij de AFM ingediend.
26. Bij e-mail van 28 mei 2018 heeft Rodeler aan de AFM bericht verhinderd te zijn voor de hoorzitting die gepland staat op de volgende dag, te weten 29 mei 2018 om 14.00 uur, in verband met gezondheidsredenen van de [REDACTED] [A], [REDACTED] Rodeler heeft nog een e-mail nagezonden met in de bijlage een doktersverklaring (in het Cypriotisch).
27. Bij e-mail van 30 mei 2018 heeft de AFM aan Rodeler bericht dat de hoorzitting op haar verzoek is verplaatst naar 7 juni 2018 om 13.30 uur en de beslistermijn dientengevolge is opgeschort.
28. Op 7 juni 2018 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Rodeler heeft in het kader van de hoorzitting een pleitnota (**Pleitnota II**) overgelegd. Van deze hoorzitting is tevens een verslag gemaakt (**Verslag**), dat is bijgevoegd bij dit besluit (Bijlage).
29. Bij brief van 19 juni 2018 (kenmerk [REDACTED]) heeft de AFM de beslissing op bezwaar, op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Awb, met zes weken verdaagd tot en met 9 augustus 2018.
30. [REDACTED]

II. Feiten en omstandigheden

31. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in de Last en het Verweerschrift. De feiten die zijn genoemd in de Last en het Verweerschrift moeten hier, voor zover zij hier niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
32. De AFM heeft op 27 maart 2018 een OOTP uitgevoerd bij Rodeler om te onderzoeken of Rodeler al dan niet beleggingsdiensten verleent zonder dat zij beschikt over een vergunning als bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, van de Wft en om te onderzoeken in hoeverre Rodeler de bepalingen van de Wohp naleeft.

33. 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. Dit volgt uit de hierna volgende beschrijving van de gang van zaken tijdens het OOTP.

De informatieverzoeken van de AFM en de beschikbare telefoongesprekken van Rodeler tijdens het OOTP

34. Zoals de AFM hieronder zal toelichten, wordt door Rodeler in de loop van het OOTP de hoeveelheid aan telefoongesprekken die beschikbaar is, steeds verder ingeperkt. Verklaringen van medewerkers zijn tegenstrijdig en worden gewijzigd of bijgesteld. Wat daar ook van zij, feit is dat, hoewel Rodeler tijdens het OOTP herhaaldelijk heeft toegezegd alle beschikbare telefoongesprekken tussen (medewerkers van) Rodeler en haar (potentiële) klanten aan de AFM te verstrekken, deze tijdens het OOTP niet aan de AFM zijn verstrekt. Uiteindelijk bleek dat geen enkel telefoongesprek beschikbaar was voor de AFM. Ter verduidelijking heeft de AFM, aan het eind van deze beschrijving van de gang van zaken, in een chronologisch schema weergegeven wat gedurende het OOTP door wie is verklaard tijdens Rodeler ten aanzien van de beschikbare informatie.
35. Bij aanvang van het OOTP op 27 maart 2018 om 9.30 uur, overhandigt de AFM aan Rodeler haar Aankondigingsbrief. Hierin staat dat Rodeler wordt verzocht *‘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’*. De AFM licht de scope en het doel van het OOTP toe aan [REDACTED] [B], manager van Rodeler, en [REDACTED] [C], compliance medewerker van Rodeler. Ook wordt de *‘Werkwijze Autoriteit Financiële Markten met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens’* aan beide heren verstrekt.²
36. [REDACTED] [B] en [REDACTED] [C] verklaren dat de telefoongesprekken die met vaste telefoontoestellen worden gevoerd, worden opgenomen en bewaard. De telefoongesprekken zijn toegankelijk via een interne server van Rodeler Ltd, het belsysteem van Rodeler, en kunnen in bulk worden veiliggesteld.³ [REDACTED] [B], noch [REDACTED] [C], verklaren over een beperkte bewaartermijn van de telefoongesprekken of over het vlaggen hiervan.
37. Ruim een uur later, om 10.13 uur, verklaart een medewerker van de afdeling Compliance van Rodeler Ltd telefonisch dat alle telefoongesprekken zijn opgeslagen over de periode vanaf 31 maart 2016 tot op de dag

² Aankondigingsbrief, p. 2; Verslag feitelijke handelingen, p. 2-3

³ Verslag feitelijke handelingen, p. 3

van het OOTP. De AFM vordert vervolgens mondeling de opnames van de telefoongesprekken die gevoerd zijn tijdens deze 24 maanden. De betreffende medewerker zegt toe deze aan de AFM beschikbaar te stellen.⁴

38. De AFM geeft om 10.19 uur aan [B] aan dat zij alle telefoongesprekken wenst veilig te stellen en te kopiëren.⁵
39. Ook [D], de [] bevestigt rond 10.26 uur telefonisch dat de gevorderde telefoongesprekken in bulk aan de AFM beschikbaar zullen worden gesteld.⁶
40. Om 10.40 uur, uit de AFM (telefonisch) haar zorgen bij [A], [], over het verwijderen van data en geeft aan dat maatregelen genomen zullen worden als dit ook daadwerkelijk gebeurt.⁷
41. Om 11.27 uur, geeft de AFM aan een medewerker van [] aan dat zij uiterlijk 12.00 uur duidelijkheid verwacht over de toegang tot de digitale data.⁸
42. Om 11.40 uur, verduidelijkt de AFM haar digitale werkwijze aan de gemachtigde van Rodeler, mevrouw E. Nordmann, en geeft de AFM aan dat zij in afwachting is van communicatie over data (digitale opnames van telefoongesprekken) uit Cyprus.⁹
43. Om 11.54 uur bevestigt gemachtigde Nordmann dat Rodeler zal meewerken. Om 12.00 uur bevestigt [] [A] nogmaals dat Rodeler zal meewerken. Tevens verklaart [] [A] dat Rodeler Ltd sinds september 2017 een nieuw systeem gebruikt voor het opslaan van alle telefoongesprekken. Rodeler Ltd. zal de AFM tot dit systeem toegang verschaffen en hiertoe direct een toegangscode sturen. Ten aanzien van het besysteem dat txxxot september 2017 in gebruik is geweest, zal later in de middag toegang worden verschaft, aldus [] [A].¹⁰
44. De AFM stelt om 12.41 uur vast dat aan de hand van de door [B] getoonde functionaliteit, de door Rodeler bewaarde telefoongesprekken lokaal alleen per gesprek kunnen worden gedownload. De AFM geeft aan dat, gelet op de hoeveelheid telefoongesprekken, een bulk-kopie is vereist omdat het downloaden van de individuele gesprekken veel tijd in beslag neemt en gevoelig is voor fouten.¹¹
45. Rond 13.00 uur verklaart een IT-medewerker van Rodeler Ltd., die onder meer verantwoordelijk is voor het besysteem van Rodeler, telefonisch dat over de eerste twee maanden na 31 maart 2016 geen

⁴ Verslag feitelijke handelingen, p. 3

⁵ Verslag feitelijke handelingen, p. 4

⁶ Verslag feitelijke handelingen, p. 4

⁷ Verslag feitelijke handelingen, p. 4

⁸ Verslag feitelijke handelingen, p. 5

⁹ Verslag feitelijke handelingen, p. 5

¹⁰ Verslag feitelijke handelingen, p. 5

¹¹ Verslag feitelijke handelingen, p. 6

telefoongesprekken meer beschikbaar zijn. De periode dat telefoongesprekken beschikbaar zijn, is daarom korter, namelijk vanaf 31 mei 2016 tot op de dag van het OOTP (22 maanden). De IT-medewerker verklaart dat 22 maanden aan belhistorie beschikbaar is in de vorm van digitale opnames. De IT-medewerker denkt alle gesprekken met een script te kunnen exporteren uit het belsysteem van Rodeler. De AFM licht in dit gesprek het belang toe waarom zij toegang wenst tot alle gesprekken en deze in bulk wenst te kopiëren. De IT-medewerker geeft aan dit te begrijpen en denkt alle gesprekken middels een script te kunnen exporteren uit het systeem.¹²

46. Gemachtigde Nordmann bevestigt om 13.11 uur aan de AFM dat Rodeler zal meewerken.
47. Anderhalf uur later, om 14.30 uur, verklaart de Compliance Manager van Rodeler Ltd. dat de telefoongesprekken slechts de laatste dertig dagen worden bewaard en dat over de periode van meer dan dertig dagen geleden niets meer beschikbaar is.¹³
48. Enkele minuten later, om 14.39 uur, ontvangt de AFM een e-mail van [B] die hij eerder die dag om 11:37 uur, van [C] heeft ontvangen. Het betreft een doorgestuurde e-mail die [C] eerder die dag van [D] van Rodeler Ltd. heeft ontvangen. In deze e-mail verstrekt Rodeler Ltd inloggegevens om het belsysteem van Rodeler in te kunnen opdat de AFM toegang heeft tot alle telefoongesprekken vanaf september 2017 tot op 27 maart 2018. Tevens staat in de e-mail beschreven dat nog wordt gekeken hoe de AFM kan beschikken over de telefoongesprekken van voor september 2017.¹⁴
49. De AFM constateert om 15.30 uur, als zij via de computer van [B] inlogt en in een belsysteem zit, dat in het belsysteem van Rodeler wel degelijk telefoongesprekken staan opgeslagen die van langer geleden zijn dan dertig dagen.¹⁵ De AFM heeft enkele gesprekken van ouder dan dertig dagen beluisterd en merkt op dat bij sommige van die telefoongesprekken alleen de voicemail van de gebelde personen is te horen.
50. De AFM confronteert [B] en [A] hiermee en vordert om 15.45 uur nogmaals mondeling de medewerking.¹⁶ Rodeler krijgt nog één uur de mogelijkheid om haar medewerking te verlenen. Zij wordt door de AFM tevens gewezen op de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen, die bij geen medewerking gepubliceerd zal worden. [A] blijft bij zijn verklaring dat Rodeler niet beschikt over telefoongesprekken van langer dan dertig dagen geleden.¹⁷
51. Gemachtigde Nordmann verklaart vervolgens om 16.05 uur (telefonisch) dat Rodeler telefoongesprekken slechts dertig dagen bewaart, tenzij sprake is van telefoongesprekken die ‘gevlagd’ zijn.

¹² Verslag feitelijke handelingen, p. 6-7

¹³ Verslag feitelijke handelingen, p. 8

¹⁴ Verslag feitelijke handelingen, p. 8 en E-mail van [B] d.d. 27 maart 2018

¹⁵ Verslag feitelijke handelingen, p. 8

¹⁶ Last, p. 2, 5; Verslag feitelijke handelingen, p. 9

¹⁷ Verslag feitelijke handelingen, p. 9



Telefoongesprekken worden door Rodeler gevlagd als verwacht wordt dat klanten mogelijk nog terug willen komen op het gesprek in het kader van een klacht.¹⁸ Onduidelijk blijft op dat moment hoe dat ‘vlaggen’ dan wordt gedaan.

52. De AFM wijst om 16.45 uur gemachtigde Nordmann vervolgens op de inconsistentie tussen haar verklaring en de vaststellingen van de AFM. De AFM heeft namelijk vastgesteld dat bij sommige opgeslagen telefoongesprekken van meer dan dertig dagen geleden alleen een standaardbandje van de voicemail van de gebelde persoon is te horen. Niet valt in te zien waarom Rodeler van de opname van een standaard voicemail vlagt, laat staan hieruit een klacht verwacht. Gemachtigde Nordmann geeft daarop aan dat, door de omvang van de telefoongesprekken, iedere maand de opgenomen telefoongesprekken na een maand worden gewist, behoudens de gevlagde gesprekken.¹⁹ De AFM merkt op dat een bewaartermijn van een maand niet overeenkomt met een bewaartermijn van dertig dagen.
53. Er is bij de AFM op dat moment twijfel ontstaan over de volledige verstrekking van de telefoongesprekken in bulk door Rodeler. Het handmatig veiligstellen en kopiëren van de telefoongesprekken die de AFM wel kan zien, zal veel tijd in beslag nemen. De AFM laat daarom vier extra toezichthouders vanuit haar kantoor naar het kantoor van Rodeler komen om hierbij te assisteren. Om 16.50 uur arriveren de extra toezichthouders van de AFM.
54. Na een kort overleg vangen de werkzaamheden terzake het handmatig veiligstellen en kopiëren van de telefoongesprekken om 17.07 uur aan. Bij aanvang van deze werkzaamheden blijkt het systeem echter niet langer beschikbaar te zijn. Het browser-based systeem geeft via de browser aan dat het systeem ‘unavailable’ is. Op alle dan draaiende computers wordt dezelfde foutmelding getoond. Het lokaal kopiëren van de telefoongesprekken die in dit systeem worden bewaard, is hierdoor niet meer mogelijk.
55. De AFM neemt (telefonisch) contact met gemachtigde Nordmann op. Gemachtigde Nordmann geeft aan dat het systeem momenteel niet beschikbaar is, mogelijk vanwege de grote bulk aan informatie die verwerkt zou worden ten behoeve van de informatievordering van de AFM. De AFM is daardoor niet in staat de gevorderde gegevens handmatig te verzamelen en gaat over tot het opleggen van de Last.²⁰ De Last ziet op alle opnames van de telefoongesprekken, gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler in de periode vanaf 27 maart 2017 tot de dag van het OOTP.
56. Op de volgende pagina wordt ter verduidelijking in een chronologisch schema weergegeven wat gedurende het OOTP door wie is verklaard zijdens Rodeler ten aanzien van de beschikbare telefoongesprekken.

¹⁸ Verslag feitelijke handelingen, p. 9

¹⁹ Verslag feitelijke handelingen, p. 9

²⁰ Verslag feitelijke handelingen, p. 10

Alle telefoongesprekken in bulk (onbeperkt)	• [B], manager Rodeler NL en [C], compliance medewerker Rodeler NL
Vanaf 31 maart 2016 tot op 27 maart 2018 (24 mnd)	• medewerker, afdeling Compliance [REDACTED]
De door de AFM gevorderde telefoongesprekken over een periode van 24 maanden in bulk	• [D], [REDACTED]
Voor september 2017 en vanaf september 2017 (24 mnd)	• [A], [REDACTED]
Vanaf 31 mei 2016 tot 27 maart 2018 (22 mnd)	• IT-medewerker [REDACTED]
Bewaartermijn 30 dg	[REDACTED]
Voor september 2017 en vanaf september 2017 (24 mnd)	• [D], [REDACTED] [REDACTED]
Bewaartermijn 30 dg	• [A], [REDACTED]
Opnames ouder dan 30 dg	• constateert AFM in het belsysteem van Rodeler
Bewaartermijn 30 dg	• [A], [REDACTED]
30 dg en langer indien gevlagd	• Nordmann, gemachtigde Rodeler NL
1 mnd en gevlagd	• Nordmann, gemachtigde Rodeler NL
0	• Nordmann, gemachtigde Rodeler NL

De Last

57. De AFM stelt aan het einde van de dag van het OOTP vast dat Rodeler over meer opgeslagen telefoongesprekken beschikt dan zij op dat moment stelt te beschikken. De AFM hecht waarde aan de verklaringen die door [B], manager van Rodeler, [C], compliance medewerker van Rodeler, [D], [A], en de IT-medewerker van Rodeler Ltd., in de ochtend zijn gedaan en die grotendeels met elkaar overeenkomen. Deze personen verklaren in de ochtend namelijk afzonderlijk van elkaar dat zij de beschikking hebben over opgeslagen telefoongesprekken over een periode van vierentwintig maanden. De verklaring van [D] wordt bevestigd door haar e-mailbericht later op die dag. Alleen de IT medewerker wijkt ietwat van deze periode af en stelt dat het een periode van tweeëntwintig maanden betreft. In de middag, om 14.30 uur, wordt voor het eerst verklaard dat de bewaarperiode dertig dagen, dan wel een maand, betreft. Wanneer de AFM Rodeler confronteert met haar bevindingen tijdens het OOTP dat zij telefoongesprekken ouder dan dertig dagen en/of een maand uit het belsysteem kan downloaden en beluisteren, verklaart Rodeler voor het eerst over de zogenoemde 'gevlagde' gesprekken. Nadien worden verklaringen die door personen in de ochtend zijn gedaan, aangepast en gewijzigd. Op het moment dat het hele systeem van Rodeler, bij de inzet van extra toezichthouders, niet meer beschikbaar blijkt, is dit, tezamen met de gang van zaken met betrekking tot de beschikbare telefoongesprekken van Rodeler tijdens het OOTP, aanleiding voor de AFM om de Last op te stellen.
58. Aan het einde van de dag van het OOTP, 27 maart 2018, heeft de AFM aan Rodeler de Last opgelegd. De Last strekt ertoe dat Rodeler vóór 28 maart 2018, 17.00 uur, alsnog alle opnames van de telefoongesprekken, gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler in de periode vanaf 27 maart 2017 tot de dag van het OOTP, aan de AFM verstrekt. De AFM heeft bij de Last tevens op grond van de artikelen 1:97, vierde en vijfde lid en 1:98 jo 1:99, eerste lid, van de Wft besloten tot de Openbaarmaking.
59. Rodeler heeft binnen de Begunstigingstermijn 11.234 opnames van telefoongesprekken aan de AFM ter beschikking gesteld. Dit betreffen 11.114 telefoongesprekken die zijn gevoerd in de maand maart 2018, waarvan uitgezonderd de weekenddagen, en 120 gevlagde gesprekken, gevoerd op drie verschillende dagen buiten de bewaartermijn van een maand. De AFM stelt vast dat tijdens het OOTP gesprekken konden worden beluisterd en beschikbaar waren die ouder dan een maand waren en niet onder de 120 gevlagde gesprekken vallen. De AFM concludeert daarom dat niet is voldaan aan de vordering om alle telefoongesprekken in de periode 27 maart 2017 tot het OOTP aan de AFM te verstrekken.²¹ De AFM heeft bij e-mail van 29 maart 2018 toegelicht dat Rodeler hierdoor de dwangsom heeft verbeurd nu Rodeler niet alle beschikbare telefoongesprekken aan de AFM heeft verstrekt.
60. Op 28 maart 2018 heeft Rodeler bezwaar ingediend tegen de Last en zij verzoekt op 5 april 2018 de Voorzieningenrechter om de Openbaarmaking te schorsen. Op 30 april 2018 heeft de Voorzieningenrechter

²¹ E-mail AFM aan Rodeler d.d. 29 maart 2018

uitspraak gedaan. De Voorzieningenrechter overweegt dat de AFM de hoorplicht ten aanzien van de Openbaarmaking heeft geschonden en hoewel dit gebrek in bezwaar kan worden hersteld, is de Openbaarmaking onomkeerbaar. Gelet hierop heeft de Voorzieningenrechter het Verzoek van Rodeler toegewezen en de Openbaarmaking tot één week na de beslissing op bezwaar geschorst.

III. Bezwaargronden

61. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden, merkt de AFM het volgende op. Rodeler verzoekt in het bezwaarschrift onder randnummer 15 om alle punten die in het kader van de voorlopige voorzieningenprocedure zijn aangevoerd als herhaald en ingelast te beschouwen. De voorlopige voorzieningenprocedure richt zich echter op het Verzoek van Rodeler. In het Verweerschrift is de AFM ingegaan op het Verzoek en heeft zij uitgebreid en gemotiveerd hierop gereageerd. Naar het oordeel van de AFM is het aan Rodeler om duidelijk te maken welke specifieke onderdelen van de voorlopige voorzieningenprocedure nog relevant zijn in de onderhavige bezwaarprocedure en in welk opzicht de AFM ontoereikend zou hebben gereageerd op de standpunten van Rodeler als naar voren gebracht in haar Verzoek. Een enkele verwijzing naar de voorlopige voorzieningenprocedure is daartoe niet voldoende om te spreken van een bezwaargrond waar de AFM op dient in te gaan.²²
62. Samengevat en zakelijk weergegeven voert Rodeler de volgende bezwaargronden aan.
- A. Rauwelijks onderzoek ter plaatse is onredelijk
 - B. Oplegging van last onder dwangsom is ongerechtvaardigd
 - C. Inhoud van informatievordering en last is onduidelijk
 - D. Begunstigingstermijn is onredelijk
 - E. Hoogte van dwangsom is disproportioneel
 - F. Plicht om te horen is geschonden
 - G. Dwangsom is niet verbeurd
 - H. Belangen zijn niet zorgvuldig afgewogen
 - I. Strijd met artikel 5:13 Awb
 - J. De Openbaarmaking is onevenredig
 - K. De tekst van de Openbaarmaking is onjuist
 - L. Er is reden om van de Openbaarmaking af te zien
63. De AFM zal in het navolgende op voornoemde bezwaargronden van Rodeler reageren en haar standpunten in dit kader heroverwegen.

IV. Beoordeling van bezwaargronden A t/m L

²² CBb 4 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:391, r.o. 3

64. De AFM is in heroverweging tot het oordeel gekomen dat de Last rechtmatig is opgelegd, de schending van de hoorplicht terzake de Openbaarmaking in bezwaar is hersteld, de Last is verbeurd en derhalve ook de Openbaarmaking rechtmatig 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. Voorts is in bezwaar door Rodeler onvoldoende aangevoerd op grond waarvan de Openbaarmaking geanonimiseerd zou moeten geschieden dan wel in zijn geheel achterwege zou moeten blijven. Mede als gevolg van de verbeurde Last blijft de AFM in heroverweging bij haar oordeel dat zij tot Openbaarmaking moet overgaan. Voormelde gronden maken, zowel afzonderlijk als in samenhang bezien, dat heroverweging niet tot een ander oordeel heeft geleid. De AFM komt in onderhavige beslissing op bezwaar derhalve tot de conclusie dat de Last in zijn geheel en de Openbaarmaking, [REDACTED], in stand blijft. Hieronder zijn de bezwaargronden afzonderlijk opgenomen en van een reactie voorzien.

A. Het OOTP

65. Rodeler voert aan dat het overgaan tot het OOTP onredelijk is. Het feit dat de AFM deze wettelijke bevoegdheid heeft, betekent namelijk niet dat het dan ook redelijk is om hiervan gebruik te maken. De onredelijkheid is volgens Rodeler erin gelegen dat Rodeler Ltd onder toezicht staat van Cyprus Securities and Exchange Commission (CySec) en er eerder contact tussen Rodeler en de AFM is geweest. Bovendien heeft de AFM, voorafgaand aan het OOTP, geen schriftelijk verzoek om informatie gedaan terwijl ook geen signalen aanwezig waren die het risico op verwijdering of vernietiging van informatie ondersteunen.

Reactie AFM

66. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.
67. De AFM onderbouwt dit als volgt. De AFM heeft op 27 maart 2018 een OOTP uitgevoerd om vast te kunnen stellen of Rodeler al dan niet beleggingsdiensten verleent zonder vergunning en of Rodeler al dan niet de bepalingen van de Wvhp naleeft.²³ Zoals Rodeler ook onderkent, is de AFM niet gehouden om een OOTP van tevoren aan te kondigen.²⁴
68. De AFM komt een ruime mate van beleidsvrijheid toe in de wijze waarop zij onderzoeken en controles uitvoert. Op grond van artikel 5:15 Awb is de AFM bevoegd om, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. Voor de redelijkheid van het onaangekondigde karakter van het OOTP zijn verder geen signalen van enig risico op verwijdering of vernietiging van gegevens vereist. Ook hoeft niet eerst een schriftelijk verzoek aan een OOTP vooraf te gaan. De AFM is bevoegd om steeds en spontaan te besluiten tot het uitvoeren van

²³ artikel 2:96, eerste lid, van de Wv en artikel 3A van Titel 3 van boek 6 van het BW

²⁴ CBB 21 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:248, r.o. 5.1

een OOTP. Dit wordt ook bevestigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), die zich op 12 oktober 2017 heeft uitgelaten over de redelijkheid van een OOTP door de AFM.²⁵ In r.o. 4.4. overweegt zij het volgende: *'Het College overweegt dat AFM en de bij haar werkzame toezichthouders teneinde adequaat toezicht te kunnen uitoefenen op de naleving van de bij en krachtens de Wft gestelde regels, beschikken over verschillende bevoegdheden die zij steeds en spontaan kunnen uitoefenen. Daartoe is niet een daaraan voorafgaand en redengevend feit, signaal, grond of vermoeden vereist.'*

69. De bevoegdheid van de AFM tot het doen van een OOTP bij Rodeler wordt bovendien niet beperkt doordat Rodeler Ltd onder toezicht staat van CySec. Rodeler is een Nederlandse rechtspersoon, gevestigd in Nederland en actief op de Nederlandse markt. Ook enig eerder contact tussen Rodeler en de AFM, met betrekking tot een eventuele aanvraag voor een verbonden agentschap in Nederland, staat hier niet aan in de weg en maakt het OOTP daarmee niet onredelijk.
70. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. De Last

71. Rodeler voert aan dat zij vanaf de aanvang van het OOTP steeds haar medewerking heeft verleend. Derhalve is geen sprake van schending van de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb. Deze medewerking is gelegen in het feit dat Rodeler herhaaldelijk heeft aangegeven haar medewerking te verlenen, de AFM vanuit Cyprus telefonisch te woord heeft gestaan, de AFM toegang tot enkele computers van medewerkers heeft verschaft en de AFM gelegenheid heeft gegeven met medewerkers te spreken.

Reactie AFM

72. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.
73. Rodeler heeft haar medewerkingsplicht tijdens het OOTP overtreden. De AFM onderbouwt dit als volgt.
74. De al dan niet welwillende opstelling van Rodeler doet – wat daar ook van zij – niet af aan de overtreding van de medewerkingsplicht die heeft geleid tot de Last. De overtreding van de medewerkingsplicht is erin gelegen dat, hoewel Rodeler herhaaldelijk heeft gesteld dat zij, aan de hand van meerdere informatievorderingen van de AFM gedurende het OOTP, de telefoongesprekken (in bulk) aan de AFM zal verstrekken, deze gedurende het OOTP niet aan de AFM zijn verstrekt. Bovendien bleek uiteindelijk dat geen enkel opgenomen telefoongesprek op die dag nog beschikbaar was voor de AFM. Op dat moment heeft de AFM de Last opgesteld en aan Rodeler uitgereikt. Met de Last heeft de AFM Rodeler ertoe willen bewegen om de gevorderde telefoongesprekken alsnog aan de AFM te verstrekken. Die informatie is noodzakelijk om vast te kunnen stellen of Rodeler al dan niet in overtreding is van artikel 2:96, eerste lid, van de Wft dan wel de WoHP.

²⁵ CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, r.o. 4.4

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

C. De omschrijving van de informatievoording en de Last

76. Rodeler voert aan dat in de Aankondigingsbrief en de Last onvoldoende nauwkeurig is omschreven dat de AFM opnames van telefoongesprekken vorderde en dat zij die niet individueel wenste te ontvangen maar in bulk.

Reactie AFM

77. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.

78. De AFM onderbouwt dit als volgt. In de Aankondigingsbrief staat duidelijk vermeld wat de medewerkingsplicht inhoudt en dat de AFM een last onder dwangsom kan opleggen indien de toezichhouders niet de gevraagde medewerking krijgen of de medewerking niet toereikend achten. In de Last vordert de AFM *'opnames van telefoongesprekken gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler in de periode van 27 maart 2017 tot heden'*. De AFM heeft gedurende het OOTP meermaals verzocht om deze gegevens te verstrekken. Van enige onduidelijkheid of verwarring over de gevorderde informatie was gedurende het OOTP dan ook geen sprake. Bovendien heeft ook gemachtigde Nordmann tijdens het OOTP meermaals uitlatingen gedaan over de beschikbaarheid van de gevorderde gegevens. Zij heeft daarbij geen enkele keer aangegeven dat, ten aanzien van de gevorderde informatie, sprake was van verwarring of onduidelijkheid. Tot slot wijst de AFM erop dat, als er al onduidelijkheid zou zijn geweest over de gevorderde gegevens, het op de weg van Rodeler had gelegen om daarover navraag te doen bij de AFM.

79. Ten overvloede merkt de AFM hierover nog op dat gesteld noch gebleken is dat de informatievoording en de Last voor Rodeler dermate onduidelijk waren dat Rodeler derhalve op een verkeerd spoor zat en hierdoor niet heeft voldaan aan haar medewerkingsplicht.

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

D. De Begunstigingstermijn

81. Rodeler stelt in bezwaar dat de Begunstigingstermijn onredelijk kort is om aan de Last te kunnen voldoen. Rodeler betwist de ernst van een eventuele schending van de medewerkingsplicht omdat zij op korte termijn een grote hoeveelheid data ter beschikking heeft gesteld aan de AFM. Bovendien zou de AFM geen enkele aanwijzing hebben voor het eventueel wegmaken of vernietigen van informatie, Rodeler heeft tijdens het OOTP haar medewerking juist verleend.

Reactie AFM

82. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.
83. De AFM onderbouwt dit als volgt. De Begunstigingstermijn moet zo kort mogelijk worden gesteld maar wel lang genoeg zijn om aan de Last te kunnen voldoen. Het is daarom vaste rechtspraak dat, voor de vraag of een begunstigingstermijn in redelijkheid kan worden gesteld, slechts van belang is of binnen die termijn aan de Last kan worden voldaan.²⁶
84. Op 27 maart 2018 om 18.57 uur heeft de AFM na het OOTP de Last per e-mail aan Rodeler verzonden. Daarin is een termijn gesteld tot 28 maart 2018 om 17.00 uur. De AFM acht die termijn lang genoeg om Rodeler in staat te stellen aan de Last te voldoen. De telefoongesprekken zijn immers opgeslagen in een belsysteem van Rodeler en hoeven uitsluitend in bulk aan de AFM te worden verstrekt. Niet valt in te zien dat die technische handeling langer dan één werkdag hoeft te duren. Bovendien, gesteld noch gebleken is dat Rodeler binnen de gestelde termijn niet aan de Last zou kunnen voldoen. Rodeler heeft binnen de gestelde termijn 11.234 telefoongesprekken aan de AFM verstrekt. Dat Rodeler de overige telefoongesprekken niet heeft verstrekt, ligt niet aan de lengte van de begunstigingstermijn.
85. Hoewel dit volgens vaste rechtspraak niet van belang is, heeft de AFM voor de duur van de begunstigingstermijn ook van belang geacht de ernst van de schending van de medewerkingsplicht in relatie tot mogelijke overtredingen en het risico dat gegevens mogelijk worden gecompromitteerd. De AFM merkt hierover op dat Rodeler tijdens het OOTP uiteenlopende uitlatingen heeft gedaan over de bewaarperiode die zij hanteert voor de telefoongesprekken. Ondanks haar toezeggingen heeft Rodeler haar opgeslagen telefoongesprekken niet aan de AFM verstrekt. Toen bleek dat de toezichhouders van de AFM zich toegang tot het systeem wilden verschaffen en het systeem ineens niet meer beschikbaar was, heeft de AFM besloten de Last op te leggen.
86. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

E. De hoogte van de dwangsom

87. Rodeler voert aan dat de hoogte van de dwangsom disproportioneel is omdat zij haar medewerking tijdens het OOTP heeft verleend. Een symbolische dwangsom van nul euro was voldoende geweest om de beloofde verstrekking van gegevens zeker te stellen. Ook heeft Rodeler geen financieel voordeel bij het niet verstrekken van de verzochte gegevens.

Reactie AFM

88. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.

²⁶ RvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, r.o. 6.1; CbB 3 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:357, r.o. 4.11

89. De AFM onderbouwt dit als volgt. Ingevolge artikel 5:32b, derde lid, Awb dient de hoogte van een vastgestelde dwangsom in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. Volgens vaste rechtspraak geldt daarbij slechts de beperking dat de hoogte van het bedrag van de dwangsom niet disproportioneel hoog mag zijn in verhouding tot de ernst van de overtreding.²⁷
90. Met het opleggen van een last onder dwangsom wordt beoogd de overtreder te bewegen tot naleving van de voor haar geldende regels. Daarbij is van belang dat van de dwangsom een zodanige prikkel moet uitgaan, dat de opgelegde last wordt nagekomen en verbeurte van de dwangsom wordt voorkomen. De AFM heeft op grond van artikel 1:74, eerste lid, van de Wft jo 5:16 van de Awb, de bevoegdheid van Rodeler inlichtingen te vorderen en op grond van artikel 5:20 Awb is Rodeler verplicht hieraan haar medewerking te verlenen.
91. De AFM hecht veel waarde aan tijdige naleving van informatieverzoeken en in het bijzonder aan het verkrijgen van de opgevraagde telefoongesprekken van Rodeler omdat die in belangrijke mate bijdragen aan inzicht in of al dan niet sprake is van overtreding(en) van de Wft en de Wohp. Het niet tijdig naleven van in ieder geval vijf informatieverzoeken, na veelvuldig rappelleren, ziet de AFM dan ook als een ernstige overtreding. Anders dan Rodeler stelt, heeft Rodeler niet de medewerking verleend waartoe zij op grond van artikel 5:20 Awb gehouden is.
92. Ten overvloede, de door Rodeler voorgestelde symbolische last onder dwangsom vastgesteld op nul, ondermijnt de prikkel dat de last wordt nageleefd en daarmee de beoogde effectieve werking van de last onder dwangsom. Voorts is het feit of Rodeler al dan niet financieel voordeel zou hebben bij het niet verstrekken van de verzochte informatie niet relevant voor de hoogte van de dwangsom. Het gaat er immers om of het bedrag van de dwangsom niet disproportioneel hoog is in verhouding tot de ernst van de overtreding. Naar het oordeel van de AFM staat, gelet op het voorgaande, het bedrag van de dwangsom in verhouding tot de ernst van de overtreding.
93. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

F. De hoorplicht

94. Rodeler voert aan dat de hoorplicht van artikel 4:8, eerste lid, Awb is geschonden omdat zij niet door de AFM in de gelegenheid is gesteld een zienswijze naar voren te brengen op de Last en de Openbaarmaking. Rodeler stelt dat de AFM zich ten onrechte op het standpunt stelt dat van de uitzondering in het tweede lid sprake is.

Reactie AFM

²⁷ CBB 27 oktober 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1424, r.o. 5.8

95. De AFM maakt in haar reactie onderscheid tussen de Last en de Openbaarmaking.

De Last

96. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.

97. De AFM onderbouwt dit als volgt. De hoorplicht van artikel 4:8, eerste lid, Awb is bedoeld om de belanghebbende tijdig in de gelegenheid te stellen feiten en omstandigheden naar voren te brengen die relevant zijn voor de besluitvorming. Op grond van het tweede lid is de hoorplicht niet van toepassing wanneer de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken. Rodeler heeft niet aan haar wettelijke verplichting, uit hoofde van artikel 5:16 in relatie tot 5:20 Awb, voldaan om gegevens te verstrekken omdat Rodeler niet alle door de AFM gevorderde informatie aan de AFM heeft verstrekt. Derhalve is het tweede lid van toepassing en is de AFM niet gehouden Rodeler in de gelegenheid te stellen een zienswijze te geven op een voorgenomen last onder dwangsom.²⁸

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

De Openbaarmaking

99. De AFM heeft Rodeler niet in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven op de Openbaarmaking. De AFM is van oordeel dat het achterwege laten van het horen over de Openbaarmaking middels deze bezwaarprocedure is hersteld.

100. De AFM onderbouwt dit als volgt. De Voorzieningenrechter heeft de vraag gesteld of gelijktijdig met het dwangsbesluit een besluit kan worden genomen over de openbaarmaking daarvan of dat pas een besluit hierover kan worden genomen nadat de dwangsom is verbeurd. De Voorzieningenrechter ziet *'geen grond voor het oordeel dat de beoordeling over de publicatie pas mag plaatsvinden nadat de AFM heeft geconcludeerd dat de dwangsom is verbeurd. Omdat de begunstigingstermijn om aan de last te voldoen in de regel kort is en tussen het dwangsbesluit en het (eventueel) verbeuren van de dwangsom in de regel dus een korte en overzienbare periode is gelegen, mag ervan worden uitgegaan dat het antwoord op de vraag of toepassing moet worden gegeven aan artikel 1:98 Wft (de huidige 'tenzij-bepaling') op het moment dat de dwangsom wordt genomen in de regel hetzelfde luidt als op het moment dat de dwangsom wordt verbeurd.'*²⁹ Oftewel, de Last bevat het (deel)besluit tot Openbaarmaking en dit moet niet slechts als een aankondiging van het voornemen van een openbaarmaking worden gezien. De AFM mag dus al voorafgaand aan het verbeuren van een dwangsom een openbaarmakingsbesluit nemen voor het geval de dwangsom verbeurt.

101. De Voorzieningenrechter overweegt verder als volgt over de rechtsbescherming van Rodeler ten aanzien van de Openbaarmaking. De AFM heeft zich tijdens de voorlopige voorzieningenprocedure op het

²⁸ Rb Rotterdam 23 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9912, r.o. 6

²⁹ Rb Rotterdam 30 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4303, r.o. 4.3

standpunt gesteld dat ten aanzien van de Last op grond van artikel 4:8, tweede lid, Awb geen hoorplicht geldt en dat dit ook geldt voor de Openbaarmaking als opgenomen in de Last. Rodeler heeft niet voldaan aan haar wettelijke plicht om gegevens te verstrekken en derhalve heeft de AFM de Last opgelegd zonder daartoe een voornemen te sturen/overhandigen. De Voorzieningenrechter heeft echter overwogen dat de door de AFM gevorderde informatie niet ziet op de Openbaarmaking. Volgens de Voorzieningenrechter staat dan ook niet vast dat Rodeler niet heeft voldaan aan een wettelijke plicht om gegevens te verstrekken ten aanzien van de Openbaarmaking. Derhalve komt de Voorzieningenrechter tot het oordeel dat de AFM de hoorplicht ten aanzien van de Openbaarmaking heeft geschonden. Een dergelijk gebrek kan in bezwaar worden hersteld maar de Openbaarmaking is onomkeerbaar. Ook uit een oogpunt van een goede taakverdeling tussen bestuur en rechter acht de Voorzieningenrechter het niet wenselijk dit gebrek in de besluitvorming te passeren op grond van het argument dat sprake is van een herstelbaar gebrek. De handelwijze van de AFM heeft tot gevolg dat Rodeler pas achteraf haar zienswijze kan geven en zich meteen tot de Voorzieningenrechter moet wenden om de Openbaarmaking te voorkomen. De rechtbank heeft de door Rodeler gevraagde voorlopige voorziening tot schorsing van de Openbaarmaking dan ook toegewezen en komt aan een verdere inhoudelijke behandeling niet toe.³⁰

102. In navolging van de Uitspraak is de AFM in heroverweging van oordeel dat de hoorplicht terzake de Openbaarmaking op de AFM van toepassing is. Op dit punt is het bezwaar van Rodeler aldus gegrond. De Voorzieningenrechter heeft echter ook overwogen dat deze schending van de hoorplicht in de bezwaarprocedure kan worden hersteld.
103. Tijdens de hoorzitting in bezwaar voert Rodeler aan dat zij zich niet voldoende voelt gehoord. Of Rodeler zich ook voldoende gehoord voelt, is een vraag van andere orde. Het gaat erom of Rodeler voldoende gelegenheid van de AFM heeft gekregen haar bezwaren ten aanzien van de Openbaarmaking aan te voeren en deze toe te lichten. Rodeler heeft in het Aanvullend bezwaarschrift, de Toelichting, de Pleitnota II en tijdens de hoorzitting, gelegenheid gekregen zich over de Openbaarmaking uit te laten. Zij heeft hier ook gebruik van gemaakt. Daarmee heeft de AFM alsnog voldaan aan de hoorplicht zoals opgenomen in artikel 4:8, eerste lid, Awb.
104. Ten aanzien van de schending van de hoorplicht tegen de Openbaarmaking stelt de AFM dan ook dat dit verzuim in bezwaar is hersteld.

G. De verbeurte

105. Rodeler voert aan dat de dwangsom niet is verbeurd omdat zij aan de Last heeft voldaan. Rodeler stelt dat binnen de Begunstigingstermijn alle beschikbare telefoongesprekken in bulk aan de AFM zijn verstrekt. Rodeler beschikt niet meer over andere telefoongesprekken en heeft dit ook (voldoende) aan de AFM toegelicht. De AFM heeft onvoldoende gemotiveerd dat niet aan de Last is voldaan.

³⁰ Rb Rotterdam 30 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4303, r.o. 5.4 en 5.5

106. Alvorens de AFM overgaat tot de behandeling van deze bezwaargrond, wordt eerst puntsgewijs uiteengezet hoe Rodeler haar bezwaargrond heeft gemotiveerd en wat de bevindingen van de AFM in dit kader zijn.
107. Rodeler stelt dat zij alle telefoongesprekken die zijn gevoerd gedurende de door haar gehanteerde bewaartermijn heeft overgelegd. Zij heeft de door haar gehanteerde bewaartermijn onderbouwd met een beschrijving van de werkwijze over het bewaren en beheren van telefoongesprekken d.d. 18 april 2018, een verklaring van [B] d.d. 17 april 2018 en een verklaring van [D], d.d. 19 april 2018.
- a. In haar werkwijze terzake het bewaren van telefoongesprekken wordt onderscheid gemaakt tussen bestanden met geluidsopname en bestanden zonder geluidsopname. Iedere dag wordt op het belsysteem van Rodeler een ‘script’ uitgevoerd dat geluidsopnames ouder dan dertig dagen automatisch verwijdert. De geluidsopnames die ouder dan dertig dagen zijn en toch nog op het belsysteem van Rodeler staan opgeslagen, zijn gevlagd. De geluidsopnames worden door de managers gevlagd als ze belangrijk zijn en om die reden langer bewaard moeten blijven. Onder het kopje ‘IVR selection’ staat een geluidsopnamebestand opgenomen of er staat niets. Als een geluidsopnamebestand onder IVR selection staat, betekent dit dat het belsysteem van Rodeler het telefoongesprek nog heeft bewaard. Als er niets staat, is het telefoongesprek in het belsysteem gewist.³¹
 - b. [B] stelt dat [B], de veertien telefoongesprekken die tijdens het OOTP door de AFM op zijn computer zijn aangetroffen, zelf heeft gedownload vanuit het belsysteem van Rodeler. Dit heeft hij gedaan op de dag dat de telefoongesprekken zijn gevoerd of binnen dertig dagen nadat de telefoongesprekken zijn gevoerd. Deze gesprekken zijn niet meer in het belsysteem van Rodeler beschikbaar omdat die automatisch na dertig dagen worden gewist, aldus [B].
 - c. [B] verwijst ter onderbouwing van zijn verklaring naar twee printscreens, ‘de call details van de betreffende call-logs’. De twee printscreens hebben betrekking op twee telefoongesprekken die op 27 december 2017 zijn gevoerd. Deze zijn niet gevlagd en bevatten geen geluidsopname (onder IVR selection is geen geluidsopnamebestand opgenomen).
 - d. [D] heeft, in haar e-mail van 27 maart 2018 (tijdens het OOTP), de inloggegevens van het belsysteem van Rodeler aan de AFM verstrekt opdat de AFM toegang heeft tot alle telefoongesprekken vanaf september 2017 tot op 27 maart 2018. Zij stelt in haar verklaring van 19 april 2018 dat zij toen heeft bedoeld een onderscheid te maken tussen bestanden met geluidsopname en bestanden zonder geluidsopname en dat de AFM haar daarom wellicht heeft misverstaan.

108. De volgende bevindingen van de AFM zijn in dit kader relevant:

- a. Tijdens het OOTP is door Rodeler nimmer onderscheid gemaakt tussen bestanden met geluidsopname en bestanden zonder geluidsopname. Dit onderscheid is ook niet gemaakt bij het verstrekken van 11.234 telefoongesprekken.

³¹ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018: ‘a log with a recording file’ en ‘a log without the recording file’

- b. In de e-mail van [REDACTED] [D] d.d. 27 maart 2018, waarmee zij de AFM de inloggegevens van het belsysteem van Rodeler verstrekt, heeft zij geen onderscheid gemaakt tussen bestanden met geluidsopname en bestanden zonder geluidsopname. Ook tijdens het OOTP heeft [REDACTED] [D] dit onderscheid nimmer aan de orde gesteld.
- c. Rodeler gebruikt, na 28 maart 2018, in diverse (proces)stukken verschillende termen ten aanzien van de gevorderde telefoongesprekken, te weten: ‘gesprekken’³², ‘telefoongesprekken’³³, ‘gespreksgegevens’³⁴, ‘gespreksopnames’³⁵, ‘geluidsopnames’³⁶, ‘opnames van telefoongesprekken’³⁷, ‘geluidsopnames van telefoongesprekken’³⁸, ‘audio-bestanden’³⁹, ‘calls’⁴⁰, ‘phone calls’⁴¹, ‘call details’⁴², ‘call-logs’⁴³, ‘recordings’⁴⁴, ‘call recordings’⁴⁵, ‘voice recordings’⁴⁶, ‘recording file’⁴⁷, ‘logs’⁴⁸, en ‘audio files’⁴⁹.
- d. Tijdens het OOTP stonden veertien telefoongesprekken op de computer van [REDACTED] [B] opgeslagen. De AFM heeft deze gespreksgegevens in een bestand samengevoegd en aan het dossier gevoegd.⁵⁰ De relevante gegevens van deze veertien telefoongesprekken worden in onderstaande tabel weergegeven.

14 telefoongesprekken op de computer van [REDACTED] [B]:

Aantal	Gevoerd op	Kopie door AFM	Gedownload van belsysteem Rodeler
2	27 december 2017	27 maart 2018	27 maart 2018
	11:15 uur Caller id: 31641157044	11:27 uur Caller id: 31626541685	
4	1 februari 2018	27 maart 2018	1 februari 2018
8	9 maart 2018	27 maart 2018	9 maart 2018

- e. Van de veertien gesprekken die op de computer van [REDACTED] [B] zijn opgeslagen, heeft de AFM tijdens het OOTP (random) twee telefoongesprekken, die zijn gevoerd op 27 december 2017, uit het

³² Verklaring van [REDACTED] [B] d.d. 17 april 2018; Verzoek; Aanvullend bezwaar

³³ Verklaring van [REDACTED] [B] d.d. 17 april 2018; Brief aan de rechtbank d.d. 18 april 2018; Verzoek; Aanvullend bezwaar

³⁴ Verzoek

³⁵ Verzoek; Aanvullend bezwaar

³⁶ Aanvullend bezwaar

³⁷ Verzoek; Aanvullend bezwaar

³⁸ Verzoek

³⁹ Verzoek; Aanvullend bezwaar

⁴⁰ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018; Aanvullend bezwaar

⁴¹ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴² Verklaring van [REDACTED] [B] d.d. 17 april 2018; Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴³ Verklaring van [REDACTED] [B] d.d. 17 april 2018; de brief aan de rechtbank d.d. 18 april 2018; Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018; Verzoek; Aanvullend bezwaar

⁴⁴ Verklaring van [REDACTED] [B] d.d. 17 april 2018; Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴⁵ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018; Aanvullend bezwaar

⁴⁶ Brief van Rodeler aan de rechtbank d.d. 18 april 2018; Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴⁷ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴⁸ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

⁴⁹ Aanvullend bezwaar

⁵⁰ Tabel 14 telefoongesprekken op computer van [REDACTED] [B]

belsysteem van Rodeler op de computer van [B] gedownload. Hoewel deze gesprekken ouder dan dertig dagen waren, waren deze gesprekken niet als zodanig gevestigd. Ook [B] heeft toen niets verklaard over een bewaartermijn van dertig dagen of over het 'vlaggen' van gesprekken. De AFM heeft deze gesprekken beluisterd en hoorde uitsluitend de standaard voicemail van de gebelde personen.

- f. De twee printscreens die [B] ter onderbouwing van zijn verklaring d.d. 17 april 2018 heeft overgelegd, hebben betrekking op de twee telefoongesprekken van 27 december 2017 uit bovenstaande tabel (zie identiek 'caller id'). De twee telefoongesprekken op de printscreens zijn niet gevestigd en bevatten geen geluidsopname terwijl de geluidsopnames van de twee telefoongesprekken tijdens het OOTP (27 maart 2018) nog wel beschikbaar waren.
- g. Rodeler heeft in het kader van de Last 11.234 gesprekken aan de AFM verstrekt, deze zijn op 23 dagen gevoerd. Daarvan zijn 11.121 gesprekken in maart 2018, met uitsluiting van acht weekenddagen, gevoerd. De overige – door Rodeler genoemde gevestigde - gesprekken zijn gevoerd op 13 februari 2018 (65 gesprekken), 15 januari 2018 (29 gesprekken) en 7 december 2017 (19 gesprekken).

11.234 telefoongesprekken, 23 dagen			
Telefoongesprekken uit bewaartermijn		Gevlagde telefoongesprekken	
11.121	1 t/m 28 maart 2018 (m.u.v. weekenddagen)	19	7 december 2017
		29	15 januari 2018
		65	13 februari 2018

- h. Het is tot op heden onduidelijk welke termijn Rodeler hanteert voor het bewaren van telefoongesprekken. De bewaartermijn bedraagt volgens Rodeler de ene keer dertig dagen, dan weer een maand. Tijdens het OOTP geeft gemachtigde Nordmann eerst aan dat het om dertig dagen gaat maar niet veel later verklaart ze dat de bewaartermijn een maand betreft.⁵¹ In het Aanvullend bezwaarschrift wordt onder randnummers 38 en 41 gesteld dat het een bewaartermijn van dertig dagen betreft maar onder randnummer 47 wordt toegelicht waarom de bewaartermijn een maand is. In de brief van Rodeler aan de rechtbank d.d. 18 april 2018 wordt ook een termijn van een maand genoemd. In de Pleitnota I van 20 april 2018 staat dat het een bewaartermijn van dertig dagen betreft. Volgens [B] betreft de bewaartermijn dertig dagen⁵² maar de beschrijving van de bewaartermijn en – werkwijze waar Rodeler zich tevens op beroept - rept niet over dertig dagen maar over een maand.⁵³ Tijdens de hoorzitting geeft Rodeler desgevraagd expliciet aan dat het om een termijn van dertig dagen teruggaat. Waar in de stukken een maand staat, moet dertig dagen worden gelezen. De AFM vraagt vervolgens tijdens de hoorzitting aan Rodeler waarom Rodeler dan telefoongesprekken over 28 dagen, namelijk vanaf 1 tot en met 28 maart 2018, en niet dertig dagen, aan de AFM heeft verstrekt. Rodeler geeft daarop aan dat de laatste twee dagen van februari (27 en 28 februari 2018) wellicht in het weekend vallen. Dit is echter niet het geval. De AFM stelt vervolgens aan Rodeler de vraag of in die dertig dagen termijn, weekenddagen zijn uitgesloten. Rodeler geeft echter aan dat zij dit niet weet en

⁵¹ Verslag feitelijke handelingen, p. 9

⁵² Verklaring van [B] d.d. 17 april 2018

⁵³ Beschrijving werkwijze d.d. 18 april 2018

dat zij hier graag na de hoorzitting nog op terugkomt nadat zij dit heeft uitgezocht. De AFM stelt Rodeler in de gelegenheid binnen een week na de hoorzitting hier duidelijkheid over te geven.⁵⁴ Rodeler heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

Reactie AFM

109. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet. Rodeler heeft niet aan de Last voldaan omdat zij niet alle beschikbare telefoongesprekken aan de AFM heeft verstrekt. Rodeler heeft een beperkt aantal telefoongesprekken aan de AFM overgelegd terwijl zij de beschikking over meer telefoongesprekken had. In de e-mail van de AFM aan Rodeler d.d. 29 maart 2018, waarin de AFM stelt dat de dwangsom is verbeurd, is dit al uitvoerig gemotiveerd. Het oordeel van de AFM is tevens gebaseerd op de hieronder genoemde punten i t/m v die na de opsomming nader door de AFM worden gemotiveerd.

- i. Uit de verklaringen van medewerkers van Rodeler die tijdens het OOTP zijn gedaan, blijkt dat Rodeler over meer telefoongesprekken beschikt dan zij stelt te beschikken.
- ii. Rodeler heeft haar beperkte bewaartermijn en -werkwijze onvoldoende onderbouwd.
- iii. Rodeler heeft niet alle telefoongesprekken die zijn gevoerd gedurende haar bewaartermijn in het kader van de Last aan de AFM verstrekt.
- iv. Twee gesprekken, die door de AFM tijdens het OOTP uit het belsysteem van Rodeler zijn gedownload, zijn nadien gewist en niet in het kader van de Last aan de AFM verstrekt.
- v. Zes telefoongesprekken die de AFM tijdens het OOTP heeft aangetroffen op de computer van [REDACTED] [B], zijn in het kader van de Last niet aan de AFM overgelegd.

i. Uit de verklaringen van medewerkers van Rodeler die tijdens het OOTP zijn gedaan, blijkt dat Rodeler over meer telefoongesprekken beschikt dan zij stelt te beschikken.

110. De AFM ziet, anders dan Rodeler, de verklaringen van de medewerkers van Rodeler en Rodeler Ltd. die in de ochtend over de omvang van de bewaarde telefoongesprekken ten tijde van het OOTP zijn gedaan, niet als een groot misverstand. Deze verklaringen zijn door verschillende personen, met een belangrijke positie binnen Rodeler en Rodeler Ltd, afzonderlijk van elkaar gedaan en komen nagenoeg met elkaar overeen. Bovendien wordt dit bevestigd door de e-mail van [REDACTED] [D] die later op die dag wordt gezien en waarin de inloggegevens worden verstrekt om toegang te krijgen tot het belsysteem van Rodeler. Voor een nadere toelichting wordt volstaan met een verwijzing naar paragraaf II van dit besluit, Feiten en omstandigheden, onder de Last, randnummer 34 en verder.

ii. Rodeler heeft haar beperkte bewaartermijn en -werkwijze onvoldoende onderbouwd.

111. De AFM is van oordeel dat de door Rodeler beschreven bewaartermijn en -werkwijze onvoldoende is onderbouwd. Zij onderbouwt dit als volgt.

⁵⁴ Verslag hoorzitting p. 4

112. Tot op heden is niet duidelijk welke bewaartermijn Rodeler hanteert voor de door haar gevoerde telefoongesprekken. Tot voor de hoorzitting (7 juni 2018) was niet duidelijk of de bewaartermijn van Rodeler een maand of dertig dagen bedroeg. De AFM achtte dit relevant omdat een bewaartermijn van dertig dagen niet hetzelfde is als een bewaartermijn van een maand. Bij een bewaartermijn van dertig dagen zou de periode op twee kalendermaanden betrekking kunnen hebben, bv. de periode vanaf 27 februari tot en met 28 maart 2018. Heeft de bewaartermijn echter betrekking op een maand, dan gaat de AFM ervan uit dat hiermee de kalendermaand wordt bedoeld, die, 28, 30 of 31 dagen kan duren. Tijdens de hoorzitting gaf Rodeler aan dat het om een bewaartermijn van dertig dagen *terug* gaat. Waar een maand staat, moet dertig dagen worden gelezen. Het is de AFM echter tot op heden nog niet duidelijk of deze dertig dagen termijn exclusief of inclusief de weekenddagen betreft. In het navolgende wordt, omwille van de leesbaarheid, over ‘de bewaartermijn’ gesproken.
113. De beschrijving van de werkwijze van Rodeler die zij 18 april 2018 heeft overgelegd strookt niet met de door haar gestelde bezwaartermijn van dertig dagen. In het script komt meermaals het woord ‘month’ voor, hetgeen naar de automatische bewaartermijn van Rodeler zou moeten verwijzen. Dit strookt echter niet met de door Rodeler gehanteerde bewaartermijn van dertig dagen zoals zij tijdens de hoorzitting heeft toegelicht.
114. Ook de verklaring van [REDACTED] [B] komt niet overeen met de feiten. De twee telefoongesprekken die op 27 december 2017 zijn gevoerd, zijn door de AFM op 27 maart 2018 uit het belsysteem van Rodeler op de computer van [REDACTED] [B] gedownload. Derhalve heeft [REDACTED] [B] de twee telefoongesprekken van 27 december 2017 niet op diezelfde dag, en ook niet binnen dertig nadien, van het belsysteem van Rodeler gedownload. Dit is pas drie maanden later tijdens het OOTP door de AFM gebeurd. Bovendien waren deze gesprekken, anders dan [REDACTED] [B] verklaart, tijdens het OOTP nog wel in het belsysteem van Rodeler beschikbaar, de AFM heeft ze immers tijdens het OOTP kunnen downloaden.
115. Voorts stroken de printscreens, die op 17 april 2018 als bijlage bij de verklaring van [REDACTED] [B] zijn gevoegd, niet met de situatie tijdens het OOTP. Uit de printscreens van de twee telefoongesprekken blijkt namelijk dat de geluidsopnames niet meer beschikbaar zijn. De geluidsopnames waren echter nog wel beschikbaar op 27 maart 2018, ten tijde van het OOTP. Toen heeft de AFM namelijk de geluidsopnames van specifiek deze twee telefoongesprekken (random) uit het belsysteem van Rodeler op de computer van [REDACTED] [B] gedownload en beluisterd.
116. Daarnaast wijst de AFM op het volgende. Rodeler heeft aangegeven dat de telefoongesprekken die van oudere datum zijn dan de bewaartermijn en toch nog staan opgeslagen op het belsysteem van Rodeler, zijn gevlagd. De twee telefoongesprekken van 27 december 2017 die de AFM tijdens het OOTP van het belsysteem van Rodeler heeft gedownload en beluisterd, waren echter niet gevlagd en konden ook niet worden aangemerkt als belangrijk, het betroffen immers standaard voicemailberichten. Niet valt in te zien waarom een standaard voicemailbandje gevlagd moet worden en daarmee aangemerkt als belangrijk.

117. Hoe het ook zij, de bewaartermijn van Rodeler is in ieder geval in strijd met de wettelijke bewaartermijn die voor Rodeler geldt. Op grond van artikel 2:10 BW heeft Rodeler een wettelijke bewaarplicht van zeven jaar en op grond van het Cypriotische recht heeft Rodeler Ltd. de wettelijke verplichting geluidsopnames van telefoongesprekken vijf jaar te bewaren.⁵⁵ Naar het oordeel van de AFM had het op de weg van Rodeler gelegen te motiveren waarom zij, in haar bewaarbeleid van telefoongesprekken, stelselmatig een voor haar Nederlandse en Cypriotische wettelijke verplichting in aanzienlijke mate schendt. Te meer nu zij tijdens de voorlopige voorzieningenprocedure al door de AFM op deze schending is gewezen.

iii. Rodeler heeft niet alle telefoongesprekken die zijn gevoerd gedurende haar bewaartermijn in het kader van de Last aan de AFM verstrekt.

118. Rodeler heeft de telefoongesprekken van 1 tot en met 28 maart 2018, waarvan uitgezonderd acht weekenddagen, aan de AFM verstrekt. De AFM concludeert hieruit dat Rodeler op 28 maart 2018 niet alle telefoongesprekken van de laatste dertig dagen aan de AFM heeft overgelegd. Daartoe behoren immers ook de telefoongesprekken van 27 en 28 februari 2018 (dinsdag en woensdag).

iv. Twee gesprekken, die door de AFM tijdens het OOTP uit het belsysteem van Rodeler zijn gedownload, zijn nadien gewist en niet in het kader van de Last aan de AFM verstrekt.

119. De AFM heeft op 27 maart 2018 twee telefoongesprekken uit het belsysteem van Rodeler gedownload en beluisterd. Dit betreffen telefoongesprekken van 27 december 2017. De printscreens van [B] wijzen onder 'IVR selection' erop dat van deze telefoongesprekken geen geluidsopnames meer beschikbaar zijn c.q. die geluidsopnames niet langer te downloaden zijn van het belsysteem van Rodeler. Dit zou betekenen dat de geluidsopnames van de twee telefoongesprekken van 27 december 2017 pas na 27 maart 2018 uit het belsysteem van Rodeler zijn gewist. Tot 28 maart 2018 waren de telefoongesprekken immers beschikbaar en stond derhalve onder het kopje 'IVR selection' een 'log with a recording file'.

v. Zes telefoongesprekken die de AFM tijdens het OOTP heeft aangetroffen op de computer van [B], zijn in het kader van de Last niet aan de AFM verstrekt.

120. De AFM heeft in de Last alle opnames gevorderd van telefoongesprekken die vanaf 27 maart 2017 zijn gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler. De gesprekken van 27 december 2017 en 1 februari 2018, die op 27 maart 2018 op de computer van [B] stonden opgeslagen, zijn in het kader van de Last niet door Rodeler aan de AFM verstrekt. Rodeler stelt dat zij niet meer over de gesprekken, die op de computer van [B] waren opgeslagen, kon beschikken omdat die in het belsysteem van Rodeler zijn gewist. Echter, ook al zijn gesprekken van het belsysteem van Rodeler gewist, het feit dat die nog wel op andere systemen – zoals computers van haar eigen medewerkers – staan opgeslagen, betekent dat Rodeler hierover de beschikking had, althans had kunnen hebben. Het gaat om alle telefoongesprekken waarover Rodeler de beschikking had, ongeacht waar de telefoongesprekken

⁵⁵ artikel 17, paragrafen 6 en 7, a, b en h van 'Law 87(I)/2017'

precies zijn opgeslagen. De AFM heeft de Last niet beperkt tot alle telefoongesprekken die vanaf 27 maart 2017 zijn gevoerd tussen (medewerkers van) Rodeler en (potentiële) cliënten van Rodeler en in het *belsysteem van Rodeler staan opgeslagen*. Rodeler had aldus ook beschikking over de telefoongesprekken die op de computer van [B] zijn opgeslagen en heeft verzuimd deze aan de AFM te verstrekken.

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

H. De belangenafweging

122. Rodeler voert aan dat de AFM heeft nagelaten (zorgvuldig) belangen af te wegen met betrekking tot het OOTP, de Last, het verbeuren van de dwangsom en de Openbaarmaking. Zij motiveert dit ten aanzien van de Openbaarmaking en stelt dat van daadwerkelijke Openbaarmaking moet worden afgezien. De AFM heeft geen nieuwe belangenafweging gemaakt nadat Rodeler aan de Last heeft voldaan.

Reactie AFM

123. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.

124. De AFM onderbouwt dit als volgt. De AFM beperkt zich in haar onderbouwing tot de belangenafweging ten aanzien van de Openbaarmaking nu Rodeler de overige belangenafwegingen niet nader heeft gemotiveerd en deze bovendien, voor zover relevant, bij de behandeling van andere bezwaargronden uitgebreid aan de orde zijn gekomen.

125. Op grond van artikel 1:97, vierde lid, van de Wft maakt de AFM het besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom openbaar wanneer de dwangsom wordt verbeurd en de termijn van vijf werkdagen als bedoeld in artikel 1:99, eerste lid, van de Wft is verstreken. De Openbaarmaking is als deelbesluit vervat in de Last en aan dit deelbesluit ligt een belangenafweging ten grondslag. Onder paragraaf 5.1 'Uitzonderingsmogelijkheden' in de Last is overwogen dat de AFM geen aanleiding heeft gezien de Openbaarmaking op grond van artikel 1:98 van de Wft uit te stellen of in anonieme vorm te doen.

126. Omdat het deelbesluit tot de Openbaarmaking wordt neergelegd in de Last zelf, maakt de AFM geen nadere (belangen)afweging na verbeurte van de dwangsom. Aldus vindt de Openbaarmaking automatisch plaats indien de dwangsom wordt verbeurd, wat ook is af te leiden uit de wetsgeschiedenis.⁵⁶ De Voorzieningenrechter ziet ook geen grond voor het oordeel dat deze beoordeling pas mag plaatsvinden nadat de AFM heeft geconcludeerd dat de dwangsom is verbeurd. *'Omdat de begunstigingstermijn om aan de last te voldoen in de regel kort is en tussen het dwangsombesluit en het (eventueel) verbeuren van de dwangsom in de regel dus een korte en overzienbare periode is gelegen, mag ervan worden uitgegaan dat het antwoord op de vraag of toepassing moet worden gegeven aan artikel 1:98 Wft (de huidige 'tenzijbepaling') op het moment dat de dwangsom wordt genomen in de regel hetzelfde luidt als op het moment*

⁵⁶ Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 41, p. 64-66

*dat de dwangsom wordt verbeurd.*⁵⁷ De AFM mag dus voorafgaand aan het verbeuren van een dwangsom een openbaarmakingsbesluit nemen voor het geval de dwangsom verbeurt.

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

I. Het evenredigheidsbeginsel (5:13 Awb)

128. Rodeler voert aan dat het OOTP en de gevorderde telefoongesprekken niet redelijk zijn in verhouding met het doel van het onderzoek, namelijk of Rodeler al dan niet in overtreding is met artikel 2:96, eerste lid, van de Wft dan wel de Wohp. Rodeler staat niet onder toezicht van de AFM omdat de activiteiten die Rodeler in Nederland ontplooid vallen onder het Cypriotische recht. Het is daarom aan de Cypriotische toezichthouder, CySec, om op Rodeler toezicht te houden. De AFM heeft bovendien verzuimd contact te leggen met CySec of haar onderzoek met CySec af te stemmen. Het informatieverzoek is disproportioneel en dubbel belastend en onevenredig.

Reactie AFM

129. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet. Tijdens de zitting inzake de voorlopige voorzieningenprocedure d.d. 20 april jl. heeft Rodeler al erkend dat de AFM bevoegd is toezicht te houden op en handhavend op te treden jegens Rodeler omdat zij op Nederlands grondgebied activiteiten verricht die onder de Wft vallen. Het feit dat Rodeler Ltd onder toezicht van CySec staat, laat onverlet dat de AFM haar bevoegdheden jegens Rodeler uitsluitend heeft aangewend op het grondgebied van Nederland en hierdoor niet in strijd handelt met het territorialiteitsbeginsel.⁵⁸ De Last is immers opgelegd aan Rodeler en niet aan Rodeler Ltd. Ten overvloede zij nog opgemerkt dat er geen wettelijke verplichting of rechtsregel is waaruit volgt dat de AFM haar onderzoek naar Rodeler zou moeten afstemmen met CySec alvorens zij informatie vordert.

130. Het evenredigheidsbeginsel is niet geschonden. De AFM is bevoegd om steeds en spontaan te besluiten tot het uitvoeren van een OOTP. Korthedshalve verwijst de AFM naar bezwaargrond A, waar dit door de AFM is toegelicht. Ook is het informatieverzoek van de AFM redelijk in verhouding met het doel van het onderzoek. Het doel van de AFM is om vast te stellen of Rodeler vergunningplichtig is en of zij de Wohp naleeft. Om een compleet beeld te hebben van de handelspraktijken van Rodeler, is informatie daaromtrent over een periode van een jaar representatief.

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

J. De Openbaarmaking

[REDACTED]

⁵⁷ Rb Rotterdam 30 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4303, r.o. 4.3

⁵⁸ Rb Rotterdam 20 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1706, r.o. 5

132. Rodeler voert aan dat de Openbaarmaking onevenredig is. Rodeler onderbouwt dit door te verwijzen [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Gezien de wetsgeschiedenis moet worden afgezien van de Openbaarmaking.

Reactie AFM

133. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet.

134. De AFM onderbouwt dit als volgt. Op grond van artikel 1:97, eerste en vierde lid, van de Wft is de AFM verplicht de Last volledig en zo spoedig mogelijk openbaar te maken wanneer de dwangsom wordt verbeurd. Openbaarmaking betreft geen discretionaire bevoegdheid van de AFM.⁵⁹ De plicht tot volledige openbaarmaking van de Last geldt niet indien bekendmaking van persoonsgegevens onevenredig zou zijn of Rodeler in onevenredige mate schade zou worden berokkend als bedoeld in artikel 1:98, eerste lid, van de Wft. In dat geval dient het te gaan om *'een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door verzoeker als gevolg van de publicatie te verwachten schade en/of gevolgen zodanig uitzonderlijk zijn dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken'*.⁶⁰ Naar het oordeel van de AFM is van een dergelijke individuele en bijzondere situatie in het geval van Rodeler geen sprake. Ook is geen sprake van een uitzondering genoemd in artikel 1:98, tweede lid, van de Wft waardoor de Openbaarmaking achterwege zou moeten blijven. De overtreding van de medewerkingsplicht is geen overtreding van geringe ernst en de Openbaarmaking brengt de stabiliteit van het financiële stelsel niet in gevaar. De omstandigheid dat nadien [REDACTED], maakt dit niet anders.

135. Ten overvloede zij nog het volgende opgemerkt. De [REDACTED] maakt de Openbaarmaking ook niet disproportioneel. De Last is opgelegd omdat Rodeler niet heeft meegewerkt aan de informatieverzoeken van de AFM terwijl dit wel haar wettelijke plicht is. Omdat de Last niet tijdig is nageleefd, heeft Rodeler de dwangsom verbeurd ten gevolge waarvan de AFM op grond van de Wft tot de Openbaarmaking moet overgaan. Deze Openbaarmaking en de daaraan ten grondslag liggende overtreding staan los van [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁵⁹ CBb 25 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:7, r.o. 5.2

⁶⁰ CBb 25 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:7, r.o. 5.2

136.

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

K. De tekst van de Openbaarmaking (Openbaarmakingstekst)

138. Rodeler voert aan dat de Openbaarmakingstekst onjuist is. Het gaat Rodeler om de volgende citaten:

- i. 'De AFM moet de informatie nog steeds ontvangen'.
- ii. 'De last onder dwangsom is opgelegd omdat Rodeler (...) niet voldoet aan informatieverzoeken van de AFM'.
- iii.
- iv. 'De AFM heeft een onderzoek bij Rodeler ingesteld om vast te stellen of Rodeler hiervoor een vergunning van de AFM nodig heeft.

Reactie AFM

139. In de Last heeft de AFM vermeld dat zij de volgende basistekst in het te publiceren persbericht en/of advertentie zal opnemen:

'AFM legt 24option.com een last onder dwangsom op

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 27 maart 2018 een last onder dwangsom opgelegd aan Rodeler (NL) B.V. (Rodeler) t.h.o.d.n, 24Option.com. De last onder dwangsom is opgelegd omdat Rodeler tijdens een onaangekondigd onderzoek van de AFM op 27 maart 2018 niet voldoet aan informatieverzoeken van de AFM.

Rodeler handelt daarbij onder de naam van 24Option.com. De AFM heeft een onderzoek bij Rodeler ingesteld om vast te stellen of Rodeler hiervoor een vergunning van de AFM nodig heeft.

⁶¹ Tweede kamer, vergaderjaar 2012-2013. 33 622, p. 22.

Rodeler heeft de gevraagde informatie niet binnen de gestelde termijn geleverd. Sinds 28 maart 2018 17:00 uur is Rodeler daarom verplicht een dwangsom van € 50.000 te betalen. De AFM moet de informatie nog steeds ontvangen.

(...)

i. De AFM moet de informatie nog steeds ontvangen.

140. Rodeler voert aan dat zij aan de Last heeft voldaan en de AFM derhalve niet nog informatie moet ontvangen.

141. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet en stelt zich op het standpunt dat Rodeler niet aan de Last heeft voldaan en dat de dwangsom verbeurd is. De situatie kan zich voordoen dat na verbeurde van de dwangsom alsnog aan de Last wordt voldaan. In dat geval zou de vermelding in de Openbaarmakingstekst, dat de AFM de informatie nog steeds moet ontvangen, onjuist zijn. Daar is echter geen sprake van in het geval van Rodeler. De AFM heeft de gevorderde telefoongesprekken tot op heden niet van Rodeler mogen ontvangen. De AFM heeft onder bezwaargrond G toegelicht dat Rodeler over meer telefoongesprekken beschikt dan zij aan de AFM heeft verstrekt. Dat Rodeler 11.234 geluidsopnames heeft verstrekt laat onverlet dat niet is voldaan aan de Last. De vermelding van de AFM in de basistekst, dat zij de informatie nog steeds moet ontvangen, is daarom juist.

ii. De last onder dwangsom is opgelegd omdat Rodeler (...) niet voldoet aan informatieverzoeken van de AFM.

142. Rodeler voert aan dat geen sprake is van meerdere informatieverzoeken. Bovendien stelt Rodeler dat in het kader van de Last wel informatie aan de AFM is verstrekt en derhalve geen sprake is van niet (volledig) voldoen.

143. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet. Tijdens het OOTP heeft de AFM het informatieverzoek meerdere keren herhaald. Om 15.45 uur heeft de AFM Rodeler nogmaals gewezen op de informatievordering en haar medewerkingsplicht. Het is derhalve onjuist dat de AFM slechts eenmaal een informatieverzoek aan Rodeler heeft gedaan. Ook is de AFM van oordeel dat Rodeler niet heeft voldaan aan haar informatievordering. Dat Rodeler wel een deel van de informatie aan de AFM heeft verstrekt, maakt dit niet anders. De AFM kan niet nagaan in hoeverre Rodeler wel aan het informatieverzoek van de AFM heeft voldaan. Te meer niet nu Rodeler na drie maanden nog geen duidelijkheid heeft kunnen geven over de door haar gehanteerde bewaartermijn. De AFM heeft alle telefoongesprekken gedurende een termijn van een jaar gevorderd terwijl zij slechts telefoongesprekken over een periode van drieëntwintig dagen heeft ontvangen. Bovendien is de formulering in de Openbaarmaking ook juist indien de AFM wel precies zou kunnen vaststellen welke informatie zij wel en niet van Rodeler heeft ontvangen. De Openbaarmaking leent zich namelijk niet voor dergelijke gedetailleerde informatie zoals het al dan niet deels voldoen aan informatieverzoeken van de AFM. Het gaat erom dat niet aan de informatieverzoeken is

voldaan. De vermelding van de AFM in de basistekst dat Rodeler niet aan informatieverzoeken van de AFM voldoet, is derhalve juist.

iii.

144.

145.

iv. *De AFM heeft een onderzoek bij Rodeler ingesteld om vast te stellen of Rodeler hiervoor een vergunning van de AFM nodig heeft.*

146. Rodeler voert aan dat de onderzoeksgronden niet in de Openbaarmakingstekst hoeven worden opgenomen

147. Het is een vaste lijn van de AFM dat zij in het persbericht de gronden van het onderzoek vermeldt. Dit sluit aan bij de parlementaire geschiedenis. *'Het openbaar maken van besluiten met betrekking tot handhaving dient verschillende doelen. Allereerst is het belangrijk dat de activiteiten van de toezichthouders als overheidsorganisaties in zo groot mogelijke openheid worden verricht. Het is in dat kader in het belang van het publiek om zo ruim mogelijk kennis te kunnen nemen van het optreden van de toezichthouders en de gronden daarvoor.'*⁶² Derhalve is het juist dat de AFM in het persbericht de (algemene) gronden van het informatieverzoek dient op te nemen.

148. In het Voornemen en de Last staat over het doel van het onderzoek van de AFM het volgende. *'Het doel van het onderzoek van de AFM is om na te gaan of Rodeler voldoet aan de eisen die voortvloeien uit de Wft, in het bijzonder met betrekking tot de verbodsbepalingen voor het verlenen van beleggingsdiensten zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning zoals bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, Wft. Het onderzoek is er verder op gericht om een oordeel te vormen over de vraag in hoeverre Rodeler de bepalingen van de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wohp, zoals die zijn opgenomen in artikel 3A van Titel 3 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) (BW) naleeft.'*⁶³

149. Derhalve klopt de tekst voor wat betreft het vaststellen of Rodeler voor haar activiteiten een vergunning van de AFM nodig heeft.

⁶² Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 455, nr. 3, p. 11-12

⁶³ Aankondigingsbrief, p. 1; Last, p. 1

[REDACTED]

150. Rodeler maakt ook bezwaar tegen het citaat [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Deze tekst is niet in de basistekst van de Openbaarmaking opgenomen. Derhalve laat de AFM dit bezwaar buiten beschouwing.

151. Ook maakt Rodeler bezwaar tegen citaten die in de Last zelf zijn opgenomen. De betreffende citaten betreffen het feit dat Rodeler niet wil toezeggen dat de informatie zal worden overhandigd, dat slechts informatie van de afgelopen maand is geleverd en dat herhaaldelijk een informatieverzoek is gedaan aan Rodeler. Zoals hiervoor al is opgemerkt, heeft de Openbaarmaking betrekking op de Last. Hierdoor heeft de AFM terecht besloten de integrale tekst van de Last openbaar te maken.

152. Heroverweging ten aanzien van de Openbaarmakingstekst leidt tot aanpassing van onderdeel iv. Voor het overige bestaat geen aanleiding de tekst van het persbericht aan te passen.

I. De openbaarmaking en schade

153. Rodeler voert ten slotte aan dat de Openbaarmaking moet worden uitgesteld of achterwege moet worden gelaten omdat Rodeler door de Openbaarmaking onevenredige schade wordt berokkend. De Last is onrechtmatig en Rodeler heeft aan de Last voldaan. Hierdoor is geen belang de markt door middel van openbaarmaking te waarschuwen. De Openbaarmaking zou de naam en reputatie van Rodeler en 24Option ernstig schaden. Ook zou Rodeler Ltd reputatieschade lijden door de Openbaarmaking. Zolang het onderzoek niet is afgerond, dient voorkomen te worden dat onnodig onrust wordt veroorzaakt in de markt en bij de klanten.

Reactie AFM

154. De AFM deelt het oordeel van Rodeler niet. De AFM heeft getoetst aan de gronden in artikel 1:98, eerste lid, van de Wft en is van oordeel dat geen sprake is van een uitzonderingssituatie. Ook wat Rodeler in haar bezwaar heeft aangevoerd, rechtvaardigt geen uitzondering op het wettelijk uitgangspunt. De AFM onderbouwt dit als volgt.

155. Rodeler stelt in bezwaar dat de Openbaarmaking achterwege moet worden gelaten. De Openbaarmaking kan op grond van artikel 1:98, tweede lid, van de Wft echter alleen achterwege blijven indien de Openbaarmaking onevenredig zou zijn gezien de geringe ernst van de overtreding of indien de

Openbaarmaking de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou brengen. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.

156. Bij onevenredige schade zijdens Rodeler kan de AFM de Openbaarmaking hooguit uitstellen of geanonimiseerd publiceren. Dit volgt uit artikel 1:98, eerste lid, van de Wft. Uit uitspraken van het CBB en de rechtbank Rotterdam volgt dat van onevenredige schade als bedoeld in artikel 1:98, eerste lid, sub b, van de Wft pas sprake is indien het gaat om een individuele en bijzondere situatie waarbij de overtreder als gevolg van de Openbaarmaking te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van bescherming van de markt, dat door openbaarmaking wordt gediend, daarvoor moet wijken.⁶⁴
157. Wat betreft de reputatieschade merkt de AFM op dat Rodeler het intreden van deze schade niet aannemelijk heeft gemaakt. Voor zover al reputatieschade zou ontstaan, is dat vooral het gevolg van de overtreding door Rodeler en niet het gevolg van de Openbaarmaking. De AFM ziet daarnaast niet in hoe het eventueel intreden van deze schade Rodeler doet onderscheiden van andere ondernemingen waarbij de AFM een verbeurde last onder dwangsom openbaar heeft gemaakt. Rodeler verschilt in haar positie immers niet met die van andere (rechts)personen die op grond van de Wft een Last opgelegd hebben gekregen. Dit is in lijn met vaste rechtspraak over reputatieschade.⁶⁵
158. Ook al zou Rodeler inmiddels aan de Last hebben voldaan, dan maakt dat niet dat er geen belang meer bij de Openbaarmaking zou bestaan, voor zover de AFM dit belang al aannemelijk moet maken. Openbaarmaking dient het maatschappelijk belang om de markt te informeren en/of te waarschuwen. Met de Openbaarmaking wordt de inhoud van de norm onder de aandacht van de markt gebracht. Daarnaast wordt met de publicatie het publiek geïnformeerd over en/of gewaarschuwd voor de overtreding van een wettelijke norm. Rodeler heeft haar medewerkingsplicht geschonden en om die reden heeft de AFM de Last aan haar opgelegd. Door de Openbaarmaking wordt de markt ook geïnformeerd over het handelen van de AFM en duidelijk gemaakt dat de AFM zo nodig handhavend optreedt. Hierdoor draagt volledige Openbaarmaking bij aan de generieke en specifieke preventieve werking van openbaarmakingen van de verbeurde last onder dwangsom.
159. Ook mogelijke opzegging van klantenrelaties leidt niet tot onevenredigheid van de Openbaarmaking. De vrees van Rodeler dat klanten de relatie zullen beëindigen indien zij bekend raken met de opgelegde Last is evenmin zo'n bijzondere omstandigheid. Ook daarin verschilt de positie van Rodeler niet veel van andere ondernemingen aan wie een last onder dwangsom wordt opgelegd. Van onevenredige schade is dan ook geen sprake. Er bestaat geen aanleiding de Openbaarmaking van de Last uit te stellen of niet te publiceren.
160. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

⁶⁴ CBB 25 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:7, r.o. 5.2

⁶⁵ ECLI:NL:CBB:2016:373, ECLI:NL:RBROT:2017:8853, ECLI:NL:CBB:2018:7, ECLI:NL:RBROT:2016:2880, ECLI:NL:RBROT:2017:3007, ECLI:NL:RBROT:2017:6838

V. Besluit

De AFM heeft besloten de Last in stand te laten [REDACTED] en de Openbaarmaking voor het overige in stand te laten.⁶⁶ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. Rechtsgangverwijzing

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Manager
Juridische Zaken

⁶⁶ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

