

Openbare versie

[X]

[...]

[...]

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 36
Telefoon	[...]
E-mail	[...]
Betreft	Beslissing op bezwaar [X]

Geachte heren,

Bij besluit van 21 december 2022 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan [X] (**[X]**) een boetebesluit met kenmerk [...] opgelegd wegens overtreding van artikel 4:26, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) juncto artikel 103, eerste en tweede lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (**BGfo**), in de periode van [datum] 2020 tot en met 9 februari 2021 (het **Boetebesluit**). Tegen het Boetebesluit heeft [X] bezwaar gemaakt bij pro forma bezwaarschrift van 30 januari 2023 en aanvullend bezwaarschrift van 15 maart 2023 (het **Bezwaar**). De AFM heeft besloten het Boetebesluit te herroepen in die zin dat het boetebedrag verlaagd wordt naar een bedrag van EUR 10.000,-, de periode van overtreding herroepen wordt in de zin dat het tijdstip van overtreding vastgesteld wordt op [datum] 2020 en het Boetebesluit 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. In paragraaf IV geeft de AFM het wettelijk kader weer. In paragraaf V herbeoordeeld de AFM de overtreding. Vervolgens geeft de AFM in paragraaf VI een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf VII staat het besluit van de AFM. Paragraaf VIII de rechtsgangverwijzing. Ten slotte wordt in paragraaf IX ingegaan op de publicatie van deze beslissing op bezwaar. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in de bijlage. De inhoud daarvan heeft de AFM integraal betrokken bij haar afweging in bezwaar.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 2 van 36

I. Procedure

1. Bij het Boetebesluit heeft de AFM aan [X] een boete als bedoeld in artikel 1:80, aanhef en onderdeel a, Wft opgelegd voor overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo. Deze boete werd opgelegd voor en het Boetebesluit houdt samengevat in:

*“[X] is een [financiële dienstverlener]. Op [datum] 2020 heeft [X] de benoeming – per [datum] 2020 – bekendgemaakt van een directeur (**Directeur**) [...]. Directeur was geen statutair bestuurder, maar de AFM heeft vastgesteld dat Directeur niettemin vanaf diens benoeming feitelijk activiteiten verrichtte waarmee Directeur het beleid van [X] bepaalde. Dit optreden als dagelijks beleidsbepaler van een financiële dienstverlener is pas toegestaan na een positieve toetsing door de AFM op de betrouwbaarheid en geschiktheid van de desbetreffende persoon. [X] heeft Directeur echter pas op 4 december 2020, ruim elf maanden na diens benoeming, bij de AFM ter toetsing aangemeld. Op 9 februari 2021 heeft de AFM geoordeeld dat Directeur gelet op diens betrouwbaarheid en geschiktheid kon worden benoemd als dagelijks beleidsbepaler van [X].*

Tegen deze achtergrond heeft de AFM vastgesteld dat [X] heeft verzuimd om Directeur tijdig als dagelijks beleidsbepaler aan te melden, en dat deze directeur vanaf in ieder geval [datum] 2020 tot en met 9 februari 2021 beleidsbepalende activiteiten heeft verricht zonder dat diens betrouwbaarheid buiten twijfel stond en diens geschiktheid was vastgesteld. Dit is een overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo. De AFM heeft besloten om [X] voor deze overtreding een bestuurlijke boete op te leggen van € 375.000.”

2. Bij brief van 30 januari 2023 heeft [X] bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. Op 2 februari 2023 stuurde de AFM een ontvangstbevestiging en herstelverzuimbrief met kenmerk [...] waarin de AFM aan [X] een termijn tot uiterlijk 17 maart 2023 gunde om de bezwaargronden aan te vullen. De bezwaargronden van het bezwaar zijn bij brief van 15 maart 2023 door (de gemachtigden van) [X] aangevuld.
3. Op 3 juli 2023 vond de hoorzitting met betrekking tot het bezwaar plaats. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage 1).
4. Bij mailwisseling van 18 april 2023 tot en met 25 april 2023 stemden de AFM en de gemachtigden van [X] de datum van de hoorzitting af en hebben zij in onderling overleg – overeenkomstig artikel 7:10, vierde lid, onderdeel a, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) – de beslistermijn opgeschort tot en met vier weken na de datum van de hoorzitting.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 3 van 36

II. Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [...] (het **Onderzoeksrapport**) en het Boetebesluit, die met het boetevoornemen van 23 juni 2022 en met kenmerk [...] aan het bestuur van [X] werd verzonden. De feiten die zijn genoemd in het Onderzoeksrapport en in het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet al zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

A. Betrokken (rechts)personen

Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste bij deze zaak betrokken (rechts) personen.

- [X] ([X])

[X] is een [financiële dienstverlener], [X]. [X] is statutair gevestigd te [...] en geregistreerd in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (**KvK**) onder nummer [...]. [X] beschikt sinds [...] over een vergunning van de AFM (nummer [...]) voor het adviseren en bemiddelen in diverse financiële producten. De kernactiviteiten van [X] bestaan uit het bemiddelen bij het afsluiten van [financiële producten]. Aan [X] waren in de voor dit besluit relevante periode onder meer de volgende natuurlijke personen verbonden:

- [overige directieleden]
- **Directeur**
Directeur was [...] van [X] (geen statutair bestuurder);
- **De compliance officer van [X]**

- [A]

[A] [...]. Aan [A] waren in de voor dit besluit relevante periode onder meer de volgende natuurlijke personen verbonden:

- **De compliance officer van [A]**
De compliance officer van [A] ondersteunde ook de compliance van [X]

Voor de namen van de natuurlijke personen wordt verwezen naar bijlage 2 bij het Onderzoeksrapport.

B. Relevante feiten en omstandigheden

5. Op de directievergadering van [X] van 1 oktober 2019 werd besloten: *“De directie meldt dat zij heeft besloten [Directeur] per heden als deelnemer aan de directievergaderingen toe te voegen (**Besluit**)”*.¹

¹ Verslag directievergadering 1 oktober 2019.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 4 van 36

6. Per [datum] 2020 benoemde [X] Directeur als [...] en bepaalde [X] diens verantwoordelijkheden: *“Het doet ons genoeg hierbij jouw benoeming per [datum] 2020 als directeur [...] ([...]) bij [X] te bevestigen. Uit hoofde van deze functie heb je titulaire bevoegdheid en rapporteer je aan de directievoorzitter. Je bent als directeur [...] samen met de Directievoorzitter (statutair) en de directeur [...] (statutair) verantwoordelijk voor [X].”*² (onderstreping AFM)
7. Bij persbericht van [...] 2020 deelde [X] het volgende mee: *“[Benaming Directeur].”*³ (onderstreping AFM)
8. Op [...] 2020 vond ook een regulier overleg plaats tussen [X] en de AFM. Daarbij werd door [X] gemeld dat besloten werd Directeur als directeur [...] te benoemen. Diens portefeuille zou omvatten: [...]. Volgens [X] was Directeur niet aangemeld als beleidsbepaler omdat Directeur alleen titulair bestuurder was.⁴ De reden voor deze benoeming was kennelijk dat er te veel werk was voor de andere directeurs als enige leden van het directiecomité. De gespreksnotitie van dit gesprek stelt namelijk: *“[Bepaalde directieleden] geven aan dat zij hebben gemerkt dat er veel (complexe) dossiers over het bestuur van [X] komen. Zo veel dat dit momenteel de agenda beheerst en zij enkel in de waan van de dag kunnen werken.”*⁵
9. Op [...] 2020 volgde de AFM dit gesprek op met de compliance officer van [X]. De AFM uitte haar twijfels over de keuze om Directeur niet aan te melden. De compliance officer gaf daarop aan dat hij, naar aanleiding van de vragen van de AFM, ook twijfelde of Directeur aangemeld moest worden en zou daaromtrent navraag doen bij de compliance officer van [A]. Deze was van mening dat Directeur wel getoetst had moeten worden. Tijdens het gesprek benoemde de compliance officer van [X] dat Directeur al startte in diens nieuwe functie, waarop de AFM opmerkte dat dit in strijd is met toepasselijke wet- en regelgeving. De AFM vroeg [X] om een schriftelijke verklaring, indien zij toch van mening zou blijven dat de functie van Directeur geen toetsbare functie is.⁶
10. Op [...] 2020 nam de compliance officer van [A] contact op met de AFM en kondigde aan dat [X] Directeur zal aanmelden als beleidsbepaler van [X]. Zij zei te betreuren dat [X], net als eerder bij een eerdere bestuurder, overging tot het benoemen van Directeur zonder afgeronde, positieve toetsing door de AFM. De compliance officer van [A] zei dat zij in samenspraak met [X] een pallet aan

² Zie document 1a. 20-036 benoeming [Directeur] - getekend v1.0.pdf.

³ [...]

⁴ Zie document [...] - INT - Regulier overleg [X] AFM - [...].

⁵ Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [A].

⁶ Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [X].

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 5 van 36

maatregelen zal treffen om Directeur tot aan een positief oordeel van de AFM geen beleidsbepalende activiteiten te laten uitvoeren.⁷

11. Op 14 mei 2020 vroeg de AFM in een regulier overleg naar de status van de aanmelding van Directeur als dagelijks beleidsbepaler van [X]. De compliance officer van [A] antwoordde dat zij knelpunten ervaarde in de geschiktheidsmatrix en dat de indeling van [A] in de categorie A toetsing vanuit de categorie C toetsing, als bedoeld in de Beleidsregel geschiktheid 2012, voor haar een grote omslag betekent. De compliance officer van [A] heeft gezegd dat het hierdoor wat langer duurde om de aanmelding te doen. [A] koos ervoor om twee andere toetsingen binnen het concern te prioriteren boven de toetsing van Directeur. De werkzaamheden van Directeur bij [X] kwamen in dit overleg niet ter sprake.⁸
12. Op 4 juni 2020 meldde de compliance officer van [A] bij de AFM een beleidsbepaler aan van [B] (**[B]**), een zusteronderneming van [X]. Dit betrof een toetsing in dezelfde categorie als de toetsing van Directeur, namelijk groep A.⁹
13. Op 4 december 2020 heeft de AFM de aanmelding van Directeur als dagelijks beleidsbepaler bij [X] ontvangen.¹⁰ Naar aanleiding hiervan heeft de AFM de notulen van de raden van bestuur van [X] sinds het aantreden van Directeur opgevraagd.¹¹ Op 19 januari 2021 werden deze aangeleverd.¹²
14. Op 9 februari 2021 heeft de AFM [X] laten weten dat zij van oordeel is dat Directeur – kort gezegd – betrouwbaar en geschikt is en daarom kan worden benoemd als dagelijks beleidsbepaler van [X].¹³

i. Bevoegdheden van Directeur zoals deze blijken uit de Bevoegdheden[...] van [X]

15. [X] heeft de AFM een document verstrekt met de titel 'Bevoegdheden[...] [X] per 1 juni 2020' (**Bevoegdheden[...]**). [X] verklaarde dat de Bevoegdheden[...] een vastlegging betrof van de bevoegdheden zoals deze vanaf de aanstelling van Directeur waren verdeeld. De Bevoegdheden[...] kan verkort als volgt worden weergegeven: [...]

⁷ Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [A].

⁸ Zie document [...] - INT - Regulier overleg [X] AFM – [...].

⁹ Zie document [...] - IN - FW Ontvangstbevestiging aanmelding.

¹⁰ Zie document [...] - IN - Aanmelding (mede) beleidsbepaler financiële dienstverlening zaaknummer [...].

¹¹ Zie document [...] - UIT - FW Nadere vragen aanmelding [Directeur].

¹² Zie document [...] - IN - RE_ Nadere vragen aanmelding [Directeur].

¹³ Beschikking van 9 februari 2021 met kenmerk [...]. Zie document 20210209 - UIT - Beschikking [X] ([...]) - [...].

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 6 van 36

16. In de Bevoegdheden[...] is aan Directeur als ‘Directeur BD’ geen van de beschreven bevoegdheden toegekend, noch zelfstandig noch gezamenlijk. De Bevoegdheden[...] vermeldt ook: *“Directeur BD is nog niet in het Handelsregister van de KvK opgenomen, zodat [Directeur] nog geen externe bevoegdheid heeft.”* De Bevoegdheden[...] is toegelicht in de directievergadering van 9 juni 2020. In het verslag van de directievergadering is hierover het volgende opgetekend:

“[Medewerker [X]2] geeft een toelichting op de Bevoegdheden[...] die zij heeft opgesteld met behulp van de statuten van [X] alsmede de [...] van [A]. In de Bevoegdheden[...] zijn de belangrijkste bevoegdheden van de directie weergegeven, zodat zowel de bestuurders als het secretariaat per geval kunnen nagaan of de bestuurders al dan niet zelfstandig bevoegd zijn. Zodra het AFM-traject van [Directeur] is afgerond, zal [Directeur] als bestuurder in het Handelsregister van de KvK worden opgenomen, waarbij [Directeur] alsdan dezelfde bevoegdheden als de overige twee bestuurders zal krijgen. Na inschrijving in het Handelsregister zal de interne Bevoegdheden[...] worden aangepast (Actie).”

ii. Feiten die blijken uit de aangeleverde bestuursvergaderingsverslagen en -notulen, en actielijsten van de raad van bestuur

17. In het kader van het onderzoek naar de al dan niet tijdige aanmelding van Directeur als beleidsbepaler van [X] heeft de AFM notulen en verslagen van de bestuursvergaderingen van [X] vanaf het aantreden als bestuurder door Directeur gevorderd (zie randnummer 13 hierboven). Hieronder worden, bij wijze van voorbeeld en niet-uitputtend, passages uit deze notulen en verslagen geciteerd die erop wijzen dat Directeur feitelijk het dagelijks beleid van [X] bepaalde:

a. [...]

Voor meer relevante citaten uit bestuursvergaderingsnotulen en -verslagen – waaruit blijkt dat Directeur het dagelijks beleid van [X], samen met de overige leden van de raad van bestuur, bepaalde – verwijst de AFM naar paragrafen 5.3 en 5.4 het Boetebesluit en 2.4.2 van het Onderzoeksrapport.

18. Hierboven bleek ook al dat Directeur formeel tot de directie van [X] behoorde vanaf [datum] 2020 (zie randnummer 6 hierboven). Uit het merendeel van de notulen, verslagen en actielijsten van bestuursvergaderingen van [X] die de AFM ontving, blijken beslissingen en acties van “de directie” van [X], waarvan Directeur dus deel uitmaakte. Bij al deze beslissingen en acties was Directeur betrokken en besliste Directeur mee. Bijvoorbeeld: [...] Deze documenten stellen niet dat wanneer over “de directie” gesproken wordt, Directeur niet tot die groep gerekend dient te worden. Nergens wordt

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	7 van 36

opgemerkt dat Directeur een andere rol dan directielid bekleedde binnen de directievergaderingen, of daar aanwezig was in een andere hoedanigheid.

Hieruit blijkt dat Directeur ook meebesliste over het dagelijks beleid waarvoor andere directieleden hoofdverantwoordelijke (portefeuillehouder) waren, met name niet [...]gerelateerde onderwerpen (Directeur was het directielid met de portefeuille [...]).

19. Uit de hierboven geciteerde passages uit bestuursvergaderingsnotulen en -verslagen blijkt aldus (onder meer) dat:
- Directeur hoofdverantwoordelijke was voor essentiële bedrijfsvoeringprocessen, waaronder [...];
 - Directeur de bestuursvergaderingen van tijd tot tijd voorzat, steeds deelnam aan directievergaderingen en ook meebesliste over onderwerpen die niet tot diens portefeuille behoorden (Directeur was portefeuillehouder van: [...]);
 - Directeur voorstellen deed en meebesliste over de strategie van [X], en in dat kader ook overleggen van teammanagers voorzat;
 - Directeur voorstellen deed en meebesliste over organisatorische beleidsvraagstukken, zoals het opsplitsen van teams, voortzettingen van dienstverbanden en vraagstukken met betrekking tot de ondernemingsraad;
 - Directeur meebesliste en input leverde over het verlengen van [...]overeenkomsten en de activiteiten van [...];
 - Directeur de leiding had met betrekking tot bepaalde onderhandelingen, waaronder deze met betrekking tot bepaalde inkopen;
 - Directeur in bepaalde mate contacten met de raad van commissarissen verzorgde en ten aanzien van dit orgaan in bepaalde gevallen ook verantwoording aflegde;
 - Directeur [X] ten aanzien van derden vertegenwoordigde;
 - Directeur de agenda van de directievergaderingen (mee) bepaalde.

Voor aanvullende, relevante citaten uit andere documenten dan de bestuursverslagen en -notulen en actielijsten van de raad van bestuur – maar die eveneens de rol van Directeur in de hierboven opgesomde aangelegenheden aantonen – zie paragraaf 5.5 van het Boetebesluit.

III. Bezwaar

20. Het Bezwaar van [X] gaat in tegen het Boetebesluit van de AFM waarin geoordeeld werd dat Directeur als dagelijks beleidsbepaler kwalificeert en ondanks die kwalificatie ontijdig aangemeld werd bij de AFM.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 8 van 36

21. Samengevat en zakelijk weergegeven bevatten het Bezwaar en het verhandelde ter hoorzitting de volgende gronden:
- A. De door de AFM aangedragen omstandigheden afzonderlijk noch in samenhang gezien dragen het oordeel dat Directeur feitelijk als dagelijks beleidsbepaler heeft gefunctioneerd:
 - 1. Formele rol van de [...] en externe presentatie;
 - 2. Gelijkwaardigheid aan andere dagelijks beleidsbepalers;
 - 3. Betrokkenheid bij kernactiviteiten van de onderneming;
 - 4. Betrokkenheid bij personeelszaken;
 - 5. Betrokkenheid bij de koers van [X];
 - 6. Vertegenwoordiger van de directie binnen [X];
 - 7. Vertegenwoordiger van de onderneming bij derden.
 - B. Het is noch opportuun noch evenredig om aan [X] een bestuurlijke boete op te leggen:
 - 1. [X] heeft zich destijds ingespannen om een betrouwbare en geschikte kandidaat te selecteren en benoemen en zij heeft alle relevante interne gremia daarbij op zorgvuldige wijze betrokken;
 - 2. [X] is richting de AFM direct en vanaf aanvang open en transparant geweest over de aanstelling van Directeur en heeft de AFM ook gedurende het aanmeldproces continu op de hoogte gehouden;
 - 3. De AFM dient het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen;
 - 4. [X] is het oneens met het oordeel van de AFM dat de AFM de betrouwbaarheid en geschiktheid niet op voorhand heeft kunnen toetsen, maakt dat er sprake is van een ernstige overtreding;
 - 5. [X] is het oneens met het oordeel van de AFM dat de AFM [X] in eerder dossier heeft gewezen op de aanmeldplicht en in onderhavig dossier al in vroeg stadium twijfels heeft geuit, waardoor er sprake is van hoge verwijtbaarheid;
 - 6. [X] is het oneens met het oordeel van de AFM dat de maatregelen die getroffen werden door [X] niet tot gevolg hebben gehad dat Directeur niet als beleidsbepaler functioneerde;
 - 7. De AFM kent geen gewicht toe aan verwarring over juiste wijze van aanmelding;
 - 8. De AFM acht niet relevant dat (pas) vanaf 4 juni 2020 duidelijkheid over aanmeldingsprocedure bestond.
 - C. De AFM heeft een onjuiste boetecategorie toegepast, namelijk boetecategorie 2 in plaats van boetecategorie 1.
 - D. [X] keert zich tegen de beoordeling door de AFM van de factoren ernst/duur en verwijtbaarheid bij het vaststellen van de boetehoogte.

IV. Wettelijk kader

22. De Wft en het BGfo bevatten bepalingen die voorzien in de verplichting om dagelijks beleidsbepalers aan te melden.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 9 van 36

In artikel 4:26, eerste lid, Wft is, voor zover relevant, bepaald:

“Een financiële onderneming meldt wijzigingen met betrekking tot onderwerpen waarover ingevolge artikel [...] 4:10, derde lid, [...], 2:78, tweede lid, 2:83, tweede lid, [...] verstrekking van gegevens is voorgeschreven aan de Autoriteit Financiële Markten.”

In artikel 4:26, achtste lid, Wft¹⁴ is bepaald:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt, onder vermelding van de te volgen procedures, bepaald welke wijzigingen, bedoeld in het eerste en tweede lid, worden gemeld, welke gegevens daarbij worden verstrekt en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden de wijzigingen ten uitvoer mogen worden gelegd.”

Ter uitvoering van artikel 4:26, achtste lid, Wft is in artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo, voor zover relevant, bepaald:

“1. Een financiële dienstverlener meldt aan de Autoriteit Financiële Markten schriftelijk het voornemen tot benoeming van:

*a. een persoon die het beleid van de financiële dienstverlener bepaalt of mede bepaalt; of
[...]*

2. Een financiële dienstverlener geeft geen uitvoering aan het voornemen, bedoeld in het eerste lid, voordat de Autoriteit Financiële Markten heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van de betrokken persoon buiten twijfel staat en deze persoon geschikt is. [...].”

23. Voor het toetsen van de bezwaargronden speelt ook de vraag of Directeur al dan niet als dagelijks beleidsbepaler kwalificeert.

De Wft en het BGfo bevatten geen definitiebepaling van een dagelijks beleidsbepaler. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat personen die het dagelijks beleid bepalen zich bezighouden met: *“de beleid- en besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk uitoefenen van het bedrijf van een financiële onderneming”*¹⁵ en *“feitelijk substantiële invloed uitoefenen op het beleid of de besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van een financiële onderneming”*¹⁶. Volgens de wetgever zou dit kunnen

¹⁴ Oud lid negen.

¹⁵ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 498 (vierde nota van wijziging).

¹⁶ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 499-500 (vierde nota van wijziging).

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 10 van 36

blijken uit statuten, reglementen, (aandeelhouders)overeenkomsten, interne afspraken of uit feitelijke omstandigheden.¹⁷

24. Ten slotte zijn de volgende bepalingen uit de door De Nederlandsche Bank (**DNB**) en de AFM opgestelde Beleidsregel geschiktheid 2012 (de **Beleidsregel**) van belang voor de beoordeling van de bezwaargronden.

In artikel 1.1 van de Beleidsregel wordt bepaald:

“[...]

In deze beleidsregel wordt verstaan onder:

a) beleidsbepaler: een persoon die bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen, het Besluit prudentiële regels Wft, de Pensioenwet of de Wet verplichte beroepspensioenregeling, de Wet toezicht trustkantoren 2018, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, de CSDR of de EMIR moet of kan worden getoetst op geschiktheid;

[...]

f) onderneming in groep A: aanbieder van beleggingsobjecten; aanbieder van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta; aanbieder van bewaarportemonnees; afwikkelonderneming; bank; beroepspensioenfonds; betaalinstelling; centrale effectenbewaarinstelling als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderdeel 1, CSDR; centrale tegenpartij; clearinginstelling; elektronischgeldinstelling; entiteit voor risico-acceptatie; financiële holding, gemengde financiële holding of verzekeringsholding met zetel in Nederland; financiële instelling; herverzekeraar; kredietunie; levensverzekeraar; marktexploitant; natura-uitvaartverzekeraar; onderlinge waarborgmaatschappij met verklaring; pensioenfonds; premiepensioeninstelling; schadeverzekeraar; of wisselinstelling;

[...]

h) onderneming in groep C: financiële dienstverlener, met uitzondering van een financiële dienstverlener in groep A en B; houder van een ontheffing als bedoeld in artikel 4:3, vierde lid, Wft; of trustkantoor.”

25. In artikel 1.5 van de Beleidsregel wordt bepaald:

“Als de toezichthouder de geschiktheid van een beleidsbepaler toetst, zijn daar twee verschillende momenten voor, te weten:

¹⁷ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 500 (vierde nota van wijziging).

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 11 van 36

a) vóór het aantreden van een beleidsbepaler, bij vergunningaanvraag of registratie, of bij het voornemen tot aantreden als nieuwe beleidsbepaler bij een onderneming die beschikt over een vergunning, dan wel geregistreerd is; en

b) na het aantreden van een beleidsbepaler, indien feiten of omstandigheden daartoe redelijke aanleiding geven.”

V. Herbeoordeling overtreding

26. Alvorens de bezwaargronden van [X] te beoordelen zoals weergegeven in paragraaf VI, zal de AFM in deze paragraaf toelichten waarom zij van oordeel is dat [X] artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo heeft overtreden. Dit is van belang voor de beoordeling van de bezwaargronden.
27. Directeur werd per [datum] 2020 benoemd als niet-statutair bestuurder (directielid met de portefeuille [...]).
28. Uit de feiten zoals uiteengezet in paragraaf II.B – en die zijn omschreven in het Boetebesluit en het Onderzoeksrapport – blijkt dat vanaf [datum] 2020:
- a. Directeur hoofdverantwoordelijke was voor essentiële bedrijfsvoeringprocessen, waaronder [...].
 - b. Directeur de directievergaderingen van tijd tot tijd voorzat, steeds deelnam aan directievergaderingen en meebesliste over onderwerpen die niet tot diens portefeuille behoorden (Directeur was portefeuillehouder van: [...]).
 - c. Directeur voorstellen deed en meebesliste over de strategie van [X], en in dat kader ook overleggen van teammanagers voorzat.
 - d. Directeur voorstellen deed en meebesliste over organisatorische beleidsvraagstukken, zoals het opsplitsen van teams, voortzettingen van dienstverbanden en vraagstukken met betrekking tot de ondernemingsraad.
 - e. Directeur meebesliste en input leverde over het verlengen van [...]overeenkomsten en de activiteiten van [...].
 - f. Directeur de leiding had met betrekking tot bepaalde onderhandelingen, waaronder deze met betrekking tot bepaalde inkopen.
 - g. Directeur in bepaalde mate contacten met de raad van commissarissen verzorgde en ten aanzien van dit orgaan in bepaalde gevallen ook verantwoording aflegde.
 - h. Directeur [X] jegens derden vertegenwoordigde.
 - i. Directeur de agenda van de directievergaderingen (mee)bepaalde.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 12 van 36

29. Aldus was sprake van een wijziging van onderwerpen waarover op grond van artikel 4:10, eerste lid, artikel 2:78, tweede lid, en artikel 2:83, tweede lid, Wft verstrekking van gegevens aan de AFM is voorgeschreven. Op grond van artikel 4:26, eerste lid, Wft was [X] verplicht deze wijziging, namelijk de benoeming van Directeur als beleidsbepaler, aan de AFM te melden. Op grond van artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo had de melding van de voorgenomen benoeming moeten plaatsvinden voordat Directeur diens beleidsbepalende werkzaamheden ging verrichten. Op grond van artikel 4:26, eerste lid, Wft diende [X] aan de AFM te melden dat er een wijziging plaatsvond in de samenstelling van de groep personen die het beleid van [X] bepaalde, los van enige benoeming. In beide gevallen mocht Directeur pas beleidsbepalende werkzaamheden verrichten na melding en nadat de AFM zou hebben vastgesteld dat de betrouwbaarheid van Directeur buiten twijfel stond, en dat Directeur geschikt was. Zonder melding daarover en aanvraag daartoe bestond er voor de AFM geen aanleiding om tot een dergelijke vaststelling over te gaan.
30. Op [...] 2020 werd Directeur bij de AFM ter toetsing aangemeld als beleidsbepaler van [X]. Naar aanleiding hiervan heeft de AFM de notulen van de raden van bestuur van [X] sinds het aantreden van Directeur opgevraagd.¹⁸ Op 19 januari 2021 werden deze aangeleverd.¹⁹ Op 9 februari 2021 heeft de AFM geoordeeld dat Directeur, gelet op diens diens betrouwbaarheid en geschiktheid, kon worden benoemd als dagelijks beleidsbepaler van [X].
31. Naar aanleiding en op grond hiervan stelt de AFM dat [X] geen melding heeft gedaan van een voorgenomen benoeming van een beleidsbepaler of wijziging in de samenstelling van personen die het beleid van [X] bepalen, en zonder toetsing van de geschiktheid en betrouwbaarheid van de betreffende persoon (Directeur) uitvoering heeft gegeven aan deze benoeming op [datum] 2020. Dit is een overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo.
32. De AFM stelt hierbij vast dat Directeur op [datum] 2020 benoemd werd tot een functie waarbij Directeur het beleid van [X] (mede) bepaalde en dat op die datum uitvoering gegeven werd aan die benoeming. De periode van overtreding zoals vastgesteld in het Boetebesluit wordt aldus herroepen in die zin dat het tijdstip van overtreding vastgesteld wordt op [datum] 2020.

VI. Beoordeling van de bezwaargronden A tot en met D

A. De door de AFM aangedragen omstandigheden, afzonderlijk noch in samenhang gezien, dragen het oordeel dat Directeur feitelijk als dagelijks beleidsbepaler heeft gefunctioneerd

¹⁸ Zie document 20210104 - UIT - FW Nadere vragen aanmelding [Directeur].

¹⁹ Zie document 20210119 - IN - RE_ Nadere vragen aanmelding [Directeur].

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	13 van 36

33. [X] stelt dat de door de AFM aangedragen omstandigheden, afzonderlijk noch in samenhang gezien, het oordeel kunnen dragen dat Directeur feitelijk als dagelijks beleidsbepaler heeft gefunctioneerd.
34. Hiervoor verwijst [X] ten eerste naar paragraaf 3.5 van haar zienswijze op het Boetebesluit van 31 augustus 2022 (de **Zienswijze**).²⁰ Voor de weerlegging hiervan verwijst de AFM naar paragrafen 7.1 en 7.2 van het Boetebesluit. Deze gronden en de weerlegging daarvan komen ook hieronder in deze paragraaf aan bod.
35. Ten tweede reageert [X] op de vaststellingen van de AFM uit haar Boetebesluit. Ook deze replieken komen hieronder in deze paragraaf aan bod. De AFM geeft deze replieken van [X] op de vaststellingen van de AFM weer en reageert vervolgens op deze replieken.

i. Formele rol van de [...] en externe presentatie

36. [X] stelt in randnummers 6 tot en met 10 van het Bezwaar dat de AFM zich ten onrechte beroept op de benoemingsbrief, de door de [...] gehanteerde functietitel en het persbericht dat [X] op [...] 2020 heeft gepubliceerd om te stellen dat Directeur als dagelijks beleidsbepaler heeft gefunctioneerd, omdat dit *“een meer formeel argument”* betreft doch niet *“diens functietitel maar diens feitelijke werkzaamheden en bevoegdheden leidend zouden moeten zijn”*.

Daarbij wijst [X] op de inperking van de bevoegdheden van Directeur zoals die blijken uit de Bevoegdheden[...] en de benoemingsbrief van [...] 2020 waarin staat dat Directeur als [...] rapporteert aan de directievoorzitter. De overige vaststellingen van de AFM waaruit blijkt dat Directeur vanaf diens benoeming feitelijk beleidsbepalende activiteiten heeft verricht, zouden volgens [X] niet overtuigen.²¹

37. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging hiervan verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.1 van het Boetebesluit. Daar stelde de AFM vast dat deze omstandigheden tezamen voorshands het beeld schetsen van een persoon die – gelet op de wijze waarop diens functie extern werd gepresenteerd en de gedeelde verantwoordelijkheid met de aangemelde beleidsbepalers – een meer dan ondergeschikte en uitvoerende rol had²² en feitelijk substantiële invloed kon uitoefenen op de beleids- en besluitvorming gericht op het dagelijks beleid en de langetermijnstrategie van [X]. Uit deze stukken blijkt op voorhand dat Directeur zich bezig zou gaan houden met het bepalen van het dagelijks beleid van [X].

²⁰ Zie randnummer 4 van het Bezwaar.

²¹ Op deze replieken van [X] wordt in de navolgende paragrafen ingegaan.

²² Vgl. Rb. Rotterdam 17 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5485, r.o. 6.2.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 14 van 36

38. De AFM voegt daaraan nog toe dat dergelijke formele elementen indicatoren zijn van het kwalificeren als dagelijks beleidsbepaler. Volgens de wetgever kan het feitelijk kwalificeren als dagelijks beleidsbepaler namelijk blijken uit bijvoorbeeld statuten, reglementen, (aandeelhouders)overeenkomsten, interne afspraken of uit feitelijke omstandigheden.

Uit de benoeming van Directeur als bestuurder en documenten waarin de formele rol van een bestuurder zoals Directeur geregeld zijn, volgt dat Directeur als dagelijks beleidsbepaler kwalificeerde. Dit bleek al uit paragraaf 7.1.1 van het Boetebesluit en paragraaf II.B.ii van deze beslissing op bezwaar. Hieronder komen feitelijke vaststellingen van de AFM aan bod die deze vaststelling op grond van de benoeming van Directeur als bestuurder en documenten over de formele rol van Directeur verder versterken.

ii. Gelijkwaardigheid aan andere dagelijks beleidsbepalers

39. [X] stelt in randnummers 11 tot en met 16 van het Bezwaar dat Directeur niet op voet van gelijkwaardigheid functioneerde met de andere dagelijks beleidsbepalers van [X], waardoor hieruit niet zou blijken dat Directeur het dagelijks beleid bepaalde.
40. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] nagenoeg geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging van de al aangehaalde elementen verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.2 van het Boetebesluit.

De AFM constateerde onder andere dat Directeur, in diens hoedanigheid als directeur, vaste deelnemer was aan de wekelijkse directievergadering. Directeur was hierbij niet slechts deelnemer maar ook actiehouder: diens naam komt consequent terug in de naar aanleiding van de directievergaderingen opgestelde actielijsten. Daarnaast maakt de AFM uit de verslagen van de directievergadering op dat de besluiten werden genomen door de directeuren gezamenlijk. In de verslagen van de directievergadering wordt consequent van één directie gesproken waar het gaat om besluiten in de directievergadering, waaronder besluiten over de langetermijnstrategie en de dagelijkse gang van zaken binnen [X].²³ [X] heeft hierover in haar Zienswijze gesteld dat Directeur binnen de directie vooral een adviserende en besluit voorbereidende rol had, terwijl de daadwerkelijke besluitvorming steeds onder verantwoordelijkheid van het statutair bestuur en finale goedkeuring door de directievoorzitter plaatsvond. Deze gestelde rolverdeling blijkt echter niet uit het onderzoeksdossier en is door [X] ook niet zelf met stukken onderbouwd. Integendeel: er zijn

²³ Bijvoorbeeld: [...].

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	15 van 36

omstandigheden die er juist op wijzen dat de rol van Directeur niet beperkt was tot een adviserende en besluit voorbereidende rol (zie hierboven).²⁴

41. [X] stelt nog dat “*de daadwerkelijke besluitvorming – in lijn met de statuten van [X] – toekwam aan het statutair bestuur*”. De bestuursverslagen en -notulen tonen echter duidelijk aan dat Directeur wel degelijk betrokken was bij de besluitvorming van (nagenoeg) iedere bestuursvergadering. Zie in dat verband paragraaf II.B.ii., en met name randnummer 18, van deze beslissing op bezwaar.

Daarbij verdienen de volgende citaten herhaling. Op [...] 2019: “*De directie meldt dat zij heeft besloten [Directeur] per heden als deelnemer aan de directievergaderingen toe te voegen (Besluit).*” Op [...] 2020: [...]. Uit de benoemingsbrief blijkt dat Directeur per [datum 2020] benoemd werd.

Hieruit volgt dat Directeur minstens vanaf [datum 2020] niet louter als deelnemer aanwezig was op directievergaderingen, maar wel degelijk deel uitmaakte van “de directie” waarnaar consequent verwezen wordt bij ieder genomen besluit in de daaropvolgende notulen en verslagen. De feiten staan aldus haaks op beweringen van [X] in haar Bezwaar waarmee [X] suggereert dat Directeur slechts als deelnemer bleef deelnemen aan deze vergaderingen, waaronder: [...]

Voor zover er op grond van de statuten van [X] enkel stemrecht toekwam aan de statutair bestuurders, doet dit geen afbreuk aan de feitelijke omstandigheid dat de besluiten steeds samen met Directeur genomen werden. Ook dit blijkt uit de externe communicatie van [X]: [...]

iii. Betrokkenheid bij kernactiviteiten van de onderneming

42. In randnummers 17 tot en met 20 van het Bezwaar stelt [X] dat Directeur gedurende 2020 vooral een adviserende en besluit voorbereidende rol had – en ook een coördinerende rol bij de uitvoering van de bedoelde besluiten – en dus niet het dagelijks beleid meebepaalde, met name ook wat betreft de [...].
43. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] nagenoeg geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging van de al aangehaalde elementen verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.3 van het Boetebesluit.

²⁴ In ieder geval uit de notulen van 16 september 2020 blijkt juist dat onder ‘directie’ wordt verstaan [directieleden m.i.v. Directeur]. Ook wordt in het verslag van de directievergadering van 26 mei 2020 nog consequent van ‘de directie’ gesproken, en worden door haar ook nog besluiten genomen, nadat de directievoorzitter de vergadering heeft verlaten.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	16 van 36

Daar stelde de AFM vast dat de kernactiviteiten van [X] bestaan uit het bemiddelen bij het afsluiten van [financiële producten]. De bedrijfsvoering van [X] is voor een belangrijk deel [...]. Vanuit problemen in [...] die de gehele organisatie raakten is de aansturing vanuit de top veranderd en is besloten om [...] en [...] in één nieuwe portefeuille te brengen, onder verantwoordelijkheid van Directeur.

44. [X] argumenteert nog dat de uiteindelijke besluiten met betrekking tot [...] genomen werden door het statutair bestuur van [X]. Hierboven werd dit al weerlegd: de besluiten werden genomen door de directie, waarvan Directeur deel uitmaakte. Zie hieromtrent paragraaf II.B.ii., met name randnummer 18, en randnummer 41 van deze beslissing op bezwaar.

iv. Betrokkenheid bij personeelszaken

45. In randnummers 21 tot en met 24 van het Bezwaar stelt [X] dat naar de overtuiging van [X] geen bijzonder gewicht moet worden toegekend aan het deelnemen aan discussies over personeelszaken door Directeur om tot het oordeel te komen dat Directeur het dagelijks beleid van [X] bepaalde.
46. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging van de al aangehaalde elementen verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.4 van het Boetebesluit.

Uit de verslagen van de directievergaderingen blijkt dat de directie akkoord is gegaan met het voorstel van Directeur om een overeenkomst van opdracht te verlengen. Belangrijker is dat Directeur3 zelfstandig externe capaciteit heeft ingehuurd en het contract van een medewerker heeft verlengd. Net als de andere directieleden was Directeur namelijk bevoegd om een tijdelijke arbeidsovereenkomst te verlengen mits daarvoor een goede onderbouwing was en de beslissing naderhand in de directievergadering werd medegedeeld. Deze zelfstandige beslissingsbevoegdheid kwam uitsluitend toe aan de directeuren. Directeur was zodoende bij machte om in ieder geval in bepaalde mate beslissingen te nemen over het aangaan dan wel verlengen van (arbeids)overeenkomsten. Dit valt slecht te rijmen met de stelling van [X] dat Directeur niet bevoegd zou zijn geweest [X] van rechtswege te vertegenwoordigen en dat Directeur namens [X] 'geen enkele' (onderstreping in origineel) rechtshandeling met derde partijen zou zijn aangegaan.²⁵

47. Wel verduidelijkt [X] dat zij het verlengen van tijdelijke arbeidsovereenkomsten niet ziet als het verrichten van rechtshandelingen met derden. Bestaande werknemers zouden geen "derden" zijn waardoor het verlengen van dergelijke arbeidsovereenkomsten door Directeur niet in tegenspraak zou

²⁵ Zienswijze [X], randnr. 20.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 17 van 36

zijn met de stelling van [X] dat Directeur niet bevoegd was [X] te vertegenwoordigen en Directeur geen enkele rechtshandeling met derde partijen zou zijn aangegaan.

Dit argument staat haaks op de juridische werkelijkheid. Een werknemer is juridisch een derde ten aanzien van de vennootschap.²⁶ Dat [X] daar beweerdelijk intern anders mee omging, doet daar niets aan af. De verlenging van arbeidsovereenkomsten door Directeur (het stellen van een rechtshandeling met een derde) – zelfs als Directeur daarvoor statutair (vertegenwoordigings)onbevoegd zou zijn geweest – toont aan dat de inspraak of zeggenschap van Directeur met betrekking tot het dagelijks beleid van [X] verder reikte dan de statuten of de Bevoegdheden[...] suggereren.

v. Betrokkenheid bij de koers van [X]

48. In randnummers 25 tot en met 27 van het Bezwaar stelt [X] dat de volgende omstandigheden van Directeur geen beleidsbepalende activiteiten vormen en aldus niet kunnen leiden tot de conclusie dat Directeur als dagelijks beleidsbepaler kwalificeerde: (i) Directeur kon de agenda van extra belangrijke directievergadering mede bepalen, (ii) Directeur vroeg aandacht voor [...], (iii) de beoordeling hoe om te gaan met [...] werd aan Directeur overgelaten en (iv) Directeur sprak met een consultant een [strategiedocument] door en heeft geadviseerd om dit ook met de CEO te bespreken.
49. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging van de al aangehaalde elementen verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.5 van het Boetebesluit.

Daar stelde de AFM vast dat Directeur conform [...] met [een andere directeur] een onderwerpenlijst heeft opgesteld voor de bijzondere directievergadering waarvoor organisatiebrede en strategische onderwerpen worden geagendeerd, [...]. Doordat Directeur mede de agenda kon bepalen van deze, naar de AFM begrijpt extra belangrijke, directievergaderingen, was Directeur naar het oordeel van de AFM bij machte om wezenlijke invloed op de koers van [X] uit te oefenen.

50. [X] merkt daarbij nog op dat het *“in voorkomend geval plaatsen van onderwerpen op de agenda en daar aandacht voor vragen paste binnen de hiervoor toegelichte rol van de [...] en kan niet op één lijn worden geplaatst met de besluitvorming zelf. Ook teammanagers en overige medewerkers kunnen via de directiesecretaris van [X] onderwerpen op de agenda plaatsen voor directievergaderingen.”*

²⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8707.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	18 van 36

51. De AFM reageert op dit argument als volgt. Verzoeken van bestuurders of werknemers om onderwerpen op de agenda van de raad van bestuur op te nemen, zijn te onderscheiden van het recht de agenda van de raad van bestuur te bepalen. Het bestuur bepaalt zelf de agenda van zijn vergadering.²⁷ Directeur heeft conform [...] met [andere directie] een onderwerpenlijst opgesteld voor de bijzondere directievergadering waarvoor organisatiebrede en strategische onderwerpen worden geagendeerd, zoals [...].

Directeur heeft dus niet louter verzocht onderwerpen op de agenda van de directievergaderingen te plaatsen, maar heeft dit als bestuurder (minstens samen met de overige directieleden) besloten. Ook de inrichting door Directeur van de agenda van de bestuursvergaderingen en het besluit van de directie van [X] – waarvan Directeur deel uitmaakte – zijn dus een feitelijke indicatie van de betrokkenheid van Directeur bij het bepalen van het dagelijks beleid van [X].

vi. Vertegenwoordiger van de directie binnen [X]

52. In randnummers 28 en 29 van het Bezwaar stelt [X] dat het oordeel van de AFM dat Directeur als spreekbuis van de directie van [X] en als aanspreekpunt voor diens ondergeschikten fungeerde, niet kan dragen dat de Directeur feitelijk beleidsbepalende activiteiten heeft uitgevoerd.
53. De AFM stelt vast dat deze argumenten van [X] geen nieuwe elementen bevatten ten aanzien van de Zienswijze. Voor de weerlegging van de al aangehaalde elementen verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.6 van het Boetebesluit.

Daar stelde de AFM het volgende vast. Als één van de directeuren van [X] gaf Directeur leiding aan een team bestaande uit managers die weer aan het hoofd van hun eigen teams stonden. Daarbij fungeerde Directeur als spreekbuis van de directie en aanspreekpunt voor diens ondergeschikten. Zo was het voor Directeur staande praktijk om diens team elk kwartaal mee te nemen in de stand van zaken van het bedrijf en waar men mee bezig was.²⁸ Directeur heeft ook het teammanagersoverleg een concept tijdlijn laten zien met hierin het stappenplan [...]. Hieruit blijkt dat Directeur niet alleen het aanspreekpunt op [...] -gerelateerde onderwerpen was, maar ook namens de directie over organisatiebrede onderwerpen sprak in de hoedanigheid van voorzitter van het teammanagersoverleg. Ook heeft Directeur bijvoorbeeld als voorzitter van het teammanagersoverleg van 8 oktober 2020 gezegd dat een structurele oplossing voor het [...] de aandacht van de directie heeft.²⁹

²⁷ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/204.

²⁸ Verslag TMO 8 oktober 2020_DEF.

²⁹ Verslag TMO 8 oktober 2020_DEF.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	19 van 36

Andersom hield Directeur de andere directieleden op de hoogte van hetgeen in het teammanagersoverleg werd besproken. Zo heeft Directeur het verzoek van ‘diens’ teammanagers doorgegeven dat voortaan de voltallige directie aansluit bij het teammanagersoverleg.³⁰ Ook heeft Directeur het signaal van [...] doorgegeven dat [...].³¹ Daarnaast heeft Directeur het signaal van diens teammanagers aan de directie doorgegeven dat de [...] moeite hebben met [...].³²

54. [X] stelt nog dat het hier *“enkel [gaat] over de communicatielijnen tussen het teammanagersoverleg en de directie van [X].”*

De AFM licht, in aanvulling op wat al gesteld werd in paragraaf 7.1.6 van het Boetebesluit, toe dat uit deze activiteit van Directeur blijkt dat Directeur zich wel degelijk bezighield met organisatie brede onderwerpen en daarover vervolgens – als lid van de directie – meebesliste. De stelling dat Directeur zich enkel bezighield met *“vooral een adviserende en besluit voorbereidende rol alsmede een coördinerende rol bij de uitvoering van de bedoelde besluiten”*, waarbij de bedoelde besluiten slaan op *“onder andere [...]gerelateerde onderwerpen”*, is dus onjuist.³³

vii. Vertegenwoordiger van de onderneming bij derden

55. [X] argumenteert in randnummers 30 tot en met 32 van het Bezwaar dat de AFM onterecht oordeelt dat Directeur [X] ten aanzien van derden vertegenwoordigde. [X] stelt in essentie dat Directeur bij de door de AFM in het Boetebesluit aangehaalde gelegenheden slechts toelichting gaf namens [X], of bij het verzoek om instemming van de RvC van [A] met een [...] (dewelke werd gegeven) slechts optrad op verzoek van directievoorzitter.
56. Voor de weerlegging van deze argumenten verwijst de AFM naar paragraaf 7.1.7 van het Boetebesluit.

Daar stelde de AFM onder andere vast dat Directeur – bij afwezigheid van de andere directieleden – [X] vertegenwoordigde in de vergadering van de RvC van [A] van 21 juli 2020. Hier heeft Directeur het akkoord van de RvC verkregen voor een [...]. Ook heeft Directeur – met succes – met [...] onderhandeld over het om niet ter beschikking stellen van een [...]. [...]. Tot slot heeft Directeur vanuit de directie contact gehad met de [...] van [X].

³⁰ Verslag directievergadering 28 oktober 2020.

³¹ Verslag directievergadering [...] 2020.

³² Verslag directievergadering 18 november 2020.

³³ Zie randnummer 19 van het Bezwaar.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	20 van 36

viii. Conclusie

57. Wanneer de hierboven opgesomde omstandigheden in samenhang gezien worden, blijkt duidelijk dat zonder voorafgaande melding bij en toetsing door de AFM uitvoering gegeven werd aan de (voorgenomen) benoeming als bestuurder van [X] van Directeur per [datum] 2020, waarna Directeur beleidsbepalende activiteiten ontplooid. Tegen de achtergrond van de functie waarin Directeur was benoemd (en inmiddels door de AFM is getoetst) en functioneerde, en mede gelet op het feit dat [X] (extern) had aangekondigd dat Directeur als beleidsbepaler zou worden aangemeld, concludeert de AFM dat Directeur vanaf in ieder geval [datum] 2020 het beleid van [X] feitelijk heeft bepaald.
58. Heroverweging ten aanzien van de onder deze paragraaf behandelde bezwaargronden leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. Het is noch opportuun noch evenredig om aan [X] een bestuurlijke boete op te leggen

59. Subsidiar stelt [X] in hoofdstuk 4 van het Bezwaar, onder verwijzing naar hoofdstuk 3 van de Zienswijze, zich op het standpunt dat de AFM in redelijkheid geen boete aan [X] behoort op te leggen.
60. De argumentatie van [X] in hoofdstuk 3 van de Zienswijze wordt in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit weerlegd.

Daar merkte de AFM op dat een duurzame, eerlijke en transparante financiële sector mede tot stand komt door geschikte en betrouwbare bestuurders en commissarissen. Integriteit en geschiktheid van de personen en ondernemingen die actief zijn op de financiële markten is dan ook van groot belang voor het maatschappelijk vertrouwen in deze markten en de ondernemingen die hierop actief zijn. Er mag geen twijfel bestaan over de betrouwbaarheid en geschiktheid van degenen die het beleid (mede)bepalen en personen die toezicht houden op het beleid en op de algemene gang van zaken van de onderneming. Dit is de reden waarom een bestuurder of commissaris wordt getoetst bij aantreding in een (nieuwe) beleidsbepalende functie.

Door het niet aanmelden van Directeur als dagelijks beleidsbepaler van [X], heeft de AFM niet kunnen toetsen of diens betrouwbaarheid buiten twijfel stond en of Directeur geschikt was voor de functie waarin Directeur werd benoemd. Zodoende beschikte [X] gedurende meer dan een jaar over een niet getoetste dagelijks beleidsbepaler. Dit gegeven beschouwt de AFM op zichzelf als ernstig, ook gelet op de lange duur van de overtreding. De omstandigheid dat de AFM uiteindelijk een positief oordeel heeft gegeven over de geschiktheid en betrouwbaarheid van Directeur, maakt deze ernst niet minder. Als zou zijn gebleken dat Directeur niet geschikt of betrouwbaar was, dan had dit namelijk aanleiding

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 21 van 36

kunnen geven tot het opleggen van een zwaardere boete van categorie 3, wegens overtreding van artikel 4:9, eerste lid, Wft en/of artikel 4:10, eerste lid, Wft.

De AFM merkte ook nog op dat zij de mate van verwijtbaarheid in dit geval als hoog beschouwt. De AFM heeft [X] al eerder, bij de aanstelling van een eerdere bestuurder, moeten wijzen op de aanmeldingsplicht,³⁴ zodat het belang en de reikwijdte van de verplichting bij [X] goed bekend moet worden geacht. Daar komt bij dat de AFM al in een vroeg stadium haar twijfels heeft geuit over de oorspronkelijke keuze om Directeur niet aan te melden.

61. In het Bezwaar repliceert [X] op wat de AFM stelt in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit. Hieronder zal de AFM reageren op deze replieken.

i. [X] heeft zich destijds ingespannen om een betrouwbare en geschikte kandidaat te selecteren en te benoemen en heeft alle relevante interne gremia daarbij op zorgvuldige wijze betrokken

62. In paragraaf 3.1 van de Zienswijze en randnummer 38 van het Bezwaar heeft [X] toegelicht dat zij zich destijds heeft ingespannen om een betrouwbare en geschikte kandidaat te selecteren en benoemen en dat zij alle relevante interne gremia daarbij op zorgvuldige wijze had betrokken. Volgens [X] heeft de AFM deze omstandigheden in het geheel niet in het Boetebesluit betrokken, wat maakt dat het Boetebesluit onzorgvuldig is en mank gaat aan een deugdelijke belangenafweging, en bovendien leidt tot een motiveringsgebrek.

63. Niet valt in te zien hoe het selectieproces van Directeur als [...] of die door [X] aangehaalde feitelijke omstandigheden een invloed dienen te hebben op het opportuniteitsoordeel van de AFM. Voor zover de selectieprocedure van Directeur al zorgvuldig verlopen zou zijn, zou dit naar oordeel van de AFM tot het inzicht bij [X] hadden moeten leiden dat Directeur vóór diens benoeming (uitvoeren van beleidsbepalende werkzaamheden) aangemeld zou worden bij en getoetst zou worden door de AFM.

64. Dat een selectieprocedure doorlopen werd, houdt ook niet in dat Directeur *door de AFM* als betrouwbaar en geschikt beoordeeld werd. Indien de eigen selectieprocedure van een onderneming als voldoende gezien werd om de betrouwbaarheid en geschiktheid van beleidsbepalers te beoordelen/toetsen, had de wetgever deze rol niet toebedeeld aan de toezichthouder.³⁵ Hoe dan ook, uit de argumentatie van [X] blijkt in ieder geval niet hoe de selectieprocedure zou rechtvaardigen dat de wettelijk voorgeschreven procedure niet gevolgd behoefde te worden.

³⁴ Zie gespreksnotitie van de AFM van [...] 2020, 'Uitgaand gesprek naar [A]'.

³⁵ Zie over het normdoel ook paragraaf 7.3 van het Boetebesluit.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	22 van 36

65. Tenslotte poneert [X] de stelling dat de AFM niet gereageerd heeft op dit punt. Dit is onjuist. In paragraaf 7.3 van het Boetebesluit wordt, bijvoorbeeld, behandeld dat de AFM door het achterwege blijven van een tijdige aanmelding van Directeur niet kon toetsen of diens betrouwbaarheid buiten twijfel stond en of Directeur geschikt was voor de functie waarvoor Directeur werd benoemd. Zodoende beschikte [X] gedurende meer dan een jaar over een niet getoetste dagelijks beleidsbepaler. De AFM schetst daarbij de risico's die de niet-naleving van de verplichting met zich meebrengt. Daaruit blijkt dat een eigen selectieprocedure van [X] voor de selectie van een bestuurder niet volstaat om het normdoel van de meldingsplicht overeenkomstig artikel 4:26, eerste lid, Wft te borgen.

ii. [X] is richting de AFM direct en vanaf aanvang open en transparant geweest over de aanstelling van de [...] en heeft de AFM ook gedurende het aanmeldproces continu op de hoogte gehouden

66. In paragraaf 3.2 van de Zienswijze en randnummer 38 van het Bezwaar heeft [X] toegelicht dat zij richting de AFM direct en vanaf aanvang open en transparant is geweest over de aanstelling van de [...] en dat zij de AFM ook gedurende de aanmeldingsprocedure continu op de hoogte heeft gehouden. Volgens [X] heeft de AFM deze omstandigheden in het geheel niet in het Boetebesluit betrokken, wat maakt dat het Boetebesluit onzorgvuldig is en mank gaat aan een deugdelijke belangenafweging. Bovendien zou dit leiden tot een motiveringsgebrek.

67. In randnummer 46 van het Bezwaar (en randnummers 9, 11 en 12 van de Zienswijze) stelt [X] dat door de AFM ten onrechte gesteld wordt dat de AFM in het gesprek van [...] 2020 haar twijfels uitte over de stelling van [X] dat Directeur niet bij de AFM ter goedkeuring was aangemeld, omdat Directeur geen statutair bestuurder was. Dit zou ook niet blijken uit de gespreksnotitie van de AFM van dat gesprek. Uit een gespreksnotitie van [X] zou blijken dat de AFM tijdens het gesprek met [X] er juist niet op heeft gewezen dat er (mogelijk toch) een aanmeldplicht gold ondanks dat geen sprake was van een statutaire functie. Nu [X] geen kopie van deze gespreksnotitie heeft overgelegd, kan de AFM de juistheid van deze notitie van [X] niet verifiëren.

Hoe dan ook blijkt uit de gespreksnotitie van de AFM van [...] 2020 – dus vijf dagen na het gesprek op [...] 2020 – dat de AFM wel degelijk haar twijfels heeft geuit:

“Naar aanleiding van het regulier overleg AFM [X] op [...] 2020 heb ik [Compliance officer [X]]1 teruggebeld. Tijdens het gesprek is aangekondigd dat [Directeur] is aangesteld als directeur bij [X]. Desgewenst liet de huidige directie weten dat [Directeur] in deze functie niet getoetst hoefde te worden door de AFM op betrouwbaarheid en geschiktheid omdat [Directeur] geen statutair bestuurder was. Navraag op kantoor maakt dat AT zich afvraagt of dat een juiste beslissing is.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 23 van 36

[Compliance officer [X]1] geeft aan dat hij naar aanleiding van onze vragen zelf ook al is gaan twijfelen en dat ze compliance van [A] hebben gevraagd om haar mening. Deze is van mening dat [Directeur] wel getoetst had moeten worden.

Kortom: waarschijnlijk krijgen we binnenkort de aanmelding van [Directeur] binnen. [Directeur] is al gestart in diens nieuwe functie. Ik heb aangegeven dat dit onwettig is en dat onze experts toetsingen hier ongetwijfeld nog bij [X] op terug zullen komen.

Mocht [X] toch van mening blijven dat het geen toetsbare functie betreft heb ik gevraagd om een verklaring daarvoor op papier.”³⁶

Vervolgens meldde de AFM op [...] 2020 in een gesprek met de compliance officer van [A] dat [X] hiermee in overtreding is van de aanmeldplicht van beleidsbepalers, zo blijkt uit de gespreksnotitie van de AFM: *“Ik heb aangegeven dat de AFM het eveneens betreurt dat [Directeur] niet tijdig is aangemeld. [Compliance officer [X]1] heeft mij bevestigd dat [Directeur] al in functie is getreden, ik heb aangegeven dat dit een overtreding is waar de AFM zich over zal beraden.”³⁷*

Gelet op het minimale tijdsverloop tussen deze twee gesprekken kan niet in redelijkheid ontkend worden dat de AFM zeer spoedig na de melding van de benoeming van Directeur haar twijfels uitte over het achterwege blijven van de aanmelding met het oog op de toetsing, en een week later meldde dat [X] in overtreding was door het achterwege blijven van voornoemde aanmelding.

68. In randnummer 49 van het Bezwaar noemt [X] dat toen [X] *“zich bij nader inzien realiseerde dat ook een niet-statutair directeur als dagelijks beleidsbepaler van een instelling kan kwalificeren, heeft zij de voorbereidingswerkzaamheden onmiddellijk opgestart om de [...] als dagelijks beleidsbepaler van [X] aan te melden bij de AFM.”*

Op dat moment mocht dit echter niet meer baten: artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo vereist dat [X] geen uitvoering gaf aan het voornemen, bedoeld in het eerste lid van artikel 103 BGfo, voordat de AFM heeft vastgesteld dat de betrouwbaarheid van de betrokken persoon buiten twijfel staat en deze persoon geschikt is. In het huidige feitencomplex heeft deze voorafgaande goedkeuring niet plaats kunnen hebben, wat een risico inhoudt dat een onbetrouwbare en/of ongeschikte persoon het beleid van [X] meebepaalde (zie hierover paragraaf V.B.iv hieronder).

³⁶ Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [X]. Zie ook paragraaf 7.3 van het Boetebesluit en daar aangehaalde stukken.

³⁷ Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [A].

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 24 van 36

69. Ook om diezelfde reden is het irrelevant dat [X] de AFM op de hoogte hield van het proces met het oog op de uiteindelijke aanmelding.
70. Tenslotte poneert [X] dat de AFM niet gereageerd heeft op dit punt. Dit is onjuist. In paragraaf 7.3 van het Boetebesluit wordt, bijvoorbeeld, behandeld dat: “[X] kan in dat kader worden meegegeven dat uit de gespreksnotitie van [...] 2020 niet onomstotelijk volgt dat de AFM reeds op dat moment haar twijfels kenbaar had gemaakt. Uit de gespreksnotitie van [...] 2020 volgt echter dat de compliance officer van [X] in de door de AFM gestelde vragen voldoende aanleiding had gezien om zich te beraden over de kwalificatie van Directeur als beleidsbepaler. Ook heeft de AFM er op dat moment op gewezen dat het uitoefenen van de nieuwe functie zonder voorafgaande aanmelding en goedkeuring onwettig was. Kortom: uiterlijk op [...] 2020 en vermoedelijk al daarvoor was het [X] – minstens – bekend dat er reden bestond om te twijfelen over de keuze om Directeur niet aan te melden. Van een professionele marktpartij als [X] mag worden verwacht dat zij in dit kader door de AFM geuite zorgen uitermate serieus neemt. Desondanks heeft het nog bijna een jaar geduurd voordat die aanmelding plaatsvond. Gedurende de gehele periode heeft Directeur diens functie uitgeoefend.”

iii. De AFM dient het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen

71. In randnummer 39 van het Bezwaar stelt [X] dat nergens uit het Boetebesluit blijkt dat de AFM zich rekenschap heeft gegeven van de evenredigheidsuitspraak van de Grote Kamer van de Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State.³⁸ Volgens [X] bevestigt de uitspraak dat de AFM ook bij boeteoplegging het evenredigheidsbeginsel in acht moet nemen en daarbij ook nadrukkelijk acht moet slaan op de belangen van [X] en diens beleidsbepalers. Zo dient de AFM er zich in ieder geval rekenschap van te geven dat boeteoplegging, gelet op de opvatting van de AFM dat dat gepaard moet gaan met publicatie, naast financieel nadeel vermoedelijk zal leiden tot reputatieschade voor [X] en bovendien zal resulteren in een serieus nieuw antecedent voor de (destijds in functie zijnde) beleidsbepalers van [X]. In het Boetebesluit blijft deze belangenafweging volgens [X] achterwege, hetgeen betekent dat het Boetebesluit ook om deze reden niet in stand kan blijven. Met hetgeen de AFM in het kader van de opportuniteit wél naar voren brengt, kan [X] zich niet verenigen. Die stellingnames licht [X] toe in randnummers 42 e.v. van het Bezwaar, en deze worden hieronder vanaf paragraaf B.iv behandeld.
72. In het Boetebesluit wordt niet ingegaan op de in randnummer 39 van het Bezwaar aangehaalde belangen, met name dat deze boete een toezichtantecedent zal vormen van de beleidsbepalers van

³⁸ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 25 van 36

[X] en voor reputatieschade zal zorgen voor [X] en diens beleidsbepalers. De AFM merkt op dat [X] deze belangen niet aandroeg in haar Zienswijze en voor het eerst oppert in haar Bezwaar.

73. De AFM dient in het geval van boeteoplegging na te gaan of boeteoplegging, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het door de wetgever beoogde doel.
74. De eventuele reputatieschade van [X] en haar beleidsbepalers volgt niet uit de boeteoplegging, maar uit de publicatie van het Boetebesluit. Dat is dan ook geen rechtstreeks bij het Boetebesluit betrokken belang. Rechtstreeks belanghebbenden bij het publicatiebesluit kunnen een zienswijze indienen met betrekking tot het voorgenomen besluit of bezwaar maken tegen het genomen publicatiebesluit. De AFM zal over de publicatie een besluit nemen wanneer het Boetebesluit onherroepelijk is geworden, zoals uiteengezet in paragraaf 8.4 van het Boetebesluit.

Hoe dan ook heeft de boete, als punitieve maatregel, ook een afschrikwekkende functie. De publicatie van het Boetebesluit en de daarmee eventueel gepaard gaande reputatieschade is daarvan een onoverkomelijk gevolg.

75. Ditzelfde geldt voor het feit dat de boeteoplegging een toezichtantecedent voor de beleidsbepalers van [X] oplevert. In voetnoot 65 van het Boetebesluit wordt het volgende hierover uiteengezet: *“Dat deze boete een toezichtantecedent vormt, brengt op dit moment geen rechtsgevolgen met zich mee voor eerdergenoemde personen. In de toekomst kan de AFM deze boete meewegen in haar besluitvorming over een eventuele toetsing van de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van deze personen. Voor meer informatie over personentoetsingen wordt verwezen naar de AFM-website: [Toetsing bestuurders en commissarissen | Onderwerpinformatie van de AFM | AFM Professionals.](#)”*
76. Pas wanneer het toezichtantecedent doorwerkt in een besluit van de AFM over de geschiktheid of betrouwbaarheid van de betreffende beleidsbepaler, ressorteert het toezichtantecedent rechtsgevolgen. Enkel op dat moment kan er sprake zijn van een rechtstreeks belang met betrekking tot het toezichtantecedent vanwege de boeteoplegging. De betreffende belanghebbende bij dat besluit kan in dat geval bezwaar aantekenen tegen dat besluit van de AFM.

Hoe dan ook, het feit dat de boeteoplegging een toezichtantecedent tot gevolg heeft, heeft tot doel ervoor te zorgen dat enkel integere en geschikte personen beleidsbepalende functies binnen een financiële onderneming kunnen uitoefenen. Dit past binnen een groter doel om een duurzame, eerlijke en transparante financiële sector te realiseren.³⁹ Vanuit die optiek is boeteoplegging – die een

³⁹ Zie over deze doelen paragraaf 7.3 van het Boetebesluit.

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	26 van 36

toezichtantecedent tot gevolg heeft – in ieder geval niet onevenredig. Daarbij merkt de AFM nog op dat ook andere maatregelen dan de boete een toezichtantecedent tot gevolg zouden kunnen hebben.

77. In aanvulling op het bovenstaande wijst de AFM op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 10 mei 2023⁴⁰. In deze zaak was eveneens sprake van een te late aanmelding (doch de termijn van overschrijding was aanzienlijk korter dan in huidig dossier) en onderschrijft de rechtbank de ernst van een termijnoverschrijding:

“6.10 De door eiseres aangevoerde reputatiegerelateerde gevolgen en het verkrijgen van een toezichtantecedent is inherent aan het opleggen van een boete en staan boeteoplegging niet in de weg. De rechtbank verwijst hiervoor ook naar de uitspraak van het CbB van 2 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:101.”

In deze zaak wordt overigens ook bevestigd dat eventuele reputatieschade pas een element ter overweging is bij een later publicatiebesluit:

“9.3 In de door eiseres genoemde nadelige gevolgen ziet de rechtbank geen reden om de boete nog verder te verlagen. De door eiseres genoemde reputatieschade voor haar en haar bestuurders, spelen bij het bestreden besluit namelijk geen rol. Dit kan bij de publicatie van het boetebesluit wel een rol spelen, maar daarover volgt, zo heeft DNB in beroep nog bevestigd, op een later moment mogelijk besluitvorming. Voor zover eiseres terecht aanvoert dat DNB standaard tot publicatie van een boetebesluit overgaat, leidt dat niet tot een andere conclusie. Ook dan volgt er nog een besluit waartegen eiseres apart in rechte op kan komen.”

iv. AFM heeft betrouwbaarheid en geschiktheid niet kunnen toetsen; ernstige overtreding

78. De AFM stelt zich in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit op het standpunt dat door het niet aanmelden van de [...] als dagelijks beleidsbepaler van [X] de AFM diens betrouwbaarheid en geschiktheid niet heeft kunnen toetsen. Zodoende beschikte [X] gedurende meer dan een jaar over een niet getoetste dagelijks beleidsbepaler. Dit gegeven beschouwt de AFM op zichzelf als ernstig, ook gelet op de lange duur van de overtreding.

⁴⁰ Rb. Rotterdam 10 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3933.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 27 van 36

79. In randnummers 42 en 43 van het Bezwaar stelt [X] dat de AFM Directeur uiteindelijk betrouwbaar en geschikt heeft bevonden, waardoor de belangen die de aanmeldplicht beoogt te beschermen niet in het gedrang konden komen, ondanks de ontijdige aanmelding.
80. In paragraaf 7.3 van het Boetebesluit wordt dit argument van [X] al weerlegd. Dit werd ook al uiteengezet in randnummer 0 van deze beslissing op bezwaar.
81. Een punitieve maatregel heeft als één van de hoofddoelen om een afschrikwekkend effect te ressorteren.

Om [X] en andere marktpartijen af te schrikken de aanmeldplicht niet na te leven – en zo te voorkomen dat ongeschikte of niet integere beleidsbepalers aan het roer van een financiële onderneming staan – is een boete dus wel degelijk opportuun.

82. In aanvulling op het bovenstaande wijst de AFM op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 10 mei 2023⁴¹. In deze zaak was eveneens sprake van een laattijdige aanmelding (doch de termijn van overschrijding was aanzienlijk korter dan in huidig dossier) en onderschrijft de rechtbank de ernst van een termijnoverschrijding:

“6.6 Dat de overtreding slechts korte tijd heeft geduurd, is geen reden om van boeteoplegging af te zien. Het betreft hier een fatale termijn, waarbij de termijn is overschreden zelfs als een rapportage maar één dag te laat is ingediend.

Deze rapportage heeft DNB nodig om haar toezichtstaak effectief en efficiënt uit te voeren. Anders dan eiseres aanvoert is hiervoor niet van belang of door het te laat indienen van de rapportage het toezicht ook feitelijk in geding is geweest, of anderen of de financiële markten daardoor daadwerkelijk zijn benadeeld, of zij daarvan voordeel heeft genoten of dat er geen onomkeerbare gevolgen zijn. De kans op het in geding raken van het toezicht of op nadelige gevolgen voor anderen, is al voldoende.

Daar komt bij dat als DNB instellingen herhaaldelijk op de termijnen moet wijzen, dit op zich al tot meer toezichtkosten en tot minder capaciteit voor andere toezichtstaken leidt.

De rechtbank verwijst hiervoor ook naar haar uitspraak van 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2430 en naar de eerdergenoemde uitspraak van het CBb van 25 januari 2017.”

⁴¹ Rb. Rotterdam 10 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3933.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 28 van 36

v. AFM heeft [X] in eerder dossier gewezen op aanmeldplicht en in onderhavig dossier al in vroeg stadium twijfels geuit; hoge verwijtbaarheid

83. De AFM stelt zich in het Boetebesluit op het standpunt dat zij [X] al eerder, namelijk bij de aanstelling van een eerdere bestuurder van [X], moest wijzen op de aanmeldplicht, zodat het belang en de reikwijdte van de verplichting bij [X] goed bekend moet worden geacht. Daar komt bij dat de AFM al in een vroeg stadium haar twijfels heeft geuit over de keuze van [X] om Directeur niet aan te melden. De AFM beschouwt de mate van verwijtbaarheid van [X] daarom als hoog.
84. [X] betwist in randnummers 44 tot en met 49 van het Bezwaar dat de AFM [X] al in een vroeg stadium wees op de aanmeldplicht voor Directeur en haar twijfels uitte over het achterwege laten van de aanmelding van Directeur.
85. Dit argument wordt in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit al weerlegd. Dit punt wordt door de AFM verder weerlegd in randnummers 66 tot en met 70 van deze beslissing op bezwaar.

vi. Maatregelen [X] hebben niet tot gevolg gehad dat Directeur niet als beleidsbepaler functioneerde

86. In randnummers 50 en 51 betoogt [X] dat zij bepaalde maatregelen trof om de bevoegdheden van Directeur in te perken. Volgens haar doet dit af aan de verwijtbaarheid. [X] betoogt dat het onbegrijpelijk is dat de toegelichte omstandigheden slechts “enigszins” afdoen aan de verwijtbaarheid, zoals de AFM in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit vaststelde.
87. De AFM weerlegde de argumentatie van [X] al in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit. [X] reikt geen nieuwe argumenten aan ten opzichte van die in haar Zienswijze. [X] stelt enkel dat dit oordeel van de AFM “onbegrijpelijk” is. De AFM herhaalt echter dat de door [X] aangedragen omstandigheden niet voorkomen hebben dat Directeur feitelijk als beleidsbepaler optrad, zoals ook al bleek in paragrafen II.B en V.

vii. AFM kent geen gewicht toe aan verwarring over juiste wijze van aanmelding of het tijdstip vanaf wanneer wel duidelijkheid zou hebben bestaan (4 juli 2020)

88. De AFM stelt zich in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit op het standpunt dat de AFM geen gewicht toekent aan de stelling van [X] dat de verlate aanmelding (deels) te wijten zou zijn aan de verwarring die door toedoen van de AFM over de juiste wijze van aanmelding zou zijn ontstaan. Voor zover hierover verwarring bestond, had [X] alle gelegenheid om hierover bij de AFM om duidelijkheid te

Datum	25 juli 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	29 van 36

vragen, en noch uit het dossier, noch uit de Zienswijze blijkt dat zij dit heeft gedaan. In het Boetebesluit werd hierover ook nog overwogen dat wel blijkt dat [A] heeft besloten om de aanmelding van andere personen te prioriteren, hetgeen de AFM ter kennisgeving heeft aangenomen. Dat – zoals de AFM in het Onderzoeksrapport heeft opgemerkt – (als gevolg van de andere aanmelding) uiterlijk vanaf 4 juni 2020 duidelijkheid over de aanmeldingsprocedure bestond, maakt niet dat [X] tot dat moment in mindere mate verplicht was om te waarborgen dat haar beleid niet door een niet-aangemelde persoon werd (mede) bepaald. De omstandigheid dat de aanmelding vervolgens nog een halfjaar op zich heeft laten wachten, getuigt van een afwachtende houding die de AFM [X] extra aanrekent.

89. In randnummers 52 tot en met 54 van het Bezwaar kaart [X] deze vaststelling van de AFM aan, maar draagt zij geen nieuwe argumenten aan waarom het oordeel van de AFM onjuist zou zijn. [X] stelt enkel dat het onbegrijpelijk is dat de AFM geen enkel gewicht toekende aan deze omstandigheid bij de beoordeling van de ernst/duur en verwijtbaarheid. De AFM herhaalt dat [X], ook wanneer een aanmeldprocedure onduidelijk zou zijn geweest, een niet-getoetste persoon het beleid van [X] niet mocht laten (mede) bepalen.
90. De AFM voegt hieraan toe dat uit de gespreksnotitie van [...] 2020 blijkt dat [X] pas na de uiting van twijfels door de AFM over de niet-aanmelding van Directeur begon te twijfelen of Directeur aangemeld moest worden of niet. Tijdens het gesprek benoemde de compliance officer van [X] dat Directeur al gestart was in diens nieuwe functie, waarop de AFM opmerkte dat dit onwettig is. De AFM vroeg [X] om een schriftelijke verklaring, indien zij toch van mening zou blijven dat de functie van Directeur geen toetsbare functie is.⁴²

Hieruit blijkt dat de niet-aanmelding primair niet gebeurde omdat [X] simpelweg niet wist – of minstens erover twijfelde – of Directeur aangemeld moest worden. De niet-aanmelding kwam dus ook niet (primair) door vermeende verwarring over de aanmeldprocedure.

viii. Conclusie

91. Heroverweging ten aanzien van de onder deze paragraaf behandelde bezwaargronden leidt dus niet tot een ander oordeel.

C. De AFM past de verkeerde boetecategorie toe

⁴² Zie document [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [X].

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 30 van 36

92. [X] stelt subsidiair in randnummers 59 tot en met 71 van het Bezwaar dat de AFM de onjuiste boetecategorie, te weten boetecategorie 2, toepast. [X] stelt dat de AFM ten onrechte de boetecategorie (2) verbonden aan overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft toepast in plaats van de boetecategorie (1) verbonden aan – de volgens [X] in dit dossier centraal staande bepaling – artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo.
93. Artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft juncto artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**) bepalen voor de in dit dossier relevante overtredingen de volgende boetecategorieën:
- artikel 4:26, eerste lid, Wft: boetecategorie: 2;
 - artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo: boetecategorie: 1.
94. [X] argumenteert dat de boetecategorie 2 verbonden aan overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft niet toegepast mocht worden door de AFM. Dit zou zijn omdat de wetgever aan de, op grond van artikel 4:26, achtste lid, Wft uitgewerkte, bepalingen een specifieke boetecategorie gekoppeld heeft. In huidige geval is dat een andere boetecategorie dan deze verbonden aan artikel 4:26, eerste lid, Wft. [X] stelt dat het de AFM niet vrijstaat te kiezen tussen deze boetecategorieën, onder andere omdat het BGfo-artikel bepaalt dat géén uitvoering gegeven mag worden aan de benoeming van de dagelijks beleidsbepaler alvorens de vereiste goedkeuring is verkregen en artikel 4:26, eerste lid, Wft enkel een meldplicht voorschrijft.

Onder andere om die reden zou geen waarde toekomen aan de CBB-uitspraak waarin geoordeeld werd dat: *“Het College is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat [naam 1] artikel 51a BGfo en daarmee ook artikel 4:19, tweede lid, Wft heeft overtreden. Omdat artikel 27 van de MiFID-uitvoeringsrichtlijn een nadere uitwerking vormt van artikel 19 van de MiFID-richtlijn, moet artikel 51a BGfo, als implementatie van artikel 27 van de MiFID-uitvoeringsrichtlijn, worden beschouwd als een nadere uitwerking van artikel 4:19, tweede lid, Wft, dat een implementatie is van artikel 19 van de MiFID-richtlijn. Dit betekent dat AFM bevoegd was om [naam 1] een boete op te leggen, dat AFM het boetebesluit mocht baseren op de overtreding van artikel 4:19, tweede lid, Wft en dat AFM voor de nadere invulling van die norm mocht verwijzen naar artikel 51a BGfo. De norm is daarmee voldoende duidelijk. De eerste grief van [naam 1] faalt.”*⁴³

95. Verder stelt [X] dat zij haar zienswijze bevestigd ziet in het voorgestelde Wijzigingsbesluit financiële markten 2022 van de Minister van Financiën van 20 oktober 2022 (het **Wijzigingsbesluit 2022**) omdat daarmee de boetecategorie voor overtreding van artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo “gelijkgetrokken” wordt naar boetecategorie 2. Volgens [X] kan dit enkel betekenen dat de minister

⁴³ CBB 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456, r.o. 3.5, zie ook r.o. 3.4-3.6.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 31 van 36

voor deze wijziging wenste dat een andere boetehoogte van toepassing was op overtredingen van de genoemde BGfo-bepaling dan voor overtreding van de genoemde Wft-bepaling.

De AFM volgt deze redenering niet. Het enige wat in het Wijzigingsbesluit 2022 gesteld wordt met betrekking tot de reden voor wijziging van deze categorie is: *“Met deze wijzigingen wordt de boetecategorie voor bedoelde overtredingen gelijk gemaakt op categorie 2. Hiermee wordt meer consistentie gebracht in de categorieën, hetgeen leidt tot effectiever toezicht op de naleving van de wettelijke hoofdnormen van geschiktheid en betrouwbaarheid.”*⁴⁴

De AFM stelt echter vast dat de verweten gedraging in belangrijke mate ziet op overtreding van artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo. Het Boetebesluit vermeldt als juridische grondslag artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo. De norm in het tweede lid van artikel 103 BGfo verschilt qua strekking (inderdaad) van die genoemd in artikel 4:26, eerste lid, Wft. Gelet op het bovenstaande ziet de AFM aanleiding om aan te sluiten bij de aan artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo gekoppelde boetecategorie 1⁴⁵, ten bedrage van EUR 10.000,--.

96. Heroverweging ten aanzien van de onder deze paragraaf behandelde bezwaargrond leidt dus tot een ander oordeel: de opgelegde boete wordt omgezet naar een boete van categorie 1, ten bedrage van EUR 10.000,-- en het Boetebesluit wordt in die zin herroepen.
97. Gelet op het voorgaande behoeven de andere door [X] in het kader van deze bezwaargrond aangedragen argumenten geen behandeling.

D. De AFM geeft de onjuiste kwalificatie aan de ernst/duur en verwijtbaarheid bij de vaststelling van de boetehoogte

98. In randnummers 74 tot en met 80 van het Bezwaar argumenteert [X] dat de AFM een onjuiste kwalificatie geeft aan de ernst en duur van de overtreding bij de vaststelling van de boetehoogte, alsook onvoldoende rekening houdt met bepaalde elementen bij de beoordeling van de passendheid van de boete.
99. Hieronder zal de AFM reageren op de argumenten van [X] met betrekking tot de duur/ernst van de overtreding (artikel 1b, eerste lid, onderdelen a tot en met d, Bbbfs) respectievelijk tot de verwijtbaarheid van de overtreding (artikel 1b, eerste lid, onderdelen e tot en met h, Bbbfs).

⁴⁴ Staatsblad 2023, 23.

⁴⁵ Voor overtredingen van artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo geldt vanaf 1 juli 2023 ingevolge het Wijzigingsbesluit 2022 boetecategorie 2.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 32 van 36

i. Ernst en duur of verwijtbaarheid (artikel 1b, eerste lid, onderdeel a, Bbbfs resp. artikel 2 Bbbfs)

100. In randnummer 75 van het Bezwaar en 43 van de Zienswijze reikt [X] een aantal argumenten aan die voor een verlaagde ernst en duur van de overtreding zouden pleiten.

101. Ten eerste stelt [X] dat de rol en verantwoordelijkheden (bevoegdheden) van Directeur beperkt waren ten opzichte van de andere directieleden.

Dit argument werd hierboven al weerlegd (zie bv. randnummer 28 en paragrafen VI.A.i en VI.A.ii van deze beslissing op bezwaar). Dit feitelijk argument werd ook weerlegd in paragraaf 7.1.2 van het Boetebesluit, waardoor van een motiveringsgebrek in het Boetebesluit geen sprake is (zoals [X] stelt in randnummer 76 van het Bezwaar).

102. Ten tweede stelt [X] dat de periode van overtreding door de AFM te lang ingeschaald wordt omdat pas vanaf begin juni 2020 duidelijkheid bestond over de aanmeldprocedure.

Het feitelijk aspect van dit argument – met name dat de te late aanmelding kwam doordat er verwarring bestond over de aanmeldprocedure – werd hierboven al weerlegd (zie paragraaf VI.B.vii). Dit feitelijk aspect van het argument werd ook weerlegd in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit, waardoor van een motiveringsgebrek in het Boetebesluit geen sprake is (zoals [X] stelt in randnummer 76 van het Bezwaar).

De AFM stelt echter vast dat Directeur op [datum] 2020 benoemd werd tot een functie waarbij het beleid van [X] (mede) bepaalde en dat op die datum uitvoering gegeven werd aan die benoeming. De periode van overtreding zoals vastgesteld in het Boetebesluit wordt aldus herroepen in die zin dat het tijdstip van overtreding vastgesteld wordt op [datum] 2020.

Gelet op het feit dat het Boetebesluit al herroepen is voor wat betreft de toegepaste boetecategorie (van categorie 2 naar 1) en hiermee de boetehoogte eveneens herroepen en opnieuw wordt vastgesteld (van 375.000,-- naar 10.000,--) – en [X] dit bedrag kan dragen (zie randnummers 108 tot en met 110 hieronder) – bestaat er geen aanleiding om op grond hiervan het boetebedrag te verlagen.

103. Ten derde stelt [X] dat Directeur zorgvuldig gekozen werd, voor wat betreft diens deskundigheid. Hierdoor zou er geen risico geweest zijn dat een niet-kundige of onbetrouwbare persoon het beleid van [X] bepaalde. Dit zou ook blijken uit het positieve oordeel van de AFM over de deskundigheid en betrouwbaarheid van Directeur.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 33 van 36

Dit argument is hierboven al weerlegd (zie randnummer 62 e.v. en randnummer 78 e.v. van deze beslissing op bezwaar). Dit feitelijk argument is ook weerlegd in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit, waardoor van een motiveringsgebrek in het Boetebesluit geen sprake is (zoals [X] stelt in randnummer 76 van het Bezwaar).

104. Ten slotte stelt [X] dat de AFM gedurende een periode van bijna een jaar geen enkele prioriteit gaf aan handhaving van de in het geding zijnde bepalingen, ondanks dat de niet-aanmelding meermaals werd besproken.

In paragraaf 7.3 van het Boetebesluit werd dit argument al weerlegd. Daar oordeelde de AFM dat het de verantwoordelijkheid van [X] is om zich aan de geldende wet- en regelgeving te houden. Zeker wanneer de AFM over de niet-aanmelding al twijfels heeft geuit, mag van [X] worden verwacht dat zij zich er zelf van vergewist dat zij geen overtreding begaat, en is het beslist niet aangewezen om hierin de aansporing van de AFM af te wachten. Meer specifiek miskent [X] dat de AFM weliswaar op de hoogte was van de benoeming van Directeur, maar daarmee niet van de overtreding die aan dit besluit ten grondslag ligt. [X] had immers gesteld dat de werkzaamheden van Directeur op zo'n manier zouden worden beperkt dat Directeur niet het dagelijks beleid zou bepalen.⁴⁶ Het treffen van herstelmaatregelen was zodoende, uitgaande van de door [X] verstrekte informatie, niet aan de orde.

De AFM kan zich verder niet vinden in deze redenering omdat de AFM pas op [...] 2020 de aanmelding van Directeur als dagelijks beleidsbepaler ontving. Daarvoor heeft de AFM uiteenlopende signalen ontvangen van [X] over of Directeur al dan niet als beleidsbepaler aangemeld moest worden. Op [...] 2020 werd aan de AFM medegedeeld dat Directeur aangemeld zou worden. Daarna heeft de AFM nog geïnformeerd naar de status van deze aanmelding. Na de aanmelding heeft de AFM besloten te onderzoeken of Directeur vóór de aanmelding al beleidsbepalende activiteiten ontplooiden. In de context van de feitelijkheden is het dan ook niet vreemd dat de AFM op dat moment overging tot diepgaander onderzoek.

Voorts is het aan de AFM om te bepalen hoe en wanneer zij haar beperkte capaciteit inzet.

105. Ten slotte merkt de AFM op dat artikel 2 Bbbfs niet van toepassing is op boetes van categorie 1, waardoor een verhoging of verlaging op grond van de ernst en duur van de overtreding overeenkomstig dat artikel niet (meer) aan de orde is. In diezelfde zin bestaat er ook geen aanleiding om de

⁴⁶ [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [A].

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 34 van 36

boetehoogte te verlagen op grond van de artikelen 3:4 en 5:46 Awb (zie daarover ook paragraaf VI.B hierboven).

ii. Voordeel overtreder, verliezen derden, gevolgen voor financieel stelsel, verwijtbaarheid, eerdere overtredingen, mate van medewerking en genomen maatregelen ter voorkoming van herhaling van overtreding

106. In randnummer 75 van het Bezwaar en 43 van de Zienswijze stelt [X] dat:

- a. er geen sprake is van een behaald voordeel voor [X] door de overtreding;
- b. derden hebben geen verliezen geleden door de overtreding;
- c. er is geen schade aangebracht aan het (vertrouwen in het) financieel stelsel;
- d. er zijn verschillende elementen die pleiten voor een verminderde verwijtbaarheid in hoofde van [X] ([X] was transparant jegens de AFM; zij heeft de aanmeldprocedure onmiddellijk in gang gezet toen zij zich realiseerde dat Directeur aangemeld moest worden; de bevoegdheden van Directeur werden ingeperkt);
- e. er zijn geen eerdere of latere, gelijkaardige overtredingen begaan door [X] bij het aanmelden van beleidsbepalers;
- f. [X] werkte volledig en transparant mee aan het onderzoek van de AFM;
- g. [X] trof maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen (evaluatie beleid en gewaarwording; de compliance functie werd versterkt; betrekken van externe adviseurs bij toetsing van gerelateerde onderwerpen).

107. De AFM is van oordeel dat deze elementen niet afdoen aan de ernst van de overtreding. Waarom de AFM de overtreding ernstig acht, werd al uiteengezet in paragraaf 7.3 van het Boetebesluit en randnummer 0 van deze beslissing op bezwaar. De AFM wijst aanvullend op de hierboven geciteerde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 10 mei 2023⁴⁷.

iii. Objectieve draagkracht [X]

108. In paragraaf 8.2.6 van het Boetebesluit heeft de AFM de draagkracht van [X] reeds beoordeeld en kwam zij tot de conclusie dat [X] moet worden geacht een boete van EUR 375.000,-- euro te kunnen dragen, na toepassing van een verlaging van het boetebedrag op grond van de objectieve draagkracht van [X].

⁴⁷ Rb. Rotterdam 10 mei 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3933.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 35 van 36

109. Uit het boetetoemingsbeleid 2015 volgt dat er op basis van draagkracht geen boeteverlaging plaatsvindt voor boetes van categorie 1. Niet is gebleken dat [X] dit bedrag niet kan dragen.

110. Vanuit die optiek is er geen aanleiding om het basisbedrag van de boete van categorie 1, te weten EUR 10.000,-- te verlagen.

VII. Besluit

111. De AFM heeft besloten het Boetebesluit te herroepen in die zin dat boetecategorie 1 wordt toegepast en het boetebedrag wordt aangepast naar een bedrag van EUR 10.000,--, en dat de periode van overtreding herroepen wordt in de zin dat het tijdstip van overtreding vastgesteld wordt op [datum] 2020.

112. De AFM heeft besloten het Boetebesluit voor het overige in stand te laten. De motivering van het Boetebesluit wordt aangepast en aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

113. Het voorgaande leidt ertoe dat er aanleiding bestaat om over te gaan tot het toekennen van de in het bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb. Derhalve kent de AFM aan [X] voor de kosten die [X] in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken een vergoeding van EUR [...] toe.⁴⁸

VIII. Rechtsgangverwijzing

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

IX. Publicatie

Op grond van de Wft moet de AFM Boetebesluit openbaar maken, nadat het besluit onherroepelijk is geworden. Ook moet de AFM dan de uitkomst van deze beslissing op bezwaar bekend maken en indien van toepassing de uitkomst van het beroep en hoger beroep. De AFM zal daarbij afwegen of er sprake is van

⁴⁸ Artikel 7:15, tweede lid, Awb in samenhang met artikel 1 en 2 van het Besluit proceskosten bestuursrecht en de bijlage hierbij.

Datum 25 juli 2023
Ons kenmerk [...]
Pagina 36 van 36

bijzondere omstandigheden waardoor er aanleiding is om anoniem te publiceren of om de publicatie uit te stellen. Als het besluit onherroepelijk is geworden, zal [X] hierover in een aparte brief worden geïnformeerd en wordt [X] in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze te geven.

Bijlagen:

1. Verslag m.b.t. de hoorzitting van 3 juli 2023.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Bestuurslid
Bestuur

[was getekend]
Bestuurslid
Bestuur