

Openbare versie
Aangetekend verstuurd

[advocatenkantoor]

[gemachtigde]

[adres]

[adres]

Datum

Ons kenmerk [kenmerk]

Pagina 1 van 16

Telefoon 020 - 797

E-mail@afm.nl

Betreft Beslissing op bezwaar last onder
dwangsom de heer M. Persoon

Geachte heer [A],

Bij besluit van 24 september 2018, met kenmerk [kenmerk], heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan de heer Martinus Persoon (**de heer Persoon**) een last onder dwangsom (**de Last**) opgelegd wegens overtreding van de medewerkingsplicht uit artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**).

Tegen de Last heeft u, namens de heer Persoon, Congenials BV (**Congenials**) en United Wealth Exclusive BV (**UWE**) bezwaar gemaakt. Deze brief is gericht op het bezwaar dat namens de heer Persoon is ingesteld. De AFM heeft besloten de Last 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. Paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing.

I. Procedure

1. Bij besluit van 24 september 2018 heeft de AFM aan de heer Persoon een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) opgelegd, omdat de heer Persoon onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van de AFM en daardoor niet heeft voldaan aan de medewerkingsplicht uit artikel 5:20, eerste lid, Awb.

De Last hield kortgezegd in dat de heer Persoon binnen tien werkdagen na dagtekening van de Last alsnog volledig zou voldoen aan het informatieverzoek van de AFM.¹

2. Op 8 oktober 2018 heeft u, namens de heer Persoon, een deel van de gevraagde informatie verstrekt.
3. Bij brief van 10 oktober 2018, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM u in kennis gesteld dat niet is voldaan aan het gelaste als gevolg waarvan dwangsommen verbeuren.
4. Bij brief van 15 oktober 2018 heeft u, namens de heer Persoon, Congenials en UWE (tezamen: **Bezwaarmakers**), bezwaar gemaakt tegen de Last en tevens de rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen. De AFM heeft het verbeuren van verdere dwangsommen opgeschort totdat de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (**de Voorzieningenrechter**) uitspraak heeft gedaan.
5. Bij brief van 19 oktober 2018, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en de termijn voor het aanvullen van de gronden van bezwaar, na telefonisch onderhoud met uw kantoorgenoot, de heer [B], gesteld op vier weken na uitspraak van de Voorzieningenrechter. Voorts heeft de AFM in deze brief verzocht of Bezwaarmakers gebruik wensen te maken van het recht om gehoord te worden. Daarbij heeft de AFM aangegeven dat zij uiterlijk bij het indienen van de gronden van bezwaar verneemt of Bezwaarmakers gebruik wensen te maken van dit recht.
6. Op 22 januari 2019 heeft de Voorzieningenrechter uitspraak gedaan (**de Uitspraak**)² en daarbij het verzoek tot schorsing van de Last afgewezen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang.
7. Bij brief van 5 februari 2019, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM zowel per aangetekende als per reguliere post en per e-mail een voornemen tot invordering van de verbeurde dwangsommen verstuurd aan de heer Persoon en dit voornemen eveneens per e-mail aan u verstuurd.
8. Op 20 februari 2019 is de termijn voor het aanleveren van aanvullende gronden van bezwaar ongebruikt verstreken. Voorts hebben Bezwaarmakers niet binnen de door de AFM gestelde termijn verklaard dat zij gebruik wensten te maken van hun recht om gehoord te worden. Op die grond is van

¹ Voor een omschrijving van het gelaste verwijst de AFM naar de pagina's 5 en 6 van de Last.

² Rechtbank Rotterdam 22 januari 2019, ROT 18/5323, ECLI:NL:RBROT:2019:535.

het horen van Bezwaarmakers afgezien.³ De AFM zal derhalve de heroverweging baseren op het op 15 oktober 2018 ingediende bezwaarschrift.⁴

9. Bij brief van 11 maart 2019, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM besloten om over te gaan tot invordering van de verbeurde dwangsommen (**de Invorderingsbeschikking**). Dit besluit is zowel per aangetekende als per reguliere post en per e-mail verstuurd aan de heer Persoon. Hiervan heeft u eveneens een kopie ontvangen.
10. Bij brief van 29 maart 2019, met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM kenbaar gemaakt dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom 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 tot en met 14 mei 2019.

II. Feiten en omstandigheden

11. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in de Last. De feiten die zijn genoemd in de Last moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
12. De AFM beschikte over informatie die aanleiding vormde om een nader onderzoek in te stellen naar de activiteiten van Congenials en UWE. Deze informatie bestond onder meer uit een aantal video's op YouTube waarin wordt aangegeven dat Congenials en UWE zich onder meer bezighouden met beleggingen in buitenlandse valutahandel (**Forex**). Meer specifiek is in een van de video's op het YouTube-kanaal van Congenials vermeld: "Via een vermogensbeheerder kunt u een rekening openen bij een officiële broker. U stort een bedrag op de rekening en er wordt automatisch voor u gehandeld. U hoeft dus zelf niets te doen." Eveneens werd in een van deze video's van Congenials een zogeheten 'Invest Sharing Program' aangeboden. Dit Invest Sharing Program bood deelnemers de mogelijkheid om te investeren in de investeringstakken van Congenials, waaronder de investeringstak 'Forex', oftewel het beleggen in buitenlandse valutaparen. In het introductiefilmpje van Congenials wordt gesteld dat de klant via een vermogensbeheerder een rekening kan openen bij een officiële broker, waarna er vervolgens automatisch voor de klant wordt gehandeld. Daarbij wordt gesteld dat, hoewel het handelen in Forex het meest risicovol is van de investeringstakken en er geen garanties zijn voor de toekomst, Congenials in de afgelopen twee jaar een positief rendement van gemiddeld 8% per maand heeft behaald.

³ Zie ook artikel 7:3, aanhef en onder d, Awb.

⁴ Zie ook artikel 7:11, eerste lid, Awb.

13. Verder werd door Congenials de mogelijkheid geboden om een aandeel te nemen in het moederbedrijf van Congenials, het in België gevestigde [moederbedrijf]. [moederbedrijf] heeft op haar beurt aandelen in Congenials, maar in ieder geval ook in de entiteiten [onderneming A] (een makelaarskantoor in Thailand) en [onderneming B] (een boekhoudkantoor in Nederland). Om aandeelhouder te worden van Congenials Holding dient een investeerder eenmalig € 300,- te betalen. Aandeelhouders ontvangen een jaarlijks rendement over hun aandeel.
14. Door de introductiefilms, bepaalde bankafschriften die de AFM heeft ontvangen en de hiervoor besproken mogelijkheden om via UWE en Congenials te beleggen in Forex en om een aandeel in Congenials Holding te nemen, ontstond bij de AFM het vermoeden dat zowel UWE als Congenials mogelijk activiteiten (heeft) verricht waarvoor een vergunning en/of prospectus is vereist. De belegging in Forex kwalificeert namelijk als een financieel instrument in de zin van artikel 1:1 Wft, waarbij voor het aanbieden daarvan een vergunning van de AFM is vereist.⁵ Dientengevolge heeft de AFM bij brief van 16 augustus 2018, met kenmerk [kenmerk], een informatieverzoek verstuurd aan de heer Persoon, als (middellijk) enig bestuurder van Congenials en UWE.
15. Kort weergegeven had het informatieverzoek betrekking op:
- I. Een gedetailleerde omschrijving van de activiteiten die UWE en Congenials in Nederland vanaf de oprichting tot op heden hebben ontplooid;
 - II. Een gedetailleerde omschrijving van de modaliteiten van de investering in Forex en alle diensten die UWE en Congenials rondom de investering in Forex verlenen en verleend hebben;
 - III. Afschriften van al het aanbiedingsmateriaal c.q. promotiemateriaal dat wordt en/of is gebruikt in verband met de aanbieding van een investering/belegging;
 - IV. Kopieën van (standaard)overeenkomsten en/of algemene voorwaarden die UWE en Congenials gebruiken in verband met de aanbieding van een investering/belegging;
 - V. Een gedetailleerd overzicht waaruit blijkt waar de door cliënten ingeleigde gelden voor worden aangewend;
 - VI. Een lijst met de contactgegevens van alle cliënten van UWE en Congenials met daarbij de door hen van UWE en Congenials afgenomen diensten en/of (gedane) investeringen;
 - VII. Een overzicht met mutaties van alle bankrekening die door UWE in verband met de aanbieding van investeringsmogelijkheden worden gebruikt over de periode van juni 2017 tot heden;
 - VIII. Een overzicht met mutaties van alle bankrekeningen die door Congenials in verband met de aanbieding van investeringsmogelijkheden worden gebruikt over de periode vanaf oprichting van Congenials tot heden.

⁵ Zie hiervoor onder meer Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3265, r.o. 5.7.

16. Bovengenoemde informatie was naar het oordeel van de AFM cruciaal om inzicht te verkrijgen in de aard en omvang van de activiteiten van Congenials en UWE, om zo te bezien in hoeverre deze activiteiten conform de Wft plaatsvonden en hebben plaatsgevonden. Immers, op grond van artikel 2:96, eerste lid, Wft is het verboden om in Nederland zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning beleggingsdiensten te verlenen.⁶ Voorts is het op grond van artikel 2:65 Wft verboden om zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning een Nederlandse beleggingsinstelling te beheren of rechten van deelneming in een beleggingsinstelling in Nederland aan te bieden en geldt op grond van artikel 5:2 Wft een verbod op het aanbieden van effecten aan het publiek in Nederland, zonder dat een door de AFM, of een andere bevoegde toezichthoudende instantie, goedgekeurd prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld.
17. Op 27 augustus 2018 heeft de heer Persoon de AFM een e-mail gestuurd waarin hij aangeeft het informatieverzoek in goede orde te hebben ontvangen en in de veronderstelling te zijn dat die dag de termijn van het informatieverzoek afloopt. Op diezelfde dag heeft de AFM per e-mail gereageerd dat de termijn tien werkdagen betreft en dat zij verwacht uiterlijk 30 augustus 2018 de gevraagde informatie te ontvangen.
18. Op 29 augustus 2018 heeft de AFM per e-mail een reactie van de heer Persoon op het informatieverzoek ontvangen. In deze reactie stelt de heer Persoon dat er geen investeringen of beleggingen door UWE en Congenials zijn of worden aangeboden. Ook stelt de heer Persoon dat UWE nimmer activiteiten heeft verricht.
19. Aangezien de stellingen van de heer Persoon in voornoemde reactie niet overeenkwamen met de bij de AFM aanwezig informatie, heeft de AFM in een herhaald informatieverzoek van 4 september 2018, met kenmerk [kenmerk], de heer Persoon hiermee geconfronteerd en kenbaar gemaakt dat deze reactie niet voorziet in een toereikend antwoord op de door de AFM gevraagde informatie. In dit herhaald informatieverzoek is de heer Persoon verzocht om uiterlijk 10 september 2018 alsnog de gevraagde informatie aan te leveren.
20. Op 10 september 2018 heeft de heer Persoon de AFM een e-mail gestuurd en daarin de ontvangst van het herhaalde informatieverzoek bevestigd. Tevens gaf de heer Persoon aan door een buitenlandse reis niet in de gelegenheid te zijn geweest om een reactie voor te bereiden en heeft hij de AFM verzocht om ten minste twee weken uitstel voor het geven van een reactie.

⁶ Zie art. 1:1 Wft voor de definitie van 'verlenen van een beleggingsdienst'.

21. Op 11 september 2018 heeft de AFM per e-mail gereageerd op het verzoek tot uitstel. De AFM heeft hierin de heer Persoon voor een laatste maal in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 17 september alle gevraagde informatie aan te leveren en de gestelde vragen naar waarheid te beantwoorden. Hierbij heeft de AFM in ogenschouw genomen dat de heer Persoon reeds een termijn van tien werkdagen is geboden om aan het informatieverzoek van 16 augustus 2018 te voldoen, waarna aan de heer Persoon via het herhaalde informatieverzoek nogmaals de mogelijkheid is geboden om tot en met 10 september 2018 de gevraagde informatie aan te leveren. De AFM heeft benadrukt dat de heer Persoon reeds ruimschoots in de gelegenheid is gesteld de gevraagde informatie aan te leveren en dat de aard en de hoeveelheid van de gevraagde informatie niet nog een termijn van twee weken uitstel rechtvaardigt. De AFM waarschuwt tot slot dat, indien wederom mocht blijken dat de heer Persoon niet volledig voldoet aan het informatieverzoek, zij zal overgaan tot het opleggen van een last onder dwangsom.
22. Op 18 september 2018 heeft de AFM van u een e-mail ontvangen namens de heer Persoon. In deze e-mail is wederom verzocht om twee weken uitstel vanwege de vakanties van zowel u als de heer Persoon.
23. Bij besluit van 24 september 2018 heeft de AFM aan de heer Persoon een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, Wft opgelegd, omdat de heer Persoon onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de informatieverzoeken van de AFM en daardoor niet heeft voldaan aan de medewerkingsplicht uit artikel 5:20, eerste lid, Awb. De Last hield kortgezegd in dat de heer Persoon binnen tien werkdagen na dagtekening van de Last alsnog volledig zou voldoen aan het informatieverzoek van de AFM.⁷
24. Op 8 oktober 2018 heeft de heer [A], namens de heer Persoon, slechts een deel van de gevraagde informatie verstrekt. Deze informatie bevatte onder meer bankafschriften van UWE die het eerder beschreven vermoeden van de AFM onderstreepten. Zo werd het vermoeden dat UWE direct betrokken was bij de investeringen in Forex bevestigd. Uit deze bankafschriften heeft de AFM namelijk op kunnen maken dat UWE activiteiten heeft verricht om te bewerkstelligen dat beleggingsgelden via de rekening van UWE in Forex kunnen worden geïnvesteerd. De AFM baseert zich hierbij op talrijke overboekingen tussen UWE en derden, waarbij in de omschrijving het woord 'forex' voorkomt. Eveneens is gebleken dat UWE betalingen doet aan derden, waaronder ondernemingen, met als omschrijving 'betaling factuur' en 'factuurnummer'. Dit bevestigt het vermoeden dat UWE, in tegenstelling tot wat in de reactie op de Last werd beweerd, wel degelijk activiteiten verricht dan wel heeft verricht. Uit een aantal bankafschriften van UWE, welke zijn

⁷ Voor een omschrijving van het gelaste verwijst de AFM naar de pagina's 5 en 6 van de Last.

ontvangen van [onderneming C], de moedermaatschappij van [onderneming D], waar UWE bankiert, kwam namelijk naar voren dat gelden van de bankrekening van UWE werden overgemaakt naar [onderneming E], een onderneming die belegt in Forex. Deze bevindingen vereisen een nadere toelichting van de activiteiten van UWE. De heer Persoon heeft in zijn reactie op de Last nagelaten deze te verstrekken.

25. In de reactie van 8 oktober 2018 heeft de heer Persoon eveneens geen gedetailleerde omschrijving gegeven van de activiteiten die Congenials heeft verricht, terwijl hier in de Last wel om is verzocht. Daar komt bij dat ook vraag II niet volledig en naar waarheid is beantwoord. De heer Persoon heeft in zijn reactie volstaan met de enkele stelling dat er geen investeringen of beleggingen in Forex zijn verricht. Dit strookt niet met de hiervoor genoemde bevindingen van de AFM.
26. Voorts heeft de heer Persoon geweigerd om afschriften te overhandigen van het promotiemateriaal en aanbiedingsmateriaal dat werd gebruikt in verband met de aanbieding van een investering en/of belegging (verzocht onder III.). Waar de heer Persoon in zijn reactie van 29 augustus 2018 nog heeft gesteld dat dit materiaal in ontwikkeling is, stelde de heer Persoon in zijn reactie van 8 oktober 2018 dat door Congenials en UWE geen aanbiedings- dan wel promotiemateriaal is gebruikt. Nog los van deze tegenstrijdigheid, heeft de heer Persoon nagelaten om melding te maken van de introductiefilmpjes, die naar het oordeel van de AFM wel degelijk als promotiemateriaal kwalificeren.
27. Evenmin heeft de heer Persoon de verzochte standaardovereenkomsten en/of algemene voorwaarden die UWE en Congenials gebruiken verstrekt. De AFM acht(te) het niet aannemelijk dat er geen overeenkomsten bestaan ten aanzien van (de aanbieding van) investeringen/beleggingen in Forex waarbij Congenials en/of UWE betrokken zijn. Een indicator voor dit vermoeden is gelegen in het feit dat UWE in de omschrijving bij haar betalingen aan het reeds geïntroduceerde [onderneming E] refereert aan een overeenkomst in de vorm van 'payment according customer agreement with [onderneming E] [...]'. De AFM heeft deze overeenkomst tot op heden niet mogen ontvangen.
28. Ook aan het verzoek van de AFM om een gedetailleerd overzicht te verstrekken van de door cliënten ingelegde gelden en waar deze voor zijn aangewend (vraag V) en een lijst met alle contactgegevens van cliënten van UWE en Congenials met daarbij de door hen afgenomen diensten en/of gedane investeringen (vraag VI) is door de heer Persoon geen gehoor gegeven. De, deels, verstrekte bankafschriften bevatten onvoldoende informatie met betrekking tot de inleg van cliënten en waar deze precies voor zijn aangewend.
29. In vervolg hierop heeft de AFM geoordeeld dat zij slechts een deel van de gevorderde bankafschriften van UWE en Congenials heeft ontvangen. De AFM heeft verzocht om afschriften van *alle*

bankrekeningen van UWE en Congenials over de periode van juni 2017 tot heden. Ten aanzien van de door de heer Persoon verstrekte overzichten van twee bankrekeningen van UWE merkt de AFM op dat een van de overzichten zag op de periode van 31 december 2017 tot 30 september 2018. Hiermee is geen overzicht verstrekt over de gehele periode waar de AFM om heeft gevraagd. Aan het verzoek om bankafschriften van Congenials is in zijn geheel geen gehoor gegeven. Ondanks herhaaldelijke verzoeken van de AFM, heeft de heer Persoon het verstrekken van deze bankafschriften nagelaten. De heer Persoon stelt zich ten aanzien hiervan op het standpunt dat Congenials nimmer investeringsmogelijkheden zou hebben aangeboden waardoor het verstrekken van de afschriften uit kan blijven. Deze enkele stelling van de heer Persoon dat Congenials zich onthouden heeft van deze activiteiten is onvoldoende om te voldoen aan het gelaste. De AFM heeft immers juist de bankafschriften nodig om te kunnen verifiëren of de stelling van de heer Persoon juist is.

30. Bovenstaande heeft tot gevolg gehad dat de AFM u op 10 oktober 2018 in kennis heeft gesteld van haar conclusie dat de AFM niet binnen de begunstigingstermijn alle verzochte informatie heeft ontvangen als gevolg waarvan per 9 oktober 2018 een dwangsom is verbeurd.
31. In de Uitspraak heeft de Voorzieningenrechter geoordeeld dat er geen sprake is van een spoedeisend belang voor de heer Persoon om de werking van de Last te schorsen. Zo is er geen blijk gegeven van bijzondere omstandigheden die eraan in de weg hebben gestaan om nog voor het verstrijken van de begunstigingstermijn een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen. Daarnaast heeft de heer Persoon, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, niet gemotiveerd weersproken dat de AFM van oordeel is dat er onvoldoende informatie is verstrekt en evenmin heeft de heer Persoon aangetoond dat hij te goeder trouw kon menen dat alle gevraagde en beschikbare informatie is verstrekt. Voorts zijn Congenials en UWE naar het oordeel van de Voorzieningenrechter niet als belanghebbende aan te merken, aangezien de Last niet aan hen is gericht en zij derhalve ook geen dwangsommen kunnen verbeuren.
32. De dag na ontvangst van de Uitspraak heeft de AFM u direct laten weten dat met ingang van die dag weer dwangsommen verbeuren, zolang de gelaste informatie niet door de heer Persoon wordt verstrekt.⁸

⁸ E-mail van de AFM van 23 januari 2019 aan de heer Persoon en diens gemachtigden de heren [A] en [B].

33. Aangezien deze informatie tot en met vrijdag 25 januari 2019 niet aan de AFM is verstrekt, is het maximum te verbeuren bedrag van € 50.000,- bereikt.⁹ Hierna heeft de AFM de heer Persoon op de hoogte gesteld van haar voornemen tot het invorderen van de verbeurde dwangsommen en tevens de mogelijkheid geboden om een zienswijze hierop te geven. Van deze mogelijkheid is door, of namens, de heer Persoon geen gebruik gemaakt. Op 11 maart 2019 heeft de AFM haar Invorderingsbeschikking aan de heer Persoon verstuurd. De termijn om bezwaar te maken tegen de Invorderingsbeschikking is op 22 april 2019 ongebruikt verstreken en derhalve is de Invorderingsbeschikking inmiddels onherroepelijk geworden.
34. Tot op heden heeft de heer Persoon de gelaste informatie nog altijd niet verstrekt. De AFM wenst daarom te benadrukken dat zij nog altijd verwacht dat de heer Persoon de gelaste informatie onverminderd en onverwijld verstrekt. Het (gedeeltelijk) weigeren van het verstrekken van door de AFM gevorderde informatie is een overtreding van de medewerkingsplicht, voortvloeiende uit artikel 5:20 Awb. De wettelijke medewerkingsplicht is een kernbepaling voor de AFM. Deze bepaling maakt het mogelijk dat de AFM haar wettelijk vastgelegde taken en daarbij behorende bevoegdheden ook daadwerkelijk kan effectueren. Wanneer geen of onvoldoende medewerking wordt verleend, wordt het de AFM onmogelijk gemaakt om haar toezichtstaak correct uit te voeren. Direct gevolg hiervan is dat consumenten mogelijk financiële schade lopen ten gevolge van de diensten, activiteiten of producten van Congenials en UWE. Om deze redenen is overtreding van de medewerkingsplicht een ernstige overtreding.

III. **Bezwaar**

35. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. Het besluit is onzorgvuldig genomen vanwege een te korte begunstigingstermijn
 - B. De hoeveelheid gevraagde gegevens is te omvangrijk en disproportioneel
 - C. Het verzoek om informatie is vaag geformuleerd
 - D. De AFM heeft geen gerechtvaardigd of zwaarwegend belang bij het voldoen aan het informatieverzoek ten opzichte van het belang van de heer Persoon om het verbeuren van dwangsommen te voorkomen.

⁹ Gelet op het ingestelde bezwaar op 15 oktober 2018 en het gelijktijdig gedane verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening heeft de AFM op 18 oktober 2018, bij brief van haar gemachtigde [gemaaktigde] aan de Rechtbank Rotterdam (kenmerk: [kenmerk]), kennis gegeven dat de AFM het verbeuren van dwangsommen opschort vanaf 16 oktober 2018 tot aan het moment van uitspraak inzake de voorlopige voorziening.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m D

A. Het besluit is onzorgvuldig genomen vanwege een te korte begunstigingstermijn

36. In het bezwaarschrift stelt de heer Persoon dat het besluit onzorgvuldig is genomen als gevolg van een te korte begunstigingstermijn (in onderhavig geval: tien werkdagen) die door de AFM in het besluit tot het opleggen van de Last is gesteld. De heer Persoon stelt in bezwaar met betrekking tot de begunstigingstermijn en het verbeuren van dwangsommen dat deze *'zeker zullen verbeuren omdat u (lees: de AFM) een onredelijk korte termijn stelt om te voldoen aan de last'*.

Reactie AFM

37. De AFM stelt voorop dat het aan de toezichthouder is om, aan de hand van de aard en de omvang van het informatieverzoek, vast te stellen binnen welke termijn uiterlijk aan een last onder dwangsom moet worden voldaan.¹⁰ Op grond van artikel 5:32a, tweede lid, Awb dient de AFM een termijn te stellen gedurende welke de overtreder de Last kan uitvoeren zonder dat er een dwangsom wordt verbeurd. Het is vaste rechtspraak dat voor de vraag of een begunstigingstermijn in redelijkheid kan worden gesteld, uitsluitend van belang is of binnen die termijn aan de Last kan worden voldaan.¹¹
38. De AFM acht de door haar gekozen begunstigingstermijn van tien werkdagen, ook na heroverweging, in dit concrete geval toereikend. Hieraan legt zij ten grondslag dat de gelaste informatie bekend moet zijn bij de heer Persoon en/of onderdeel vormt van de administratie van Congenials en UWE. Dit maakt dat de heer Persoon, in zijn hoedanigheid als enig (middellijk) bestuurder en aandeelhouder van de genoemde entiteiten eenvoudig toegang heeft, dan wel zou moeten hebben, tot de door de AFM gevraagde informatie. Daar komt bij dat van de heer Persoon, in voornoemde hoedanigheid, verwacht mag worden dat deze inzicht heeft in de precieze activiteiten van Congenials en UWE en de toezichthouder daarover volledig kan informeren. Daarbij lijkt de heer Persoon ook in bezwaar voorbij te gaan aan het feit dat het initiële informatieverzoek reeds dateert van 16 augustus 2018. In het daaropvolgende herhaalde informatieverzoek en de uiteindelijk opgelegde Last is de gevraagde informatie ongewijzigd gebleven, waardoor de heer Persoon aanmerkelijk langer dan tien werkdagen

¹⁰ Kamerstukken II, 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 144: *'Hoeveel tijd betrokkene nodig heeft zal sterk afhangen van de aard en de omvang van de inlichtingen die worden gevraagd. Vaststelling van een uniforme termijn sluit niet goed aan bij de uiteenlopende behoeften van de praktijk. Wij geven er daarom de voorkeur aan om in eerste instantie aan de toezichthouder over te laten – eventueel achteraf te beoordelen door de rechter – binnen welke redelijke termijn betrokkene aan de vordering dient te voldoen.'*

¹¹ Zie: ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179, r.o. 6.1.

de tijd heeft gehad om de gevorderde informatie te verzamelen en te verstrekken. De AFM kan daarom na heroverweging het standpunt niet volgen dat de gestelde begunstigingstermijn te kort is en dat de dwangsommen *'zeker zullen verbeuren'*.

39. Temeer nu de AFM de heer Persoon in de Last (meer specifiek: op pagina 6), juist ter voorkoming van het onnodig verbeuren van dwangsommen, erop heeft gewezen dat, indien het niet mogelijk zou zijn om (een deel van) de gevraagde informatie te verstrekken, dit binnen tien werkdagen, per (deel)vraag schriftelijk en omkleed van redenen aan te geven bij de AFM. De heer Persoon heeft dit destijds nagelaten en heeft evenmin in het verzoekschrift aan de Voorzieningenrechter of in bezwaar gemotiveerd aangegeven voor welke informatie het onmogelijk zou zijn om deze binnen de gestelde termijn te verstrekken. De AFM blijft daarom ook na heroverweging van oordeel dat de door haar gekozen begunstigingstermijn toereikend is en dat van het besluit tot het opleggen van de Last dientengevolge niet gezegd kan worden dat deze onzorgvuldig is genomen.

B. De hoeveelheid gevraagde gegevens is te omvangrijk en disproportioneel

40. In het bezwaarschrift is tevens gesteld dat de hoeveelheid gevraagde gegevens te omvangrijk en daarmee disproportioneel is.

Reactie AFM

41. De AFM stelt voorop dat zij op grond van artikel 1:25, tweede lid, Wft is belast met de taak om het gedragstoezicht op de financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten. Dit brengt met zich mee dat het de AFM vrij staat om in het kader van haar toezichthoudende taak naar eigen inzicht haar onderzoek in te richten.¹²
42. De AFM heeft middels haar onderzoek getracht vast te stellen of Congenials en UWE activiteiten verrichten of hebben verricht, waarvoor op grond van de financiële toezichtwetgeving een vergunning en/of prospectus is vereist. De door de AFM gevraagde omschrijving van de activiteiten van Congenials en UWE is hiervoor onontbeerlijk. Hetzelfde geldt voor de gevraagde omschrijving van de modaliteiten van de investeringen. Immers, zonder een volledig beeld van de activiteiten van Congenials en UWE is het voor de AFM onmogelijk om te bezien of, en in hoeverre, deze vallen onder financiële regelgeving. Evenzeer is het vaste rechtspraak dat een verzoek om bankafschriften bij uitstek dient om een volledig beeld te krijgen van de activiteiten van een onderneming.¹³

¹² Zie: CbB 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288, r.o. 5.3.

¹³ Zie hiervoor eveneens: CbB 21 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:288, r.o. 5.3.

43. Naar het oordeel van de AFM zijn in de informatieverzoeken en de opgelegde Last terechte vragen gesteld waar de heer Persoon eenvoudig juist en volledig antwoord op had moeten kunnen geven en is om informatie gevraagd die de heer Persoon eenvoudig had moeten kunnen verstrekken. Op basis van vaste rechtspraak mocht de AFM de hierboven genoemde informatie opvragen voor een goede vervulling van haar toezichthoudende taak.¹⁴ Naar het oordeel van de AFM valt dan ook niet in te zien welke gevraagde gegevens te omvangrijk zouden zijn.
44. Het door de AFM gevraagde heeft betrekking op de activiteiten van twee ondernemingen van de heer Persoon en behoort zodoende bij hem bekend te zijn. Niet valt in te zien, en evenmin is onderbouwd, waarom de omvang van de gevraagde informatie disproportioneel zou zijn en niet in een evenredige verhouding zou staan tot het hiervoor toegelichte en door de AFM nagestreefde toezichtdoel. In bezwaar is weliswaar gesteld, maar niet onderbouwd, dat de omvang van de gevraagde informatie onevenredig en daarmee disproportioneel zou zijn. De AFM had redelijke vermoedens van ernstige overtredingen en heeft duidelijke vragen gesteld die de heer Persoon had moeten beantwoorden ten behoeve van de uitoefening van toezicht op de naleving van de Wft.
45. De AFM concludeert dat zij op een juiste wijze inrichting heeft gegeven aan het onderzoek en dat zij terecht en op goede gronden na overtreding van de medewerkingsplicht door de heer Persoon is overgegaan tot het opleggen van de Last. Dit brengt met zich mee dat de gevraagde informatie niet te omvangrijk of disproportioneel is. Evenmin is dit in bezwaar aangetoond. De AFM blijft na heroverweging van oordeel dat de gevraagde informatie noodzakelijk is voor het onderzoek naar Congenials en UWE en dat de omvang daarvan in een evenredige verhouding staat tot het door de AFM nagestreefde toezichtdoel.

C. Het verzoek om informatie is vaag geformuleerd

46. In het bezwaarschrift is gesteld dat de verzoeken om de gevraagde informatie 'vaag' zijn geformuleerd. Ter onderbouwing van dit standpunt geeft de heer Persoon aan dat dit blijkt uit de 'tegenstrijdige verduidelijking' welke per brief op 10 oktober 2018 door de AFM aan de heer [A], als gemachtigde van de heer Persoon, is verstuurd. Het is de heer Persoon niet duidelijk hoe hij niet-bestaande gegevens kan overleggen, teneinde het verbeuren van dwangsommen te voorkomen.

¹⁴ Zie hiervoor bijvoorbeeld: Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 2 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX7988.

Reactie AFM

47. De brief van 10 oktober 2018 waar in bezwaar aan wordt gerefereerd, is, in tegenstelling tot hetgeen de heer Persoon heeft betoogd, niet te lezen als een 'tegenstrijdige verduidelijking' van de verzochte informatie, maar *slechts* als onderbouwing van het oordeel van de AFM dat de heer Persoon niet volledig aan de last onder dwangsom heeft voldaan en dat hij daardoor dwangsommen heeft verbeurd. Voornoemde brief bevat geen nadere specificering van de Last en evenmin wordt in de brief verzocht om aanvullende informatie. Het standpunt dat deze brief als 'tegenstrijdige verduidelijking' heeft gediend kan daarom niet gedeeld worden. Dit is eveneens bevestigd in de Uitspraak.
48. Het gelaste bestaat uit een aantal vragen die ook reeds in de voorafgaande informatieverzoeken aan de heer Persoon zijn gesteld (zie ook hiervoor I t/m VIII onder randnummer 15). De vragen zijn zeer concreet en duidelijk geformuleerd. De AFM ziet niet in dat over één van deze vragen onduidelijkheid zou kunnen bestaan over wat er van de heer Persoon werd verwacht. De informatieverzoeken en de Last zijn dan ook niet vaag geformuleerd.
49. Voorts merkt de AFM op dat, voor zover er onduidelijkheid mocht bestaan over de gevraagde informatie, hetgeen de AFM nadrukkelijk betwist, het op de weg van de heer Persoon had gelegen om ruimschoots, doch in ieder geval voor het verstrijken van de begunstigingstermijn om een nadere uitleg van de AFM te vragen. Dit heeft de heer Persoon echter nagelaten.
50. Evenmin heeft de heer Persoon in het bezwaarschrift nader onderbouwd welke onderdelen van de gevraagde informatie 'vaag' zouden zijn geformuleerd. Heroverweging van deze bezwaargrond vormt derhalve geen aanleiding om tot het oordeel te komen dat onvoldoende duidelijk zou zijn om welke informatie in de Last is gevraagd.

D. De AFM heeft geen gerechtvaardigd of zwaarwegend belang bij het voldoen aan het informatieverzoek ten opzichte van het belang van de heer Persoon om het verbeuren van dwangsommen te voorkomen

51. In zijn bezwaarschrift stelt de heer Persoon dat de AFM, gelet op de gepasseerde begunstigingstermijn, geen blijk heeft gegeven een zwaarwegend belang te hebben bij het voldoen aan het informatieverzoek door de heer Persoon. Niet gesteld of gebleken is van een gespecificeerd gerechtvaardigd belang, aldus de heer Persoon. Voorts geeft de heer Persoon aan dat hij daarentegen een zwaarwegend belang heeft bij voorkoming van het verbeuren van dwangsommen.

Reactie AFM

52. Zoals reeds opgemerkt heeft de AFM een wettelijke verplichting om toezicht te houden op de financiële markten in Nederland. Onderdeel van deze taak is dat zij controleert of ondernemingen die op de financiële markten actief zijn, indien nodig, ook beschikken over de daarvoor verplicht gestelde vergunning(en) of anderszins voldoen aan de op hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. De AFM kan op grond van artikel 1:74 Wft juncto 5:16 Awb informatie vorderen indien dat voor een goede uitoefening van haar taak noodzakelijk is. Een ieder is op grond van artikel 5:20, eerste lid, Awb gehouden om aan een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Aan de Last ligt de overtreding van laatstgenoemde medewerkingsplicht ten grondslag. Deze wettelijke medewerkingsplicht is een kernbepaling voor de AFM aangezien deze bepaling het mogelijk maakt dat de AFM haar wettelijk vastgelegde taken en daarbij behorende bevoegdheden ook daadwerkelijk kan effectueren.
53. Ook in de Last op pagina 6 heeft de AFM haar toezichtbelang benadrukt en aangegeven dat het feit dat ondanks herhaald verzoek de heer Persoon de gevorderde informatie niet verstrekt tot gevolg heeft dat de AFM niet kan beoordelen of, en zo ja, in hoeverre de activiteiten van UWE en Congenials conform de Wft plaatsvinden en hebben plaatsgevonden en dat de AFM daardoor wordt belemmerd in de adequate uitoefening van haar toezicht. Dit alles maakt dat de AFM een zwaarwegend en gerechtvaardigd belang heeft om de gevraagde informatie van de heer Persoon te ontvangen.
54. De AFM stelt voorop dat het toezichtbelang uit bovenstaande reeds evident naar voren is gekomen. Ten overvloede merkt zij hierover nog op dat de AFM de handel in Forex als een risicovol beleggingsproduct kwalificeert, consumenten reeds diverse malen heeft gewaarschuwd voor de handel in deze beleggingsproducten en als zodanig in haar toezicht extra alert is op eventuele misstanden.¹⁵
55. Dat de heer Persoon tot het oordeel komt dat de AFM, vanwege een verstreken begunstigingstermijn, geen blijk heeft gegeven van een zwaarwegend belang is niet alleen onbegrijpelijk maar ontbeert tevens iedere onderbouwing. De heer Persoon lijkt hiermee te stellen dat de AFM geen zwaarwegend belang zou hebben omdat zij de informatie nog altijd niet heeft verkregen. De weigerachtige houding van de heer Persoon en het doorlopend schenden van de medewerkingsplicht lijkt er volgens de heer Persoon toe te leiden dat de AFM geen zwaarwegend

¹⁵ Zie hiervoor onder meer de volgende nieuwberichten op de AFM-website: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2013/aug/forex-aanbieders-vaak-illegaal> en <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2012/mei/waarschuwing-beleggen-valuta>.

belang meer zou hebben. Door herhaaldelijk om de gevraagde informatie te verzoeken en uiteindelijk zich zelfs genoodzaakt te zien een last onder dwangsom op te leggen, heeft de AFM reeds bij herhaling aangegeven een zwaarwegend belang te hebben bij het verkrijgen van de informatie. Niet alleen in de Last, maar ook in de nadien gevoerde voorlopige voorzieningprocedure en in onderhavige beslissing op bezwaar heeft de AFM haar zwaarwegende toezichtbelang gemotiveerd uiteengezet. De heer Persoon heeft de gevraagde informatie (nog steeds) niet verstrekt. Hierdoor wordt de AFM (nog steeds) belemmerd in een adequate uitoefening van haar toezichtstaak. De AFM benadrukt daarom nogmaals dat zij verwacht dat de heer Persoon alsnog de gelaste informatie onverminderd en onverwijld verstrekt.

56. Vanzelfsprekend heeft de heer Persoon belang bij het voorkomen van het verbeuren van dwangsommen. De heer Persoon gaat er echter aan voorbij dat de AFM zwaarwegend belang heeft bij een adequate uitoefening van haar toezichtstaak en bij het verkrijgen van de gevraagde informatie die noodzakelijk is om vast te stellen of al dan niet in strijd wordt gehandeld met een vergunning- en/of prospectusplicht. De heer Persoon had het verbeuren van dwangsommen eenvoudig kunnen voorkomen door tijdig de vragen volledig en naar waarheid te beantwoorden en de gevraagde informatie te verstrekken. In navolging van de Last en op grond van het bovenstaande blijft de AFM na heroverweging van oordeel dat het toezichtbelang dat is gediend met het verkrijgen van de informatie zwaarder weegt dan het belang van de heer Persoon bij het niet opleggen van de Last. Heroverweging leidt ten aanzien van deze bezwaargrond dan ook niet tot een ander oordeel.

V. Besluit

De ingediende bezwaargronden leiden er na heroverweging niet toe dat de AFM haar besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom herroept. Dientengevolge heeft de AFM besloten de last onder dwangsom in stand te laten.¹⁶ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

Voor het vergoeden van de kosten als genoemd in artikel 7:15, tweede lid, Awb die zijn gemaakt in het kader van onderhavige bezwaarprocedure bestaat derhalve geen aanleiding.

¹⁶ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

VI. Rechtsgangverwijzing

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Manager
[.....]

[was getekend]
Hoofd
[.....]