

Openbare versie

[X]

[...]

[...]

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 23
Telefoon	[...]
E-mail	[...]
Betreft	Besluit tot boeteoplegging

Geacht bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten aan [X] (**[X]**) een bestuurlijke boete van € 375.000 op te leggen 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.

1 Samenvatting

[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.

Inhoudsopgave

1	Samenvatting	1
2	Betrokken (rechts)personen	4
3	Verloop van het onderzoek en boeteproces	5
4	Wettelijk kader.....	6
5	Feiten	8
	5.1 Benoeming van Directeur	8
	5.2 Bevoegdheden[...]	9
	5.3 Verslagen van directievergaderingen	9
	5.4 Actielijsten.....	10
	5.5 Feiten blijkend uit overige documenten	10
6	Zienswijze [X]	10
	6.1 Geen overtreding	11
	6.2 Beboeting strijdig met het evenredigheids- en opportuniteitsbeginsel.....	11
	6.3 Boetehoogte.....	12
7	Beoordeling.....	13
	7.1 Directeur bepaalde het beleid van [X]	13
	7.1.1 Formele rol van Directeur en externe presentatie	13
	7.1.2 Gelijkwaardigheid aan andere dagelijks beleidsbepalers	14
	7.1.3 Betrokkenheid bij kernactiviteiten van de onderneming	15
	7.1.4 Betrokkenheid bij personeelszaken	15
	7.1.5 Betrokkenheid bij de koers van [X]	16
	7.1.6 Vertegenwoordiger van de directie binnen [X].....	16
	7.1.7 Vertegenwoordiger van de onderneming bij derden	17
	7.1.8 Conclusie: Directeur bepaalde het beleid van [X].....	17
	7.2 Vaststelling van de overtreding	18
	7.3 Opportuniteit boeteoplegging	18

Datum 21 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 3 van 23

8	Besluit.....	20
8.1	Besluit tot boeteoplegging.....	20
8.2	Hoogte van de boete.....	20
8.2.1	Wettelijk systeem: basisbedrag van € 500.000.....	21
8.2.2	Ernst en/of duur van de overtreding.....	21
8.2.3	Mate van verwijtbaarheid.....	21
8.2.4	Omvang van de onderneming.....	21
8.2.5	Passendheid.....	21
8.2.6	Draagkracht.....	22
8.3	Betaling van de boete.....	22
8.4	Openbaarmaking van de boete.....	22
9	Hoe kunt u bezwaar maken?.....	22

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	4 van 23

2 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, waaronder [...]. 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.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	5 van 23

3 Verloop van het onderzoek en boeteproces

Op [...] 2020 heeft [X] in een regulier overleg met de AFM medegedeeld dat is besloten tot het aanstellen van Directeur als [...]. Diens portefeuille zou omvatten: [...]. Volgens [X] was Directeur niet aangemeld als beleidsbepaler omdat Directeur alleen titulair bestuurder was.

Op [...] 2020 heeft de AFM contact opgenomen met de compliance officer van [X]. De AFM heeft daarbij haar twijfels geuit over de keuze om Directeur niet aan te melden. De compliance officer van [X] heeft daarop geantwoord dat hij naar aanleiding van de vragen van de AFM zelf ook was gaan twijfelen en navraag heeft gedaan bij de compliance-afdeling van [A]. Deze was van mening dat Directeur wel getoetst had moeten worden. Tijdens het gesprek heeft de compliance officer van [X] benoemd dat Directeur al was gestart in diens nieuwe functie, waarop de AFM heeft opgemerkt dat dit onwettig is. De AFM heeft [X] gevraagd om een schriftelijke verklaring, indien zij toch van mening zou blijven dat de functie van Directeur geen toetsbare functie is.

Op [...] 2020 heeft de compliance officer van [A] contact gezocht met de AFM en aangekondigd dat [X] Directeur zal aanmelden als beleidsbepaler bij [X]. Zij heeft gezegd te betreuren dat [X], net als eerder bij [eerdere beleidsbepaler], is overgegaan tot het benoemen van Directeur zonder afgeronde positieve toetsing van de AFM. De compliance officer van [A] heeft gezegd dat zij in samenspraak met [X] een pallet aan maatregelen zal treffen om Directeur tot aan een positief oordeel van de AFM geen beleidsbepalende activiteiten te laten uitvoeren.

Op 14 mei 2020 heeft de AFM in een regulier overleg gevraagd naar de status van de aanmelding van Directeur als dagelijks beleidsbepaler bij [X]. De compliance officer van [A] heeft geantwoord dat zij knelpunten ervaart 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 hierom wat langer duurt om de aanmelding te doen. [A] heeft ervoor gekozen om twee andere toetsingen binnen het concern te prioriteren boven de toetsing van Directeur. De werkzaamheden van Directeur bij [X] zijn in dit overleg niet ter sprake gekomen.

Op 4 juni 2020 heeft de compliance officer van [A] bij de AFM een beleidsbepaler aangemeld van [B], een zusteronderneming van [X]. Dit betrof een toetsing in dezelfde categorie als de toetsing van Directeur, namelijk groep A.

Op 4 december 2020 heeft de AFM de aanmelding van Directeur als dagelijks beleidsbepaler bij [X] ontvangen.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	6 van 23

Op 15 december 2020 heeft de AFM [X] verzocht om de bestuursnotulen sinds het aantreden van Directeur als [...].

Op 4 januari 2021 heeft de compliance officer van [A] contact opgenomen met de AFM. Hierbij is besproken dat de AFM graag een toelichting van [X] wil ontvangen hoe in de praktijk invulling is gegeven aan de functie van Directeur.

Op 19 januari 2021 heeft [X] gereageerd op de verzoeken van 15 december 2020 en 4 januari 2021.

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].¹

Op 21 september 2021 heeft de AFM aan [X] aanvullende vragen gesteld in het onderzoek naar de tijdigheid van de aanmelding van Directeur. Op 19 oktober 2021 heeft [X] hierop een reactie gegeven.

Op 23 juni 2022 heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan [X] een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo, in de periode van [datum 2020] tot en met 9 februari 2021.

Op 31 augustus 2022 heeft [X], bijgestaan door haar gemachtigden, schriftelijk haar zienswijze op dit voornemen ingediend.

4 Wettelijk kader

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, Wft 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

¹ Beschikking van 9 februari 2021 met kenmerk [...]. De beschikking was, zoals [X] in haar zienswijze terecht heeft opgemerkt, per abuis niet opgenomen in het procesdossier. De AFM heeft dit document alsnog aan het dossier toegevoegd.

Datum 21 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 7 van 23

worden verstrekt en, indien van toepassing, onder welke voorwaarden de wijzigingen ten uitvoer mogen worden gelegd.

Ter uitvoering van artikel 4:26, achtste lid,² Wft is in artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo, voor zover relevant, bepaald:

1. Een financieledienstverlener meldt aan de Autoriteit Financiële Markten schriftelijk het voornemen tot benoeming van:
 - a. een persoon die het beleid van de financieledienstverlener bepaalt of mede bepaalt; of (...)
2. Een financieledienstverlener 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. (...).

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”³ en “feitelijk substantiële invloed uitoefenen op het beleid of de besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie van een financiële onderneming”.⁴ Volgens de wetgever zou dit kunnen blijken uit statuten, reglementen, (aandeelhouders)overeenkomsten, interne afspraken of uit feitelijke omstandigheden.⁵

In de door De Nederlandsche Bank (DNB) en de AFM opgestelde Beleidsregel geschiktheid 2012 is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

Artikel 1.1

(...)

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;

² In het BGfo wordt nog verwezen naar het negende lid.

³ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 498 (vierde nota van wijziging).

⁴ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 499-500 (vierde nota van wijziging).

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 19, p. 500 (vierde nota van wijziging).

Datum 21 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 8 van 23

(...)

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.

Artikel 1.5

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

- 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.*

5 Feiten

Hieronder volgt een overzicht van de feiten waarop het oordeel van de AFM is gebaseerd.

5.1 Benoeming van Directeur

Directeur is op 1 oktober 2019 als deelnemer aan de directievergaderingen van [X] toegevoegd.⁶ Per [datum] 2020 is Directeur benoemd als [...] bij [X].⁷ In de benoemingsbrief is over de rol van Directeur het volgende vermeld:

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].

⁶ Verslag directievergadering 1 oktober 2019.

⁷ Zie document 1a. 20-036.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	9 van 23

Op [...] 2020 heeft [X] een persbericht doen uitgaan waarin is aangekondigd dat Directeur “*per heden*” als Directeur [...] is benoemd.⁸

5.2 Bevoegdheden[...]

[X] heeft de AFM een document verstrekt met de titel ‘Bevoegdheden[...] [X] per [...]2020’ (**Bevoegdheden[...]**). [X] heeft verklaard 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: [...]

In de Bevoegdheden[...] is aan Directeur als ‘Directeur [...]’ geen van de beschreven bevoegdheden toegekend, noch zelfstandig noch gezamenlijk. De Bevoegdheden[...] vermeldt ook: “*Directeur [...] 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 [...] bestuurders zal krijgen. Na inschrijving in het Handelsregister zal de interne Bevoegdheden[...] worden aangepast (Actie).

5.3 Verslagen van directievergaderingen

Op verzoek van de AFM heeft [X] de notulen verstrekt van de directievergaderingen waaraan Directeur vanaf diens benoeming heeft deelgenomen. Uit de opgevraagde verslagen van de directievergaderingen blijkt dat Directeur aanwezig is geweest bij alle directievergaderingen sinds oktober 2019. Hierna worden de relevantste passages uit de verslagen in chronologische volgorde weergegeven.

[...]

⁸ [...].

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	10 van 23

5.4 Actielijsten

Specifieke acties werden bijgehouden in actielijsten, waarbij onder meer de in de directievergadering besproken actie werd weergegeven samen met de actiehouders. Directeur komt in de verstrekte actielijsten met regelmaat terug. De AFM noemt drie voorbeelden ter illustratie. [...]

5.5 Feiten blijkend uit overige documenten

In het verslag van het teammanagersoverleg van [X] (hierna ook: **TMO**) staat onder meer het volgende:⁹

[...]

Het verslag vermeldt ook de vraag van een aanwezige of de directie nadenkt om het thuiswerken beter of anders te faciliteren. Hierop heeft Directeur geantwoord [...]

Directeur heeft op 21 juli 2020 als enige aanwezige vanuit [X] deelgenomen aan de vergadering van de Raad van Commissarissen (**RvC**) van [A], met het agendapunt '[X] update'. Het verslag vermeldt hierover het volgende:¹⁰ [...]

In de vergadering is namens [X] een document ingebracht met de titel '[X] [...]', waarin onder meer de bijsturing, resultaten en planning op het gebied van [...] worden weergegeven.¹¹ In het stuk staat onder [...] In de laatste slide van het document wordt voor vragen verwezen naar Directeur.

Ook in een document met de titel '[...][X]', dat in de RvC-vergadering van 21 juli 2020 is behandeld, wordt in de laatste slide voor vragen verwezen naar Directeur.¹² In het document staat over de activiteiten van [X] en het belang van [...] daarvoor ook onder meer het volgende:

- [...]

6 Zienswijze [X]

[X] betwist de door de AFM gestelde overtreding. Subsidiair meent zij dat beboeting strijdig zou zijn met het evenredigheids- en opportuniteitsbeginsel, en meer subsidiair ziet zij redenen voor een substantiële verlaging van het basisbedrag van de boete. Zakelijk weergegeven, brengt [X] hiertoe het volgende naar voren.

⁹ Verslag TMO 8 oktober 2020_DEF.

¹⁰ 8a. vastgesteld verslag RvC 21 juli 2020 Algemeen en [X] - extract [X].

¹¹ RvC 2020 – 07 B8.2 [X] stabiliseren [...].

¹² RvC 2020 – 08 B8.1 [X] [...]status update.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	11 van 23

6.1 Geen overtreding

[X] betwist primair dat Directeur het beleid van [X] bepaalde en wijst hiertoe op het volgende. Als niet-statutair directeur had Directeur vanaf het moment van benoeming formeel en feitelijk beperkte bevoegdheden, en had Directeur duidelijk een andere rol en bevoegdheden dan de statutair bestuurders van [X]. Directeur viel als *direct report* onder de verantwoordelijkheid van een bestuurder, die ook feitelijk toezicht heeft gehouden op de taakvervulling door Directeur. De benoeming van Directeur als [...] vormde in wezen een continuering en intensivering van diens voorgaande functie, en ook na diens benoeming vervulde Directeur in de kern een adviserende en besluitvoorbereidende rol. De daadwerkelijke besluitvorming lag in handen van het statutair bestuur. [...]

6.2 Beboeting strijdig met het evenredigheids- en opportuniteitsbeginsel

Voor zover niettemin sprake zou zijn van de door de AFM gestelde overtreding, stelt [X] zich op het standpunt dat een aantal omstandigheden dermate afdoet aan de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van [X], dat de AFM in het licht van de evenredigheidstoets en ook overigens om redenen van opportuniteit moet afzien van boeteoplegging.

Ten eerste heeft [X] een zorgvuldig intern proces gevolgd bij het selecteren van de [...]. Hiertoe heeft [X] vanaf oktober 2019 gesprekken gevoerd met de directie, remuneratiecommissie, RvC en OR van [A]. Met instemming van al deze gremia is de benoeming van Directeur op [...] als [...] geëffectueerd.

Ten tweede is [X] tegenover de AFM transparant geweest over de aanstelling van Directeur. Op [...] 2020 heeft [X] terstond de AFM over de benoeming geïnformeerd en expliciet gesteld dat toetsing als dagelijks beleidsbepaler niet noodzakelijk was omdat het geen statutaire functie betrof. Anders dan de AFM beweert, heeft zij op die datum tegenover [X] geen twijfels geuit over de stelling van [X]. Sterker, uit de gespreksnotitie van [X] blijkt dat de AFM het juist 'prima' vond. Ook staat in het onderzoeksrapport dat de AFM op [...] 2020 heeft gesteld dat ook een niet-statutair bestuurder het beleid van een onderneming (mede) kan bepalen, terwijl dat in de gespreksnotitie niet is terug te lezen. Zodra [X] zich realiseerde dat ook een niet-statutair directeur als dagelijks beleidsbepaler van een instelling kan kwalificeren, is zij de aanmelding van Directeur gaan voorbereiden. [X] heeft de AFM steeds op de hoogte gehouden van de voortgang van de voorbereidingen en deze is geregeld onderwerp van gesprek geweest.

Ten derde werd [X] geconfronteerd met door de AFM veroorzaakte onduidelijkheden over de toepasselijke toezichtcategorie en de te gebruiken formulieren. Hierdoor heeft [X], na de – achteraf onjuiste – toetsingsformulieren te hebben opgesteld, vanaf [...] 2020 een belangrijk deel van de voorbereidingen voor de toetsing van Directeur moeten overdoen. Vanwege de vereiste gedetailleerdere antwoorden is met de AFM afgestemd dat eerst de aanmeldingen van de nieuwe dagelijks beleidsbepalers van [B] zouden worden

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	12 van 23

ingediend en pas daarna die van Directeur. Vervolgens heeft [X] begin juni 2020 met de AFM afspraken gemaakt over de aanlevering van de geschiktheidsmatrix voor [X]. Dit is helaas minder spoedig gegaan dan gehoopt, waarbij een rol heeft gespeeld dat [X] vanwege de stringentere eisen kritischer is geweest en dat dit de nodige tijd heeft gekost. De AFM vond dit destijds een begrijpelijke uitleg.

Ten vierde wijst [X] erop dat de AFM Directeur bij besluit van 9 februari 2021 zowel betrouwbaar heeft bevonden als geschikt geacht voor de functie van dagelijks beleidsbepaler van [X].

Ten vijfde heeft de AFM lange tijd geen enkele actie richting [X] genomen. De AFM stelt dat zij [X] al op [datum] 2020 op de vermeende overtreding heeft gewezen, maar is pas elf maanden later, op 15 december 2020, een onderzoek gestart. In de tussenliggende periode heeft de AFM geen enkele formele of informele (herstel)maatregel genomen om de vermeende overtreding te beëindigen.

6.3 Boetehoogte

Ten aanzien van de hoogte van een eventuele boete stelt [X] zich primair op het standpunt dat hoogstens boetecategorie 1 van toepassing is. In casu staat immers artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo centraal en uit de bijbehorende boetecategorie 1 volgt op grond van artikel 1:81 Wft een bedrag van € 10.000.

Zou de AFM toch boetecategorie 2 toepassen, dan moet de boete in ieder geval worden verlaagd wegens de zeer beperkte ernst en duur van de overtreding en minimale verwijtbaarheid, zoals blijkt uit de in paragraaf 6.2 genoemde omstandigheden. [X] voegt in dat kader toe dat zij met de vermeende overtreding geen enkel voordeel heeft verkregen, en dat geen sprake is geweest van nadelige effecten voor derden, de werking van de markten, de economie in bredere zin of het financieel stelsel als zodanig. Ook hebben zich bij [X] geen eerdere (of latere) vergelijkbare gebeurtenissen voorgedaan.

Bij het bepalen van de hoogte van de eventuele boete dient de AFM zich daarnaast rekenschap te geven van de volgende omstandigheden:

- [X] heeft maatregelen genomen om herhaling van een dergelijke overtreding te voorkomen. Naast de brief van de CEO van [X] van 19 januari 2021 heeft de directie van [X] gereflecteerd op het gebeurde. In 2021 heeft de directie als team een traject doorlopen om haar kennis en bewustzijn van governance-gerelateerde onderwerpen verder te vergroten.
- De compliancefunctie van zowel [X] als [A] is verder versterkt.
- [X] beschikt over twee beleidsdocumenten over het aanmeldproces. Deze procedures, die ten tijde van de onderhavige kwestie al van toepassing waren, worden periodiek gereviewd en binnen [X] onder de aandacht gebracht conform het [...]. De procedures zijn ook nogmaals besproken met de directie van [X]. Het beleid wordt uitgevoerd door de compliance-medewerkers van [X] en [A]. Hiermee heeft [X] het risico op herhaling geminimaliseerd.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	13 van 23

- Tot slot betrekken [X] en [A] vaker waar nodig externe juridische adviseurs bij toetsinggerelateerde onderwerpen.

In het kader van draagkracht verwijst [X] naar haar jaarrekening over [...]. Uit de hierin opgenomen gegevens volgt dat [X] op grond van het Boetetoemingsbeleid 2015 in de [...]-categorie valt.

7 Beoordeling

De AFM is van oordeel dat [X] in de periode van [datum 2020] tot en met 9 februari 2021 artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo heeft overtreden (zie paragrafen 7.1 en 7.2), en dat het opportuun is om [X] hiervoor te beboeten (zie paragraaf 7.3).

7.1 Directeur bepaalde het beleid van [X]

De AFM stelt in de eerste plaats vast dat Directeur vanaf [datum 2020] beleidsbepalende activiteiten heeft verricht. De AFM licht dat hieronder toe.

7.1.1 Formele rol van Directeur en externe presentatie

Directeur is per [datum 2020] benoemd als [...] van [X]. Blijkens diens benoemingsbrief werd Directeur titulair directeur en rapporteerde Directeur aan de directievoorzitter. Samen met bepaalde andere directeuren was Directeur *‘verantwoordelijk voor [X]’*, aldus de benoemingsbrief.

Vanaf [datum 2020] heeft Directeur de functietitel [...] gebruikt in e-mails en PowerPoint-presentaties. Op [...] 2020 heeft [X] in een persbericht de benoeming van Directeur bekendgemaakt. Volgens dat persbericht was Directeur samen met bepaalde andere directeuren *“verantwoordelijk voor de dagelijkse leiding [...]”*

Deze omstandigheden tezamen schetsen voorshands het beeld 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 had¹³ en feitelijk substantiële invloed kon uitoefenen op de beleids- en besluitvorming gericht op de langetermijnstrategie.

[X] heeft oorspronkelijk gemeend dat Directeur niet hoefde te worden aangemeld omdat Directeur niet als statutair bestuurder was benoemd. Nadat de AFM [X] erop had gewezen dat ook een niet-statutair bestuurder het beleid van een onderneming (mede) kan bepalen, heeft [A] op [...] 2020 aangekondigd dat zij in samenspraak met [X] een pallet aan maatregelen zou treffen om Directeur tot aan een positief oordeel van de AFM geen beleidsbepalende activiteiten te laten uitvoeren. Het onderzoek wijst uit dat [X] inderdaad

¹³ Vgl. Rb. Rotterdam 17 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5485, r.o. 6.2.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	14 van 23

beperkende maatregelen heeft getroffen, die voornamelijk zagen op [...]. Ook heeft [X] Directeur niet ingeschreven bij de KvK als bestuurder dan wel dagelijks beleidsbepaler van [X].¹⁴

Deze beperkingen – die overigens pas per 1 juni 2020 zijn geformaliseerd voor zover zij blijken uit de Bevoegdheden[...] – nemen niet weg dat Directeur vanaf diens benoeming beleidsbepalende activiteiten heeft verricht. Naast de hierboven weergegeven formele rol en externe presentatie van Directeur stelt de AFM namelijk vast dat Directeur in de praktijk werkzaamheden heeft verricht die – in samenhang bezien – beleidsbepalende activiteiten vormen. Deze omstandigheden worden hieronder uitgewerkt.

7.1.2 Gelijkwaardigheid aan andere dagelijks beleidsbepalers

Naar het oordeel van de AFM functioneerde Directeur vanaf diens benoeming op voet van gelijkwaardigheid met de andere dagelijks beleidsbepalers van [X].

In de eerste plaats constateert de AFM 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].¹⁵ [X] heeft hierover in haar zienswijze gesteld dat Directeur binnen de directie vooral een adviserende en besluitvoorbereidende rol had, terwijl de daadwerkelijke besluitvorming steeds onder verantwoordelijkheid van het statutair bestuur en finale goedkeuring door een andere directeur plaatsvond. Deze gestelde rolverdeling blijkt echter niet uit het onderzoeksdossier en is door [X] ook niet zelf met stukken onderbouwd, zodat de AFM bij gebreke aan indicaties van het tegendeel constateert dat de besluiten in gezamenlijkheid werden genomen.¹⁶

Ook binnen de organisatie opereerde Directeur op gelijke voet met diens mededirectieleden. Zo blijkt uit het verslag van het teammanagersoverleg van 8 oktober 2020 dat de directieleden bij toerbeurt aansloten bij dat overleg.¹⁷ Dat Directeur een gelijkwaardige rol binnen de directie vervulde blijkt verder uit de omstandigheid

¹⁴ Raadpleging van het KvK-register leert dat Directeur daar ten tijde van de overtreding inderdaad niet in voorkwam als bestuurder. Opvallend genoeg wordt Directeur vanaf [...] 2021 wel vermeld als gevolmachtigde/procuratiehouder met als aanvang volmacht [...] 2020 (en datum in functie [...] 2021).

¹⁵ Bijvoorbeeld: [...].

¹⁶ In ieder geval uit de Actielijst van 16 september 2020 blijkt juist dat onder 'directie' wordt verstaan [alle directieleden]. 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.

¹⁷ Verslag TMO 8 oktober 2020_DEF.

Datum 21 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 15 van 23

dat Directeur op [...] 2020 de directievergadering voorzat vanwege de afwezigheid van directievoorzitter. Dit is, zoals [X] naar voren brengt, weliswaar eenmalig gebeurd als gevolg van de niet-beschikbaarheid van andere directeuren, maar feit blijft dat Directeur in staat werd geacht, en de gelegenheid kreeg, om in dit gremium het voortouw te nemen. Ook hebben de directeuren (op voorstel van Directeur) hun vakanties voor 2020/21 op elkaar afgestemd.¹⁸ De AFM ziet in deze afstemming meer dan een louter praktische oplossing voor collega's die veel met elkaar samenwerken, maar een aanwijzing voor de belangrijke feitelijke rol van Directeur. De afstemming vond namelijk specifiek – en uitsluitend – plaats tussen de directeuren. Ook dit wijst erop dat de wezenlijke bestuurstaken bij hen waren geconcentreerd.

7.1.3 Betrokkenheid bij kernactiviteiten van de onderneming

Als portefeuillehouder van [...] was Directeur betrokken bij de activiteiten van [X], waaronder haar kernactiviteiten.¹⁹ Zoals in hoofdstuk 2 is benoemd, bestaan de kernactiviteiten van [X] 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.²⁰

De betrokkenheid van Directeur zag onder meer op de volgende [...] projecten

Directeur hield de andere directieleden periodiek op de hoogte van deze en andere [...] -aangelegenheden.²¹ Hierbij blijkt dat Directeur een prominente rol had bij de te maken keuzes over de timing, financiering, inhoud en communicatie in deze projecten. Die prominente rol blijkt onder meer ook uit de volgende omstandigheden:

- [...]

7.1.4 Betrokkenheid bij personeelszaken

Blijkens de notulen van de directievergaderingen was Directeur ook betrokken bij personeelszaken, waaronder personeelsbeleid en de aanname en het ontslag van werknemers en opdrachtnemers. Aldus beperkte de invloed van Directeur zich niet tot enkel onderwerpen in diens portefeuille [...].

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

¹⁸ Verslag directievergadering 16 september 2020.

¹⁹ Vgl. Rb. Rotterdam 17 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5485, r.o. 7.4.

²⁰ Zie het document 'RvC 2020 – 07 B8.2 [X] stabiliseren [...].

²¹ Zie bijvoorbeeld verslag directievergadering [...] 2020, 23 juni 2020, 2 september 2020, 16 september 2020 en 21 oktober 2020.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	16 van 23

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.²²

Uit de verslagen van de directievergadering blijkt dat Directeur actief deelnam aan discussies over personeelszaken en hierbij telkens tot doel had de continuïteit van de bedrijfsactiviteiten van [X] te verzekeren. Zo heeft Directeur voorgesteld [...].

7.1.5 Betrokkenheid bij de koers van [X]

Meer algemeen hield Directeur zich bezig met de koers van [X]. Daarbij valt te denken aan beleid en strategieën, zowel binnen de portefeuille van Directeur als daarbuiten. De betrokkenheid van Directeur zag zowel op het vormgeven van de koers van de onderneming als het communiceren ervan aan interne en externe stakeholders. De AFM wijst in dat kader op de volgende omstandigheden.

Directeur heeft conform het [...] met Directeur2 een onderwerpenlijst opgesteld voor de bijzondere directievergadering waarvoor organisatiebrede en strategische onderwerpen worden geagendeerd, zoals [...]. 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.

[...]

Een verdere indicatie van de betrokkenheid van Directeur bij de koers van [X] is dat Directeur met een externe strategie consultant de 'laatste toetsing' van het strategiedocument heeft doorgesproken en heeft 'geadviseerd' om dit ook met directievoorzitter te bespreken

7.1.6 Vertegenwoordiger van de directie binnen [X]

Als een 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. [...]. Directeur heeft ook het teammanagersoverleg een concept tijdlijn laten zien met hierin het stappenplan [...]. Hieruit blijkt dat Directeur niet alleen het aanspreekpunt op

²² Zienswijze [X], randnr. 20.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	17 van 23

[...]-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.

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 [...]. Ook heeft Directeur het signaal van [...] doorgegeven dat [...]. Daarnaast heeft Directeur het signaal van diens teammanagers aan de directie doorgegeven dat de [...] moeite hebben met [...].

7.1.7 Vertegenwoordiger van de onderneming bij derden

Als directeur van [X] fungeerde Directeur bovendien feitelijk als vertegenwoordiger van de rechtspersoon tegenover derden, waaronder de RvC van [A] en [...].

Bij afwezigheid van de andere directieleden heeft Directeur [X] vertegenwoordigd 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 [...] onderhandeld over [...]. [...].

Tot slot heeft Directeur vanuit de directie contact gehad met de [...] van [X]. [...].

7.1.8 Conclusie: Directeur bepaalde het beleid van [X]

Met de bovenstaande feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang gezien, wordt een onmiskenbaar beeld geschetst van het functioneren van Directeur als dagelijks beleidsbepaler van [X] in de relevante periode. Tegen de achtergrond van de functie waarin Directeur was benoemd en na toetsing door de AFM inmiddels formeel functioneert, en gelet op het feit dat [X] had aangekondigd dat Directeur als beleidsbepaler zou worden aangemeld en dit in een persbericht openbaar heeft gemaakt, concludeert de AFM dat Directeur vanaf in ieder geval [datum] 2020 het beleid van [X] feitelijk heeft bepaald. Dat [X] de aanstelling als beleidsbepaler niet volledig heeft geformaliseerd, neem niet weg dat Directeur feitelijk – in de praktijk gezien – als dagelijks beleidsbepaler heeft gefunctioneerd.

De AFM concludeert derhalve dat Directeur, in ieder geval vanaf diens aanstelling als [...] per [datum] 2020, het dagelijks beleid van [X] heeft bepaald.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	18 van 23

7.2 Vaststelling van de overtreding

[X] heeft Directeur op [...] 2020 aangemeld en op [...] 2020 heeft de AFM positief geoordeeld ten aanzien van de geschiktheid en betrouwbaarheid van deze beleidsbepaler. Zodoende beschikte [X] met Directeur in ieder geval in de periode van [datum] 2020 tot en met 9 februari 2021 over een dagelijks beleidsbepaler, ten aanzien van wie niet was vastgesteld dat de betrouwbaarheid buiten twijfel stond en dat Directeur geschikt was.

Hiermee was sprake van wijziging met betrekking tot onderwerpen waarover ingevolge 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 aanstelling van Directeur als beleidsbepaler, aan de AFM te melden. Gelet op het bepaalde in artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo had deze melding moeten plaatsvinden voordat Directeur diens beleidsbepalende werkzaamheden ging verrichten. Dat was immers pas toegestaan nadat de AFM zou hebben vastgesteld dat diens betrouwbaarheid buiten twijfel stond en dat Directeur geschikt was. Zonder melding bestond er voor de AFM geen aanleiding om tot een dergelijke vaststelling over te gaan.

Uit het voorgaande blijkt echter dat [X] de op grond van artikel 4:26, eerste lid, Wft verplichte melding niet heeft gedaan, voordat Directeur in de praktijk het beleid van [X] feitelijk bepaalde. Daarmee heeft [X] artikel 4:26, eerste lid, Wft en artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo overtreden, in de periode van in ieder geval [datum 2020] tot en met 9 februari 2021.

7.3 Opportuniteit boeteoplegging

Een duurzame, eerlijke en transparante financiële sector komt mede tot stand 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

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	19 van 23

Directeur niet geschikt of betrouwbaar was, dan had dit namelijk aanleiding 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 beschouwt de mate van verwijtbaarheid in dit geval als hoog. De AFM heeft [X] al eerder, bij de aanstelling van een eerdere bestuurder, moeten wijzen op de aanmeldingsplicht,²³ 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. [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.

Aan de mate van verwijtbaarheid doet enigszins af dat [X] blijkens de Bevoegdheden[...] maatregelen heeft getroffen om de formele bevoegdheden van Directeur in te perken, zij het dat deze matrix kennelijk pas in de zomer van 2020 is geformaliseerd. Zoals echter in dit besluit uitvoerig is toegelicht, hebben deze maatregelen niet tot gevolg gehad dat Directeur niet als beleidsbepaler functioneerde. Dit komt voor rekening en risico van [X], die moet waarborgen dat geen uitvoering wordt gegeven aan het voornemen tot benoeming van een beleidsbepaler voordat de AFM heeft vastgesteld dat diens betrouwbaarheid buiten twijfel staat en deze persoon geschikt is.

In het verlengde hiervan kan de AFM geen gewicht toekennen 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 vragen, en noch uit het dossier, noch uit de zienswijze blijkt dat zij dit heeft gedaan. 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

²³ Zie gespreksnotitie van de AFM van [...] 2020, 'Uitgaand gesprek naar [...]'.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	20 van 23

niet door een niet-aangemelde persoon werd bepaald. Eerder getuigt de omstandigheid dat de aanmelding vervolgens nog een halfjaar op zich heeft laten wachten, van een afwachtende houding die de AFM [X] extra aanrekent.

[X] meent ten slotte ten onrechte dat de AFM – door bekend te zijn met de benoeming van Directeur – van meet af aan van de overtreding op de hoogte was en daarmee ook bij machte en gehouden was om de overtreding te doen beëindigen. De AFM stelt voorop 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. Het treffen van herstelmaatregelen was zodoende, uitgaande van de door [X] verstrekte informatie, niet aan de orde.²⁴

8 Besluit

8.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten aan [X] een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo in de periode van [datum] 2020 tot en met 9 februari 2021.^{25, 26}

8.2 Hoogte van de boete

De AFM stelt de hoogte van de boete vast op € 375.000. De AFM licht de hoogte van dit bedrag hieronder toe.

²⁴ [...] - INT - Uitgaand gesprek naar [...].

²⁵ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, eerste lid Wft. Dit besluit tot boeteoplegging is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door de boetefunctionaris en een plaatsvervangend boetefunctionaris.

²⁶ Deze boete is opgelegd naar aanleiding van een vastgestelde overtreding en kwalificeert om die reden als toezichtantecedent voor alle personen die ten tijde van de overtreding het beleid van [X] (mede)bepalen en de personen die zijn belast met het toezicht op dit beleid. 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](#).

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	21 van 23

8.2.1 Wettelijk systeem: basisbedrag van € 500.000

Voor deze overtreding geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**) een basisbedrag van € 500.000.

De boete wordt opgelegd wegens overtreding van artikel 4:26, eerste lid, Wft juncto artikel 103, eerste en tweede lid, BGfo. Op overtreding van het Wft-artikel staat een boete van categorie 2 en op het BGfo-artikel een boete van categorie 1. Het BGfo-artikel vormt een nadere uitwerking van het Wft-artikel. Anders dan [X] in haar zienswijze betoogt, staat het de AFM daarom vrij een boete van categorie 2 op te leggen.²⁷

8.2.2 Ernst en/of duur van de overtreding

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de ernst en/of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.²⁸ De AFM ziet in dit geval geen reden voor een verhoging of een verlaging van het basisbedrag.

8.2.3 Mate van verwijtbaarheid

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.²⁹ In dit geval verhoogt de AFM het basisbedrag met 25% tot € 625.000 vanwege de verhoogde verwijtbaarheid, zoals toegelicht in paragraaf 7.3.

8.2.4 Omvang van de onderneming

Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de AFM rekening met de omvang van de onderneming die wordt beboet. Nu toepassing van het Boetetoemingsbeleid 2015 in dit geval voor [X] gunstiger is, en de overtreding is aangevangen voor 1 juli 2021, zal de AFM op grond van de overgangsregeling van het AFM Boetetoemingsbeleid 2021³⁰ het AFM Boetetoemingsbeleid 2015 toepassen. Op basis van de beschikbare informatie over het eigen vermogen van [X] hanteert de AFM de 60%-categorie voor de onderneming. Het boetebedrag wordt daarom verlaagd tot € 375.000.

8.2.5 Passendheid

De AFM houdt rekening met de mate van medewerking aan het onderzoek door de AFM en/of getroffen maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen.³¹ In dit geval ziet de AFM in de door [X] getroffen maatregelen, zoals in haar zienswijze naar voren gebracht, geen aanleiding om het boetebedrag

²⁷ CBb 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456, r.o. 3.5-3.6.

²⁸ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

²⁹ Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

³⁰ Artikel 6.3 AFM Boetetoemingsbeleid 2021.

³¹ Artikel 1b, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, Bbbfs.

Datum	21 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	22 van 23

lager vast te stellen. Met deze maatregelen heeft [X] in feite niet meer gedaan dan wat van haar mocht worden verwacht.

8.2.6 Draagkracht

De AFM houdt bij het vaststellen de bestuurlijke boete tot slot rekening met de draagkracht van de overtreder.³² [X] moet worden geacht een boete van € 375.000 te kunnen dragen, dus voor een verdere verlaging van het bedrag is geen aanleiding.

8.3 Betaling van de boete

De boete moet worden betaald binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit³³ op bankrekening [...] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [...]. [X] ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

Als [X] bezwaar maakt tegen dit besluit, wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als [X] na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.³⁴ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, is wel wettelijke rente verschuldigd.³⁵

8.4 Openbaarmaking van de boete

De AFM moet het boetebesluit in beginsel openbaar maken zodra het besluit onherroepelijk is geworden.³⁶ Dat geldt ook, voor zover van toepassing, voor de uitkomst van een tegen het besluit ingesteld bezwaar, beroep of hoger beroep. De AFM zal een beslissing nemen over publicatie van de boete zodra dit besluit onherroepelijk is geworden.

9 Hoe kunt u bezwaar maken?

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, Postbus 11723, 1001 GS Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per e-mail (bezwarenbox@afm.nl) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht (www.afm.nl/bezwaar). Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM e-mailadressen dan

³² Artikel 4, eerste lid, Bbbfs

³³ Artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

³⁴ Artikel 1:85, eerste lid, Wft.

³⁵ Artikel 1:85, tweede lid, Wft.

³⁶ Artikel 1:97, eerste lid, Wft. Onder bepaalde omstandigheden moet de openbaarmaking op grond van artikel 1:98, eerste lid, Wft worden uitgesteld of anoniem plaatsvinden.

Datum 21 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 23 van 23

de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Senior Jurist
Juridische Zaken

[was getekend]
Senior Jurist
Juridische Zaken