

Openbare versie

mr. [naam]

[adres]

[POSTCODE] [ADRES]

| | |
|-------------|---|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 1 van 22 |
| Telefoon | [...] |
| E-mail | [...] |
| Betreft | Beslissing op bezwaar Zwaan Finance B.V. (kenmerk: [kenmerk]) |

Geachte heer [naam],

Bij besluit van 29 december 2023 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Zwaan Finance B.V. (**Zwaan Finance**) een boete met kenmerk [kenmerk] (**het Boetebesluit**) opgelegd wegens overtreding van:

- artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 3, eerste en tweede lid, sub a, b en d, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (**Wwft**), in de periode
 - van 25 juli 2018 tot 20 januari 2021 (identificatie en verificatie van de identiteit van de cliënt);
 - van 25 juli 2018 tot 19 september 2022 (identificatie en verificatie van de identiteit van de UBO alsmede inzicht in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur);
 - van 25 juli 2018 tot 19 oktober 2022 (voortdurende controle van de zakelijke cliënt alsmede van verrichte transacties); en
- artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 8, vijfde lid, Wwft, in de periode van 25 juli 2018 tot 22 september 2022 (risicobeheersysteem PEP-controle).

Tegen het Boetebesluit heeft Zwaan Finance bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 2 van 22 |

I. Procedure

1. Bij besluit van 29 december 2023 heeft de AFM aan Zwaan Finance een boete opgelegd. Het Boetebesluit houdt kort gezegd in dat Zwaan Finance artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 3, eerste en tweede lid, sub a, b en d, Wwft en artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 8, vijfde lid, Wwft heeft overtreden, doordat de beleggingsinstellingen die Zwaan Finance ten tijde van het onderzoek van de AFM beheerde (i) geen deugdelijk onderzoek uitvoerden naar de cliënten en hun transacties en (ii) niet beschikten over passende risicobeheersystemen om te bepalen of de cliënt of de UBO¹ van de cliënt een PEP²-status had.
2. Bij brief van 5 februari 2024 heeft Zwaan Finance pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. De AFM heeft per brief van 14 februari 2024 de ontvangst van het pro forma bezwaar bevestigd en Zwaan Finance tot uiterlijk 27 maart 2024 gegeven om de gronden aan te vullen. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 25 maart 2024 aangevuld.
3. Bij e-mail van 14 februari 2024 heeft de AFM aan Zwaan Finance een schriftelijke bevestiging van het eerder die dag gevoerde telefoongesprek verzonden waarin is vastgelegd dat de toekomstige communicatie tussen de AFM en Zwaan Finance via e-mail plaats zal vinden.
4. Bij e-mails van 4 april 2024, 5 april 2024 en 8 april 2024 heeft er over en weer communicatie tussen de AFM en Zwaan Finance plaatsgevonden met betrekking tot het inplannen van de hoorzitting. Bij e-mail van 9 april 2024 is de hoorzitting ingepland. Op 18 april 2024 heeft de hoorzitting ten kantore van de AFM plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage I).
5. Op 24 april 2024 heeft de AFM een brief gestuurd met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) tot en met 12 juni 2024.

¹ Ultimate Beneficial Owner ofwel uiteindelijk belanghebbende.

² Politically Exposed Person.

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 3 van 22 |

II. Feiten en omstandigheden

- Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [kenmerk] (**het Onderzoeksrapport**), die met het boetevoornemen aan Zwaan Finance is verzonden. De feiten die zijn genoemd in het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
- Zwaan Finance is een beheerder van een beleggingsinstelling zoals bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**). Zwaan Finance heeft zich op 23 november 2017 bij de AFM aangemeld als zogenaamde 'Alternative Investment Fund Managers (**AIFM**) light-beheerder' (**AIFM light-beheerder**) onder het AIFM richtlijn-registratieregime van artikel 2:66a Wft. Zwaan Finance is als beheerder van beleggingsinstellingen verplicht om ervoor zorg te dragen dat de beleggingsinstellingen die zij beheert cliëntenonderzoek doen en over passende risicobeheersystemen beschikken om te bepalen of de cliënt of de UBO van de cliënt een PEP-status hebben.³
- Voor een volledig overzicht van de feiten verwijst de AFM naar het onderzoeksrapport en de desbetreffende stukken in het dossier. Kort samengevat is het volgende gebleken.

Identificatie en verificatie

- Zeven van de acht door de AFM onderzochte cliëntdossiers van natuurlijke personen bevatten geen stukken waaruit blijkt dat verificatie van de cliënt had plaatsgevonden. Daarnaast bleek uit één van de drie onderzochte cliëntdossiers van rechtspersonen geen informatie over de UBO en bevatte één onderzocht dossier een discrepantie tussen de opgegeven UBO en het uittreksel van het handelsregister van de Kamer van Koophandel.
- Zwaan Finance voldoet per 20 januari 2021 aan de gestelde wettelijke verplichting om cliënten te verifiëren en per 19 september 2022 aan de gestelde wettelijke verplichting om de UBO van de cliënt te identificeren en te verifiëren.

Voortdurende controle

- Zwaan Finance heeft in de Vragenlijst Wwft en Sw Beleggingsinstellingen 2020 van de AFM (**Wwft- en Sw-vragenlijst**) aangegeven dat bij de aanvang van de dienstverlening geen profiel van verwachte transacties werd opgemaakt en dat alle cliënten een lage risicoclassificatie hadden.

³ Waar hierna wordt benoemd dat Zwaan Finance geen deugdelijk cliëntenonderzoek deed en niet beschikte over passende risicobeheersystemen, wordt bedoeld dat Zwaan Finance er niet voor heeft zorggedragen dat de door haar beheerde beleggingsinstellingen dit deden of hierover beschikten.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 4 van 22

12. [A] heeft tijdens het onderzoek ter plaatse op 23 september 2021 verklaard het lastig te vinden om een risicoclassificatie aan cliënten te geven, maar dat cliënten zijn geclassificeerd als laag risico, omdat “*onbetwistbaar vast is komen te staan waar zij hun geld vandaan hebben*”. [B] heeft verklaard dat er nog niet was nagedacht over wat de risicoclassificaties precies betekenen en welke risico’s tot een bepaalde classificatie leiden.
13. Uit de door de AFM onderzochte cliëntdossiers bleek niet hoe Zwaan Finance tot de risicoclassificatie ‘laag’ was gekomen. Niet in alle dossiers was de bron van middelen vastgesteld en in een aantal dossiers waren door cliënten risico indicatoren, zoals ‘actief in exploitatie van vastgoed’, aangevinkt.
14. Zwaan Finance heeft in de Wwft- en Sw-vragenlijst voorts aangegeven dat het risicoprofiel van cliënten niet periodiek of *event driven* werd herzien. [B] heeft tijdens het onderzoek ter plaatse op 23 september 2021 verklaard dat er geen cliëntdossiers opnieuw zijn bekeken, omdat daar geen signalen voor waren.
15. Uit de door de AFM onderzochte cliëntdossiers blijkt niet dat een (periodieke) review heeft plaatsgevonden.
16. Uit de door de AFM onderzochte cliëntdossiers bleek verder dat cliënten in 2020 zijn gevraagd het “basisformulier risico indicatoren Wwft” in te vullen, waarop de samenstelling en de herkomst van het ingebracht vermogen door de cliënt kon worden ingevuld. In drie dossiers was sprake van een afwijkende, hogere inleg door cliënten. In geen van deze dossiers heeft Zwaan Finance onderzoek naar de bron van middelen gedaan.
17. Zwaan Finance voldoet per 19 oktober 2022 aan de verschillende gestelde wettelijke verplichtingen in het kader van de voortdurende controle.

Risicobeheersystemen

18. In 2020 zijn cliënten van Zwaan Finance gevraagd het “basisformulier risico indicatoren Wwft” in te vullen, waarop cliënten ten aanzien van “Politiek Prominent Persoon” “Ja” of “Nee” moesten aanvinken. Tijdens het onderzoek ter plaatse op 23 september 2021 heeft [A] verklaard dat cliënten door middel van voornoemd formulier werden gevraagd of zij een PEP zijn en dat cliënten vaak bekenden zijn van de beleidsbepaler, waardoor het ook duidelijk was of de cliënt een PEP betrof.
19. Vanaf 20 juli 2022 beschikt Zwaan Finance pas over een PEP-beleid. Het beleid schrijft voor dat alle cliënten worden getoetst in een database. Daarnaast wordt in het openbare bronnenonderzoek aandacht besteed aan mogelijke PEP-risico’s. Zwaan Finance heeft daarna de verschillende bestaande cliënten gecheckt. Daarmee voldoet Zwaan Finance per 22 september 2022 aan de gestelde

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 5 van 22 |

wettelijke verplichting om over een passend risicobeheersysteem te beschikken om te bepalen of de cliënt of de UBO van de cliënt een PEP is.

20. De onder randnummer 1 door de AFM gestelde overtredingen worden door Zwaan Finance niet weersproken en zijn daarmee derhalve erkend.

III. Bezwaar

21. Samengevat en zakelijk weergegeven bevatten het bezwaarschrift en het verhandelde ter hoorzitting de volgende gronden:
- A. Vooringenomenheid AFM
 - B. Het handhavingsbeleid van de AFM
 - C. (Voornemen) boeteoplegging
 - D. De boetehoogte
 - E. Publicatie boete
22. Overigens is het bezwaarschrift ten dele gericht tegen de eerder aan Zwaan Finance opgelegde aanwijzing. De AFM wijst erop dat deze procedure niet op de aanwijzing ziet en zal derhalve de bezwaren die zijn gericht op de aanwijzing in het onderhavige bezwaarschrift niet behandelen.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m E

23. Alvorens in te gaan op de bezwaren van Zwaan Finance zet de AFM eerst kort haar perspectief uiteen.
24. Het belangrijkste doel van de antiwitwaswetgeving is te voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor witwassen en het financieren van terrorisme.⁴ Onderdeel daarvan is dat financiële instellingen cliëntenonderzoek doen. Het verrichten van cliëntenonderzoek is één van de twee pijlers van de maatregelen om witwassen en financieren van terrorisme te voorkomen. Financiële instellingen worden daarbij beschouwd als de poortwachters van het financieel stelsel. Gelet daarop moet een beheerder van een beleggingsinstelling, een light-beheerder zoals Zwaan Finance inbegrepen, onder meer haar cliënten en diens UBO's identificeren en redelijke maatregelen nemen

⁴ Zie bijvoorbeeld Richtlijn EU 2015/849 (AMLD4) en *Kamerstukken II 2017/2018*, 34 808, nr. 3, p. 2.

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 6 van 22 |

om de identiteit te verifiëren.⁵ Indien de cliënt een rechtspersoon is, dient Zwaan Finance redelijke maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt. Een dergelijk onderzoek draagt immers bij aan het herkennen en beheersen van risico's die bepaalde cliënten of bepaalde soorten dienstverlening met zich meebrengen. Het vormt derhalve een belangrijk onderdeel van de maatregelen om witwassen en financieren van terrorisme te voorkomen.⁶

25. Vervolgens rust op Zwaan Finance de verplichting om op haar zakelijke relaties een voortdurende controle uit te oefenen en in voldoende mate transactiemonitoring te verrichten.⁷ Een voortdurende controle van de zakelijke relatie en de tijdens de duur van de zakelijke relatie verrichte transacties is verplicht om te kunnen beoordelen of de transacties overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en het risicoprofiel van de cliënt. Dit gebeurt door middel van het opstellen van een risicoprofiel van de cliënt op basis van het cliëntenonderzoek (de risicoclassificatie), het monitoren van transacties en periodieke reviews, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie worden gebruikt.⁸ Kennis over de cliënt en diens risicoprofiel vormen de basis voor de voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van de zakelijke relatie verrichte transacties. Tot slot moet Zwaan Finance op basis van het cliëntenonderzoek en het risicoprofiel een transactieprofiel van de cliënt opstellen. Een dergelijk transactieprofiel kan op een later moment worden gebruikt om ongebruikelijke transacties van de cliënt te detecteren.
26. Daarnaast is Zwaan Finance ook gehouden er zorg voor te dragen dat zij over passende risicobeheersystemen beschikt om te bepalen of de cliënt of de UBO van de cliënt een PEP is.⁹ Onder PEP's worden personen verstaan die een prominente politieke functie bekleden of hebben bekleed en de directe familieleden (zijnde partners, meerderjarige en minderjarige kinderen, partners van kinderen en ouders) of naaste geassocieerden (bijvoorbeeld iemand die met een PEP nauwe zakelijke relaties heeft) van deze personen. PEP's dienen aan een verscherpt cliëntenonderzoek te worden onderworpen.¹⁰ Zo moet, in geval van een PEP, voor het aangaan of voortzetten van de zakelijke relatie de toestemming worden verkregen van een persoon die deel uitmaakt van het hoger leidinggevend personeel, dienen passende maatregelen te worden getroffen om de bron van het

⁵ Op grond van artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 3, eerste en tweede lid, sub a en b Wwft.

⁶ *Kamerstukken II 2017/2018, 34 808, nr. 3, p. 8.*

⁷ Op grond van artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 3, eerste en tweede lid, sub d, Wwft.

⁸ Zie ook AFM Leidraad Wwft en Sanctiewet, p. 21.

⁹ Op grond van artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 8, vijfde lid, Wwft.

¹⁰ *Kamerstukken II 2017/2018, 34 808, nr. 3, p. 5, 32 en 55.*

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 7 van 22 |

vermogen en van de middelen vast te stellen en dient de zakelijke relatie doorlopend aan verscherpte controle te worden onderworpen.

27. Het doen van voldoende cliëntenonderzoek, het voortdurend controleren van de zakelijke relaties en transacties en het beschikken over een risicobeheersysteem zijn essentiële voorwaarden om de risico's op misbruik van Zwaan Finance voor witwassen of financieren van terrorisme te beperken en te beheersen. Dit draagt bij aan het voorkomen dat de financiële markt wordt geschaad doordat (rechts)personen geld via de financiële markt witwassen of daarmee terrorisme financieren. Zwaan Finance kan aan de wijze waarop zij haar cliëntenonderzoek uitvoert een risicogebaseerde invulling geven, bijvoorbeeld in de mate van intensiviteit en rekening houdend met de van toepassing zijnde risico's. Ditzelfde geldt voor haar verplichting om PEP's te detecteren. Zwaan Finance heeft echter in meerdere dossiers in het geheel nagelaten de identiteit van de cliënt of de UBO van de cliënt te verifiëren en een voortdurende controle uit te oefenen. Andere maatregelen dan de cliënt zelf aan te laten vinken op een formulier of sprake is van een PEP waren er niet. Het feit dat de cliënten van Zwaan Finance bekenden zijn van de beleidsbepaler of de gelden van cliënten worden overgemaakt vanaf erkende bankinstellingen is niet voldoende. Daarbij geldt dat bij vastgoedinvesteringen sprake is van een hoger risico op witwassen. Vastgoedinvesteringen betreffen immers veelal forse bedragen waarbij niet altijd duidelijk is waar de oorsprong van deze gelden liggen. Zwaan Finance had ten minste met dit risico rekening moeten houden.
28. Door in onvoldoende mate cliëntenonderzoek uit te voeren, geen voortdurende controle uit te oefenen en niet te beschikken over een risicobeheersysteem heeft Zwaan Finance haar belangrijke rol als poortwachter niet vervuld. Van een professionele partij als een (light)beheerder mag evenwel worden verwacht dat deze rol naar behoren wordt uitgevoerd. De AFM heeft aanleiding gezien daarvoor een bestuurlijke boete op te leggen.
29. In de onderstaande randnummers gaat de AFM in op de door Zwaan Finance aangedragen bezwaargronden.

A. Vooringenomenheid AFM

30. Tijdens de hoorzitting gaf Zwaan Finance aan het opvallend te vinden dat er vier medewerkers van de AFM tijdens het onderzoek ter plaatse op 23 september 2021 aanwezig waren. Hierdoor moet bij de AFM vooraf de indruk of het vermoeden zijn ontstaan dat Zwaan Finance in ernstige mate tekortschoot in de naleving van de regelgeving. Dat er vier personen bij het onderzoek ter plaatse aanwezig waren, kan volgens Zwaan Finance niet anders worden verklaard dan dat hier sprake moet zijn geweest van een persistente vooringenomenheid van de AFM. Daarnaast heeft Zwaan Finance

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 8 van 22 |

naar voren gebracht dat de AFM tijdens het onderzoek ter plaatse in een gesprek aan de beleidsbepaler de cautie heeft gegeven. Zwaan Finance stelt dat het gesprek, of verhoor, is gevoerd terwijl voor de AFM al vaststond dat een bestraffende maatregel zou worden opgelegd aan Zwaan Finance. Dit is opmerkelijk omdat ten tijde van het verhoor nog niet vaststond dat een overtreding was begaan. Het ondersteunt de opvatting van Zwaan Finance dat bij de AFM sprake is geweest van een vooringenomen mening of zienswijze over Zwaan Finance die niet positief was, en overigens niet op feiten was gebaseerd maar op een 'eigen perceptie'. Dit maakt het onderzoek en de daaraan te verbinden consequenties door de AFM onzuiver en niet objectief.

31. In het verdere verloop van het onderzoek door de AFM is dat ook in meer of mindere mate gebleken, tot het moment waarop Zwaan Finance door de AFM in de gelegenheid is gesteld in te stemmen met een vereenvoudigde afdoening van de boetes. De houding van de AFM kan naar de mening van Zwaan Finance als volgt worden samengevat: Zwaan Finance verdient hoe dan ook een boete. Dat is volgens Zwaan Finance van meet af aan de insteek van de AFM geweest.

Reactie AFM

32. De AFM kan Zwaan Finance niet volgen dat sprake is van vooringenomenheid, hetgeen zou moeten blijken uit het aantal personen dat namens de AFM bij het onderzoek ter plaatse aanwezig was, dat de AFM de cautie heeft gegeven tijdens dat onderzoek en het aanbod tot vereenvoudigde afdoening.

Aantal toezichthouder onderzoek ter plaatse

33. De AFM kan zich voorstellen dat het indruk maakt als zij met een groep toezichthouders ter plaatse onderzoek doet, te meer waar het een kleinere onderneming betreft. De AFM houdt ook rekening met het aantal toezichthouders dat aanwezig is. Om een onderzoek zorgvuldig te laten verlopen zijn er veelal meerdere toezichthouders aanwezig, ieder met een eigen rol. Aan Zwaan Finance is vooraf aangekondigd dat er vier toezichthouders aanwezig zouden zijn, waarvan één voor de schriftelijke vastlegging van het onderzoek ter plaatse. De AFM begrijpt niet dat uit het aantal aanwezige toezichthouders volgt dat de AFM vooringenomen zou zijn en zich bijvoorbeeld door persoonlijke belangen of voorkeuren heeft laten beïnvloeden. De aanwezigheid van vier toezichthouders is overigens ook niet ongebruikelijk voor een onderzoek als deze, waar er meerdere gesprekken worden gevoerd en cliëntdossiers ter plekke worden ingezien.

Cautie

34. Tijdens het onderzoek ter plaatse heeft de AFM aan de beleidsbepaler van Zwaan Finance de cautie gegeven alvorens zij vragen aan hem heeft gesteld. De AFM is verplicht de cautie te geven als sprake is van een *criminal charge*. Van een *criminal charge* is sprake zodra de AFM bij een onderzoek het

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 9 van 22

(concrete) voornemen heeft om een bestraffende sanctie op te leggen.¹¹ In het bestuursrecht kan het precieze aanvangsmoment voor een *criminal charge* onduidelijk zijn. In dit geval volgde uit de informatie die de AFM van Zwaan Finance had ontvangen reeds een vermoeden van overtredingen van de Wwft. Zwaan Finance had immers in de Wwft- en Sw-vragenlijst aangegeven dat er geen transactieprofiel werd opgemaakt en het risicoprofiel van cliënten niet periodiek of *event driven* werd herzien.¹² Gelet op die situatie heeft de AFM de cautie gegeven als ware het een voorzorgsmaatregel, ingegeven vanuit de gedachte Zwaan Finance te beschermen doordat zij niet gedwongen zou worden om uitspraken te doen die later in het onderzoek tegen haar kunnen worden gebruikt. Daaruit kan echter niet worden opgemaakt dat aan de kant van de AFM sprake van vooringenomenheid is.

Vereenvoudigde afdoening

35. De AFM kan partijen de mogelijkheid bieden om een boetezaak vereenvoudigd af te doen als een partij bereid is de overtreding te erkennen en de boete te accepteren. Hierdoor kunnen langdurige en kostbare juridische procedures voor beide partijen worden voorkomen. Na het geven van de zienswijze door Zwaan Finance op het boetevoornemen van de AFM, heeft de AFM de mogelijkheid tot 'vereenvoudigde afdoening' van de boete met Zwaan Finance verkend. In dit geval werd de overtreding door Zwaan Finance erkend en heeft de AFM de zaak geschikt geacht voor vereenvoudigde afdoening. Op dat moment had de AFM haar onderzoek naar Zwaan Finance al afgerond en was bovendien al bekend dat zij voornemens was een boete op te leggen. In volgorde is het aldus volkomen verklaarbaar dat de AFM na het geven van de zienswijze de mogelijkheid heeft geboden tot vereenvoudigde afdoening van de zaak, temeer nu de overtreding door Zwaan Finance werd erkend in de zienswijze. Uit de verkenning naar vereenvoudigde afdoening kan dan ook niet de conclusie worden getrokken dat de AFM vooringenomen is geweest.
36. Gezien het bovenstaande volgt de AFM het standpunt van Zwaan Finance niet dat de AFM vooringenomen jegens haar heeft gehandeld. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. Het handhavingsbeleid van de AFM

37. Zwaan Finance stelt dat de AFM niet in overeenstemming of in strijd met het handhavingsbeleid van de AFM en DNB (**het Handhavingsbeleid**)¹³ heeft gehandeld, door het daarin opgenomen traject van informele maatregelen niet toe te passen ten aanzien van Zwaan Finance. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat een inhoudelijk gesprek waarbij normoverdracht plaatsvindt voor Zwaan Finance

¹¹ Raad van State 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862.

¹² [...].

¹³ <https://wetten.overheid.nl/BWBR0044284/2020-11-03>.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 10 van 22

onvoorwaardelijk voldoende zou zijn geweest om normconform gedrag tot stand te brengen. Het is volgens Zwaan Finance onduidelijk en niet goed te motiveren waarom de AFM geen gebruik heeft gemaakt van informele maatregelen, zoals een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief. In ieder geval kan de AFM, aldus Zwaan Finance, niet volstaan met de opmerking dat het opportuun is om meteen andere handhavingsinstrumenten ter hand te nemen, bijvoorbeeld vanwege een algemeen argument dat de AFM een risicogebaseerde aanpak hanteert.

38. Daarnaast verwijst Zwaan Finance naar norminformerende brieven die zij van de AFM heeft ontvangen. Daarover merkt zij kort gezegd op dat deze steeds een min of meer algemeen informerend karakter droegen en dit geen reden vormde om met verhoogde inzet, voor zover al mogelijk, activiteiten te ontplooiën gericht op naleving van wet- en regelgeving. De AFM had langs informele weg Zwaan Finance tot meer actie kunnen bewegen. Een normoverdragend gesprek is, aldus Zwaan Finance, een gebruikelijke eerste stap als er zorgen zijn over de compliance status van een instelling. Bovendien voert de AFM in het ene geval wel eerst een normoverdragend gesprek, en in een ander geval laat de AFM dat achterwege. Zwaan Finance acht dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel en verwijst daarbij naar een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (**het CBB**) waarbij een beleggingsonderneming eerst een normoverdragend gesprek heeft gekregen.¹⁴ Na een normoverdragend gesprek krijgt de betreffende instelling een redelijke termijn waarbinnen alsnog voldaan kan worden aan de regelgeving, zonder dat een punitieve sanctie volgt. De norminformerende brief wijst op de verplichting te voldoen aan de wet- en regelgeving wat wordt gezien als een ‘open deur’. Zwaan Finance was ermee bekend dat moet worden voldaan aan wet- en regelgeving waardoor de norminformerende brief geen specifieke reden vormde om met verhoogde inzet activiteiten te ontplooiën. Dit beeld werd voor Zwaan Finance versterkt doordat de AFM in de norminformerende brief geen uiterste datum of termijn heeft genoemd waarbinnen Zwaan Finance moest voldoen aan de regels. Zwaan Finance was “werkendeweg” bezig om volledig te voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving in de wetenschap dat het praktisch niet mogelijk is om alles tegelijkertijd vorm te geven. Zwaan Finance stelt dat de Wwft te gecompliceerd is en het tijd vergt om de bedrijfsvoering daarop in te richten.

Reactie AFM

39. Het Handhavingsbeleid sluit aan bij de doelstellingen van de financiële wet- en regelgeving waarop de AFM en DNB toezicht houden. Uit het Handhavingsbeleid volgt dat sprake is van maatwerk bij ieder besluit waarbij aan de AFM (en DNB) beleidsvrijheid toekomt. Zo staat in de inleiding van het Handhavingsbeleid dat het beleid inzicht geeft in *“de uitgangspunten en factoren die voor de toezichthouders richtinggevend zijn bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten [...].*

¹⁴ College van Beroep voor het bedrijfsleven 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 11 van 22

Vanuit de eigen taak komen de toezichthouders zelfstandig – aan de hand van een weging van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen – tot een passende wijze van optreden.”

40. Het Handhavingsbeleid schrijft derhalve geen vast handhavingstraject voor dat de AFM dient te volgen. De AFM is derhalve niet op grond van haar beleid verplicht om alvorens over te gaan tot formele handhaving eerst de tot haar beschikking staande informele handhavingsinstrumenten te hebben benut. Dit wordt ook benadrukt onder paragraaf 2: *“Dit betekent overigens niet dat in alle gevallen waarin een overtreding van de financiële wet- en regelgeving wordt geconstateerd, enkel of in eerste instantie informeel wordt opgetreden. Of de toezichthouders informeel of formeel optreden én welke maatregel of combinatie van maatregelen daarbij getroffen wordt, zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval en van de weging van de factoren die daarbij een rol spelen [...]”. Naast ernst en duur van de overtreding wegen de toezichthouders onder meer de mate van verwijtbaarheid en de mate van compliance-gerichtheid.”*
41. Gelet op voorgaande meent de AFM reeds dat zij niet in strijd met haar Handhavingsbeleid heeft gehandeld.
42. Bij de wijze waarop de AFM optreedt, staat het bevorderen van normconform gedrag centraal. Uitgangspunt is dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. De AFM richt zich daar ook in haar toezicht op, onder meer door het versturen van norminformerende brieven. Een norminformerende brief wordt door de AFM gebruikt wanneer nog geen sprake is van een formeel vastgestelde overtreding, maar zij de markt of een partij wil informeren over een wettelijke norm. Bijvoorbeeld om meer algemeen te wijzen op de naleving van bepaalde normen of als nieuwe wet- en regelgeving aankomend is. Zo wordt Zwaan Finance in de norminformerende brief van 9 september 2020 geïnformeerd over het Themaonderzoek naar transactiemonitoring en de meldplicht en specifiek gewezen op haar verplichting een voortdurende controle op haar zakelijke relaties en de tijdens de duur van deze relaties verrichte transacties uit te oefenen, en waar nodig een onderzoek naar de bron van middelen te verrichten, omdat Zwaan Finance bij de beantwoording van de Vragenlijst Wwft en Sw 2019 heeft aangegeven niet aan transactiemonitoring te doen. In de brief van 15 april 2021 wordt Zwaan Finance onder meer erop gewezen dat de Wwft, de Sanctiewet 1977 (**Sw**) en de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (**Rt Sw**) (tezamen: **Sanctieregelgeving**) op light-beheerders van toepassing zijn. Een norminformerende brief is dus een middel in de strategie van de AFM dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt en kan behulpzaam zijn. Het is geenszins een voorwaardelijk vereiste dergelijke brieven te versturen en evenmin om daarin termijnen te stellen, alvorens Zwaan Finance zich normconform behoeft te gedragen. Die verantwoordelijkheid ligt volledig bij Zwaan Finance en deze verantwoordelijkheid heeft Zwaan Finance niet genomen.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 12 van 22

43. Zoals ook onder randnummers 39 en 40 vermeld, is de AFM niet gehouden om steeds (eerst) informeel te handhaven middels het voeren van een normoverdragend gesprek. Zwaan Finance verwijst met een beroep op het gelijkheidsbeginsel naar een uitspraak van het CBb waar wel een normoverdragend gesprek door de AFM is gevoerd. Echter heeft Zwaan Finance niet aangetoond waar de situatie uit de uitspraak en haar eigen situatie overlap vertoond en waarom er aldus sprake zou zijn van gelijke gevallen die gelijk moeten worden behandeld. In de uitspraak van het CBb waar Zwaan Finance in dit geval naar verwijst, gaat het om een overtreding van artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet op het financieel toezicht. Terwijl bij Zwaan Finance overtredingen van [...] de Wwft zijn geconstateerd. Dit duidt erop dat er geen sprake is van gelijke gevallen. Gezien het voorgaande kan de AFM dan ook niet volgen waarom het gelijkheidsbeginsel is geschonden.
44. De AFM heeft vastgesteld dat Zwaan Finance de Wwft niet naleefde. Daarmee richt het toezicht van de AFM zich op het alsnog normconform gedragen door Zwaan Finance en op het waar nodig afdwingen door de inzet van handhavingsinstrumenten. Als een overtreding nog voortduurt zal de AFM zich in ieder geval richten op het beëindigen daarvan en op herstel van het naleven van de norm. Daarnaast kan afhankelijk van de omstandigheden ook besloten worden tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Naarmate de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder toenemen, ligt dit eerder in de rede.
45. In dit geval heeft de AFM aanleiding gezien om, naast een aanwijzing, aan Zwaan Finance een bestuurlijke boete als punitieve sanctie op te leggen. Waarom zij dat opportuun heeft geacht, is uiteengezet in hoofdstuk 5 van het Boetebesluit. Zoals ook in het Boetebesluit en hiervoor onder randnummers 24 t/m 28 is toegelicht, speelt Zwaan Finance een belangrijke rol als poortwachter. Deze rol heeft Zwaan Finance niet naar behoren vervuld doordat zij heeft nagelaten deugdelijk cliëntenonderzoek te doen en niet over een (passend) risicobeheersysteem beschikte om te bepalen of de cliënt of de UBO van de cliënt een PEP-status heeft. Hiermee heeft Zwaan Finance het risico geaccepteerd dat middels haar beleggingsinstellingen kon worden witgewassen. Bovendien speelt een rol dat de AFM Zwaan Finance al eerder via norminformerende brieven heeft gewezen op haar verplichtingen en ook de inzet van handhaving nodig bleek om Zwaan Finance tot normconform gedrag te bewegen.¹⁵ Daarbij voldeed Zwaan Finance niet binnen de begunstigingstermijn van de aanwijzing, en is een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom aan haar

¹⁵ Zoals gezegd staat het geven van de aanwijzing niet ter discussie in deze procedure. De AFM reageert in dit bezwaar derhalve niet op het standpunt van Zwaan Finance dat ter beëindiging van de overtreding een gesprek voldoende had geweest. Onderhavige procedure richt zich op de bestuurlijke boete, die niet is gericht op herstel maar op bestraffing. Daarvoor acht de AFM het enkele feit dat handhaving nodig bleek reeds voldoende om mee te wegen.

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 13 van 22 |

verstuurd.¹⁶ Sinds 25 juli 2018 had Zwaan Finance aan de op haar van toepassing zijnde regelgeving moeten voldoen. Het gaat dus om een ernstige overtreding, die structureel van aard was, meerdere jaren voortduurde en waarbij de AFM heeft moeten ingrijpen om de overtreding te beëindigen. De AFM acht gezien voorgaande het opleggen van een bestuurlijke boete evenredig en in lijn met haar Handhavingsbeleid. Voor de conclusie dat zij had moeten volstaan met informele maatregelen ziet de AFM dan ook geen aanleiding.

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

C. (Voornemen) boeteoplegging

47. Allereerst erkent Zwaan Finance de door de AFM geconstateerde overtredingen, maar ziet zij geen deugdelijke juridische grondslag tot het opleggen van een boete. De AFM heeft de mogelijkheid tot het opleggen van een boete, maar er is sprake van een zogeheten ‘kan’ bepaling. Daardoor krijgt het motiveringsvereiste een extra accent. De AFM heeft in haar boetebesluit echter niet of onvoldoende gemotiveerd waarom een boete wordt opgelegd, zoals bedoeld in artikel 3:46 Awb. De opvatting van de AFM, dat zij belang hecht aan een goede naleving van de normen uit de Wwft, is te algemeen en de AFM houdt ten onrechte geen rekening met de door Zwaan Finance gevolgde werkwijze die het witwassen en financieren van terrorisme feitelijk onmogelijk maakte. Zo is Zwaan Finance een organisatie van zeer beperkte omvang en zijn alle cliënten voor haar bekende (rechts)personen. Ook worden middelen van cliënten overgemaakt vanaf een erkende bankinstelling. Voordat de AFM aankondigde een onderzoek te starten, had Zwaan Finance al cliënten benaderd om als eerste stap te onderzoeken op welke wijze de belegde gelden door de beleggers waren verkregen. Dit was niet gemakkelijk want cliënten voelden zich ‘verdacht gemaakt’ of gewantrouwd door Zwaan Finance. Daarnaast heeft [C] aangegeven dat cliënten zijn en worden geweigerd als twijfels bestaan omtrent de herkomst van het te beleggen vermogen. Al met al handelde Zwaan Finance in lijn met de geest en het doel van de Wwft en daar houdt de AFM geen rekening mee.

48. Zwaan Finance benoemt voorts dat zij kosten noch moeite heeft gespaard bij het verbeteren van haar processen, hetgeen niet is meegewogen bij de vraag of boeteoplegging opportuun is. Zo stelt Zwaan Finance dat de AFM het mantra hanteert dat hetgeen Zwaan Finance aan gerichte inspanningen aantoonbaar heeft ondernomen, niets afdoet aan de opportuniteit van beboeting. Zij is van mening

¹⁶ Uit de aanwijzing (met kenmerk: [kenmerk]) volgt een termijn van vijf maanden na dagtekening van de aanwijzing waarbinnen Zwaan Finance aan de aan haar opgelegde gedragslijn diende te voldoen (zie onder paragraaf 4 van de aanwijzing). De aanwijzing dateert van 25 maart 2022, waarmee Zwaan Finance in ieder geval op 25 augustus 2022 alsnog aan artikelen 3, eerste en tweede lid, subs a, b en d en artikel 8, vijfde lid Wwft moest voldoen.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 14 van 22

dat dit niet in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan in het bijzonder het motiveringsvereiste, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van evenwichtige belangenafweging.

49. Daarnaast acht Zwaan Finance het aannemelijk dat de AFM bij echt ernstige overtredingen niet zal overgaan tot vereenvoudigde afdoening. De instellingen die een boete hebben gekregen van miljoenen zijn volgens Zwaan Finance niet in de gelegenheid gesteld tot vereenvoudigde afdoening. Het zou in die gevallen om echt ernstige overtredingen gaan.
50. Tot slot merkt Zwaan Finance op dat de AFM Zwaan Finance in het boetebesluit verwijt dat zij op de hoogte moet zijn van de Wwft, tot driemaal toe een norminformerende brief heeft ontvangen, een aanwijzing heeft gekregen en een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom heeft ontvangen. Zwaan Finance stelt dat dit onjuist is, en dat na het voornemen van de AFM tot het geven van een aanwijzing alles in het werk is gesteld om te voldoen aan de Wwft. Een aanwijzing was dan ook niet nodig geweest.

Reactie AFM

51. Zoals hiervoor ook in randnummer 44 is benoemd, kan de AFM naast maatregelen gericht op herstel ook een bestuurlijke boete opleggen, hetgeen eerder in de rede ligt naarmate de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder toenemen. De AFM weerspreekt niet dat zij daarbij beleidsvrijheid heeft. In randnummer 45 heeft de AFM mede onder verwijzing naar het Boetebesluit uiteengezet waarom zij het opportuun heeft geacht een bestuurlijke boete aan Zwaan Finance op te leggen. De AFM is van oordeel dat zij duidelijk gemotiveerd heeft waarom zij tot boeteoplegging is overgegaan. De AFM heeft daarbij de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van Zwaan Finance alsook de opstelling van Zwaan Finance meegewogen. Onderdeel van die afweging is ook geweest dat achteraf niet is gebleken van enig feitelijk misbruik of van ontoelaatbare geldstromen, de medewerking van Zwaan Finance aan het onderzoek en de stappen die Zwaan Finance heeft gezet om haar processen te verbeteren. De AFM heeft daar echter niet het gevolg aan gegeven waar Zwaan Finance op heeft gehoopt, te weten het afzien van boeteoplegging. Gelet op de omstandigheden ziet de AFM daar ook in heroverweging geen aanleiding toe. Onder verwijzing naar randnummer 24 benadrukt de AFM dat het verrichten van cliëntenonderzoek één van de twee pijlers is van de maatregelen om witwassen en financieren van terrorisme te voorkomen en het hebben van een passend risicobeheersysteem een noodzakelijk vereiste is om PEP's te identificeren. Dit kan Zwaan Finance weliswaar risicogebaseerd invullen, maar kan niet achterwege worden gelaten vanuit de gedachte dat cliënten bekenden, en dus zonder risico's, zijn en verdere verantwoordelijkheid bij banken te leggen. Hoewel Zwaan Finance in de loop van 2022 informatie heeft opgevraagd bij haar cliënten is gebleken dat dat in meerdere dossiers onvoldoende was om aan de verplichtingen van

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 15 van 22 |

artikel 3 Wwft te voldoen. Daarnaast volstond die maatregel in het geheel niet om aan haar verplichting op grond van artikel 8, vijfde lid, Wwft te voldoen. Dat cliënten van Zwaan Finance zich ‘verdacht gemaakt’ of gewantrouwd voelden neemt voorts niet weg dat Zwaan Finance cliëntenonderzoek moet verrichten en, passend bij haar omvang en activiteiten, de nodige maatregelen daarvoor moet treffen. Zwaan Finance is als beheerder actief op de financiële markt en heeft een eigen verantwoordelijkheid om zich te houden aan de op haar van toepassing zijnde wettelijke verplichtingen, zo ook het treffen van cliëntenonderzoeksmatregelen. Door Zwaan Finance is overigens niet aangetoond dat in de praktijk daadwerkelijk cliënten zijn geweigerd zodra er twijfels bestonden omtrent de herkomst van het te beleggen vermogen van een nieuwe cliënt. Bovendien beschikte Zwaan Finance niet over een beleid waaruit volgde wanneer sprake zou zijn van twijfels omtrent de herkomst van het te beleggen vermogen van een nieuwe cliënt.

52. Het valt Zwaan Finance aan te rekenen dat zij bijna vier jaar, in ieder geval tussen 25 juli 2018 en 20 januari 2021,¹⁷ onvoldoende cliëntenonderzoeksmatregelen trof en dat zij tot aan het ingrijpen door de AFM nagenoeg niets had ingericht ter naleving van haar Wwft-verplichtingen. Van een partij die actief is op de financiële markt mag worden verlangd dat zij zich normconform gedraagt en dat enig ingrijpen van de AFM niet noodzakelijk zou moeten zijn. De AFM heeft norminformerende brieven, een (voornemen) aanwijzing, en nog een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom verstuurd, waarna Zwaan Finance pas afdoende cliëntenonderzoek had gedaan en over een passend risicobeheersysteem beschikte.
53. De AFM ziet dat Zwaan Finance zich uiteindelijk heeft ingezet om te voldoen aan de Wwft en onderkent dat daarmee tijd en kosten gepaard gaan. Dit geldt echter voor iedere light-beheerder alsmede andere instellingen waarop de Wwft van toepassing is. Zwaan Finance heeft daarin geen andere positie en daarbij gepaard gaande kosten zijn inherent aan het actief zijn op de financiële markt. Zwaan Finance heeft, zoals ook in het Boetebesluit staat, in de kern niet meer gedaan dan wat zij van meet af aan had moeten doen. In feite had Zwaan Finance deze maatregelen vier jaar eerder moeten treffen, zodat zij vanaf het moment van verplichtstelling zou voldoen aan de Wwft-vereisten: het uitvoeren van een cliëntonderzoek alsmede het beschikken over een risicobeheersysteem. Dan had de AFM aan haar ook geen boete opgelegd. Nu Zwaan Finance destijds heeft nagelaten om aan de Wwft te voldoen heeft de AFM daartegen handhavend opgetreden met een boete tot gevolg.

¹⁷ Deze periode geldt voor wat betreft de overtreding van artikel 1a, zesde lid, juncto artikel 3, eerste en tweede lid, sub a, Wwft (identificatie en verificatie van de identiteit van de cliënt). De overtredingen van artikelen 3, eerste en tweede lid, sub b en d en artikel 8, vijfde lid, Wwft hebben langer geduurd, namelijk van 25 juli 2018 tot 19 september 2022 (identificatie en verificatie van de identiteit van de UBO alsmede inzicht in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur), van 25 juli 2018 tot 19 oktober 2022 (voortdurende controle van de zakelijke cliënt alsmede van verrichte transacties) en van 25 juli 2018 tot 22 september 2022 (risicobeheersysteem PEP-controle).

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 16 van 22 |

Omdat Zwaan Finance nadien – na ingrijpen van de AFM – alsnog heeft voldaan aan haar verplichtingen, kan het niet zo zijn dat van boeteoplegging moet worden afgezien. Een zodanige aanpak zou voorbijgaan aan het punitieve karakter van een bestuurlijke boete.

54. Daarbij komt dat het door de AFM bieden van de mogelijkheid om een boetezaak vereenvoudigd af te doen niet aan de hoogte van de boete en ernst van de overtreding is gekoppeld. Vereenvoudigde afdoening is bedoeld om met het nemen van een boetebesluit de zaak voor beide partijen op een efficiënte wijze definitief af te ronden. Of sprake is van een ernstige overtreding is derhalve niet relevant. Zoals ook reeds onder randnummer 35 is aangehaald, speelt een rol bij vereenvoudigde afdoening of een partij bereid is de overtreding te erkennen.¹⁸ Omdat Zwaan Finance de overtredingen heeft erkend, heeft de AFM in dit geval verkend of zij openstond voor deze procedure.
55. De AFM ziet gelet op voorgaande niet in dat boeteoplegging leidt tot strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en in het bijzonder het motiveringsvereiste, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van evenwichtige belangenafweging. Dit leidt tot de conclusie dat de AFM ook in heroverweging geen aanleiding ziet voor het afzien van boeteoplegging.
56. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

D. De boetehoogte

57. Zwaan Finance stelt dat de door de AFM opgelegde boete niet in verhouding staat tot de door haar begane overtreding van de Wwft. Daarnaast is de bewering van de AFM dat zij aanzienlijke druk nodig had om Zwaan Finance tot normconform gedrag te bewegen onjuist/onwaar. Zwaan Finance geeft aan dat zij immers onmiddellijk actie heeft ondernomen zonder dat daar druk van de AFM voor nodig was.
58. Zwaan Finance geeft aan dat zij binnen twee dagen nadat het voornemen tot het geven van een aanwijzing bij haar bekend was, een overeenkomst heeft gesloten met een extern deskundige om zodoende zo snel mogelijk te voldoen aan de Wwft. Alsnog gaat de AFM voorbij aan deze inspanningen en legt ze een (disproportionele) boete op. Zwaan Finance stelt dat de handhaving door de AFM op deze wijze ‘beleidsmatig’ een ‘verdienmodel’ is.
59. Zwaan Finance stelt verder dat zij geen voordeel heeft genoten door het niet naleven van de Wwft. De overtreding zou niet hebben geleid tot marktverstoring noch tot een schending van het

¹⁸ Zie de Procedure vereenvoudigde afdoening boetezaken AFM.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 17 van 22

vertrouwen in de financiële markt. Inmiddels is gebleken dat slechts enkele cliënten onder een 'hoog risico' vallen vanwege de branche waarbinnen zij hun activiteiten ontplooiën. Uit het Boetebesluit volgt niet of onvoldoende dat de voorgaande elementen zijn meegewogen bij het nemen van dit besluit.

60. Voorts voert Zwaan Finance aan dat zij niet in staat is de aan haar opgelegde boete te betalen, omdat zij formeel geen omzet en een laag eigen vermogen heeft. De boetes die zijn opgelegd voor de AFM hebben normaliter een bepaalde verhouding tussen bijvoorbeeld de omzet of winst van een instelling en de hoogte van de boete. Daarvan is bij onderhavige boete geen sprake. Zwaan Finance stelt dat de AFM blijkbaar geabstraheerd van de bij haar bekende financiële gegevens, een boete opgelegd. Ook de financiële toekomst van Zwaan Finance laat geen rooskleurig beeld zien. Als Zwaan Finance zal overgaan tot het betalen van de boete, zal volgens de accountant van Zwaan Finance kort gezegd 'in financieel opzicht een bijzonder precaire (onzekere) situatie voor de vennootschap ontstaan'. In geval van een hoge boete bestaat er 'onzekerheid van materieel belang op grond waarvan gereede twijfel bestaat over de mogelijkheden van de onderneming om haar activiteiten in continuïteit te kunnen voortzetten'. Zwaan Finance stelt dat de boete ook daarom disproportioneel is.
61. Zwaan Finance stelt daarnaast dat de bestuurlijke boete niet wordt voldaan door [naam entiteit] of de stille vennoten van de commanditaire vennootschappen (de beleggingsinstellingen). [Naam entiteit] heeft uit het oogpunt van inschikkelijkheid de kosten voor het verbeteren van de processen voor Zwaan Finance betaald, hetgeen anders ligt bij het betalen van de boete. Zwaan Finance kan geen (rechtsgeldig) beroep doen op derden om voor haar de boete te betalen.
62. [...].

Reactie AFM

63. De AFM is van oordeel dat de boete die zij heeft opgelegd aan Zwaan Finance voor overtreding van de Wwft niet onevenredig hoog is. Voor de overtreding van artikel 3, eerste en tweede lid en artikel 8 Wwft geldt een basisbedrag van € 2.000.000. Bij de bepaling van de hoogte van de boete heeft de AFM rekening gehouden met de ernst en de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van Zwaan Finance. Daarbij zijn de aspecten die relevant waren in het kader van de opportuniteit van de boeteplegging eveneens meegewogen, zoals de medewerking van Zwaan Finance aan het onderzoek en de stappen die Zwaan Finance heeft gezet om haar processen te verbeteren. De AFM heeft daar echter geen aanleiding in gezien tot verlaging van het boetebedrag. Daarnaast heeft de AFM rekening gehouden met de omvang van Zwaan Finance. Dit heeft geleid tot een (verlaagd) boetebedrag van € 94.000.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 18 van 22

64. De AFM onderkent dat Zwaan Finance, na het voornemen tot aanwijzing, een externe partij heeft ingeschakeld om haar te ondersteunen bij haar compliance en dat Zwaan Finance nadien heeft vastgesteld dat slechts enkele cliënten onder een 'hoog risico' vallen vanwege de branche waarbinnen zij hun activiteiten ontplooiën. Of Zwaan Finance daadwerkelijk geen voordeel heeft genoten, heeft de AFM niet kunnen vaststellen. Wat van voorgaande ook zij, daar tegenover staat dat Zwaan Finance jarenlang heeft nagelaten inspanningen te verrichten en geen kosten heeft gemaakt voor het hebben en actualiseren van de risicobeoordeling en het Wwft-beleid, pas na ingrijpen door de AFM tot actie is overgegaan en de norm is gericht op het voorkomen dat de dienstverlening van Zwaan Finance wordt misbruikt voor witwassen of financieren van terrorisme. Alles tegen elkaar afgewende ziet de AFM geen aanleiding tot een verdere verlaging van het boetebedrag.
65. Volledigheidshalve in reactie op de stelling hierover in het aanvullend bezwaarschrift benadrukt de AFM hierbij dat haar handelen niet op een verdienenmodel is gebaseerd. Aan de AFM komt binnen haar handhavingsbeleid enige beleidsvrijheid toe waarbij zij per dossier maatwerk kan leveren en de afweging dient te maken wat zij per geval een passende maatregel - en in het geval van een boete een passende hoogte - acht. De opbrengsten uit dwangsommen en bestuurlijke boetes worden overigens toegerekend aan de verschillende toezichtcategorieën en opbrengsten die in het desbetreffende jaar het bedrag van € 4,5 miljoen te boven gaan komen toe aan de Staat.¹⁹
66. [...].
67. Voor wat betreft de vaststelling van de boetehoogte regelt artikel 4 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**het Bbbfs**) dat de AFM rekening moet houden met de draagkracht van Zwaan Finance. Uitgangspunt hierbij is geweest dat een toezichthouder meer ruimte diende te krijgen om van geval tot geval te bepalen wat de hoogte van de boete moet zijn voor een onderneming, waardoor de draagkrachtmeting aan de toezichthouder is overgelaten. Indien de hoogte van de bestuurlijke boete gelet op de beperkte draagkracht van een overtreder als niet passend moet worden aangemerkt, dient de AFM dit bedrag te verminderen. Zoals ook uit de nota bij dit artikel volgt, kan de AFM bij het bepalen van de draagkracht die elementen meenemen die een goede basis zijn voor de berekening van de draagkracht. Voorbeelden van elementen die de AFM in overweging kan nemen zijn het eigen vermogen, het balanstotaal of de omzet. Ook de winst- en verliesrekening, de soliditeit en liquiditeit kunnen relevant zijn.²⁰ Indien de AFM beschikt over andere draagkrachtgegevens die over de overtreder bekend zijn, kan zij die ook meenemen. Uiteindelijk is het aan de overtreder om de nadere informatie te verschaffen over haar draagkracht.

¹⁹ Zie de Wet bekostiging financieel toezicht 2019.

²⁰ Nota van Toelichting bij het Bbbfs (Staatsblad 2009/329), Vgl. College van Beroep voor het bedrijfsleven 20 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:455.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 19 van 22

68. Voor de draagkrachtvaststelling is gelet op voorgaande aan de toezichthouder een nodige vrijheid toebedeeld. Er bestaat voor de AFM bovendien geen verplichting om per definitie doorslaggevende betekenis toe te kennen aan een gebrek aan draagkracht van de overtreder, zolang de boete evenredig is.²¹
69. Hoewel de AFM Zwaan Finance volgt dat de bestuurlijke boete door Zwaan Finance als overtreder dient te worden voldaan, en niet door derden, is de AFM van oordeel dat het gebrek aan omzet dat uit de jaarstukken volgt, wordt veroorzaakt door een constructie die Zwaan Finance (met derden) heeft opgetuigd.
70. Zwaan Finance is beheerder van verschillende beleggingsinstellingen. Uit de door Zwaan Finance verstrekte informatiememoranda volgen de vergoedingen die aan de beheerder, Zwaan Finance, moeten worden betaald. Zo volgt uit het Informatiememorandum Jagtlust C.V. een jaarlijkse vergoeding aan Zwaan Finance van ten minste € 12.300.²² Uit de informatiememoranda als aangehaald in voorgaande voetnoot blijkt dat Zwaan Finance op dit moment jaarlijks ten minste een bedrag van circa € 28.100 zou moeten ontvangen als beherend venoot.²³ Opvallend is dat uit de jaarrekening 2021 en 2022 van Zwaan Finance volgt dat zij in de jaren 2020, 2021 en 2022 geen opbrengsten, waaronder beheervergoedingen, heeft ontvangen. Uit het meerjarenoverzicht in de jaarstukken 2021 volgen in de jaren daarvoor (2018-2019) evenmin opbrengsten die Zwaan Finance op basis van de beheervergoeding zou moeten genereren. Zwaan Finance lijkt derhalve al jaren geen omzet te genereren, hetgeen in de jaarstukken een beperkte draagkracht suggereert. Uit de jaarrekening 2022 volgt verder dat Zwaan Finance een eigen vermogen heeft van € 30.582 en uit de jaarrekeningen 2021 en 2022 volgt een (toenemende) latente belastingvordering.
71. Dit leidde in het kader van de boeteoplegging tot vragen van de AFM aan Zwaan Finance.²⁴ Zwaan Finance omschrijft de Reactie hierop de volgende situatie: *“De kosten die Zwaan maakt in haar*

²¹ Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1319. En zie verder: de Toelichting op het Boetetoemingsbeleid AFM 2021, p. 3.

²² Uit de Informatiememoranda van Bonnikeplein Noordwijk C.V., 's Gravendijck Noordwijk C.V., City C.V. Hoofddorp en Rotterdam Alexandrium C.V. blijken vergoedingen van respectievelijk € 2.500, € 8.400, € 2.000, € 2.900 per jaar. De vergoedingen zijn gebaseerd op een percentage van de huurinkomsten. De hoogte van de huur kan jaarlijks geïndexeerd worden. Tot 15 en 22 december 2020 beheerde Zwaan Finance ook nog Woonfonds Noordwijk C.V. en Woonfonds Voorhout C.V., waarvoor ten minste een beheervergoeding van respectievelijk € 27.000 en € 22.337 blijkt.

²³ Tot 2021 ging dit om een bedrag van € 77.437.

²⁴ De AFM heeft hier nogmaals vragen over gesteld op 24 april 2024, waarop Zwaan Finance niet gereageerd heeft.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 20 van 22

hoedanigheid als beherend vennoot worden vergoed door de stille vennoten en/of een derde, in casu [naam entiteit] De structureel feitelijke werkzaamheden die inherent zijn aan de entiteit van beherend vennoot worden eveneens verricht door [naam entiteit] Hiervoor ontvangt [naam entiteit] een vergoeding van de stille vennoten die deel uitmaken van de commanditaire vennootschappen (CV'S)."

De AFM begrijpt hieruit dat er beheervergoedingen worden ontvangen, maar dat deze door de beleggingsinstellingen op een andere rekening worden gestort, te weten die van [naam entiteit].²⁵ Hieruit maakt de AFM op dat de beheervergoedingen buiten de kasstromen van Zwaan Finance worden gehouden. Op deze manier kan Zwaan Finance leeg worden gehouden en ontstaat in de jaarstukken een ogenschijnlijke beperkte draagkracht.

72. De boekwaarde van een latente belastingvordering dient op elke balansdatum te worden beoordeeld. Een rechtspersoon dient de boekwaarde van een latente belastingvordering te verminderen voor zover het niet langer waarschijnlijk is dat (in de toekomst) voldoende fiscale winst beschikbaar zal zijn om de latente belastingvordering te realiseren. Gezien de stellingen van Zwaan Finance dat ook de financiële toekomst van Zwaan Finance geen rooskleurig beeld laat zien, heeft de AFM op 26 april 2024 gevraagd hoe Zwaan Finance de verwachte toekomstige fiscale winst in haar jaarstukken verklaart. Hierop heeft Zwaan Finance niet gereageerd.
73. Uit het Boetetoemingsbeleid van de AFM²⁶ volgt dat zij in beginsel overgaat tot matiging van de boete als het vastgestelde boetebedrag de draagkracht van de overtreder overstijgt. Op grond van stap 7 van het Boetetoemingsbeleid kunnen er redenen zijn om in afwijking daarvan over te gaan tot het opleggen van een boete die de draagkracht van de overtreder te boven gaat.²⁷ Gezien de constructie, waar Zwaan Finance beheervergoedingen die haar toekomen buiten haar boeken houdt, en de overige gegevens over de financiële positie van Zwaan Finance, ziet de AFM geen reden om de boete verder te verlagen op grond van draagkracht.²⁸
74. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

E. De publicatie

²⁵ [...]. Daarbij zij opgemerkt dat Zwaan Finance als beheerder van de beleggingsinstellingen is aangemeld bij de AFM, en zich ook presenteert als de beheerder. Naar de AFM begrijpt heeft Zwaan Finance haar werkzaamheden uitbesteed aan [naam entiteit] De kosten die Zwaan Finance voor deze uitbesteding maakt blijken evenmin uit de jaarstukken.

²⁶ Boetetoemingsbeleid AFM 2021 (**het Boetetoemingsbeleid**), stap 7.

²⁷ De voorbeelden in het beleid zijn niet limitatief.

²⁸ Indien nodig kan Zwaan Finance een betalingsregeling treffen met de AFM.

| | |
|-------------|-------------|
| Datum | 6 juni 2024 |
| Ons kenmerk | [...] |
| Pagina | 21 van 22 |

75. Ter hoorzitting heeft [C] aangegeven het niet eens te zijn met de publicatie van de boete. [C] heeft daarbij meerdere krantenknipsels laten zien met artikelen die zijn verschenen nadat de aan Zwaan Finance opgelegde boete is gepubliceerd. In deze artikelen zijn negatieve uitingen over de beleidsbepaler gedaan.

Reactie AFM

76. Overtreding van artikel 3, eerste en tweede lid, en artikel 8 Wwft valt onder de derde boetecategorie.²⁹ De AFM heeft de wettelijke verplichting, op grond van artikel 32f, vierde lid, Wwft, om een boete uit de derde boetecategorie zo spoedig mogelijk openbaar te maken. De AFM heeft aldus bij deze boete op dezelfde manier, zo spoedig mogelijk, gepubliceerd als in een andere situatie zou zijn gebeurd bij eenzelfde overtreding. De AFM kan zich voorstellen dat de publicatie van de boete door de beleidsbepaler als zeer vervelend is ervaren, mede doordat de media hierover bericht heeft. De AFM heeft echter geen aanleiding gezien om de openbaarmaking uit te stellen of in anonieme vorm te laten plaatsvinden. Het besluit hiertoe is aan Zwaan Finance bekend gemaakt in het Boetebesluit (paragraaf 6.4). Op het voornemen tot publicatie van de voorgenomen boetes van 30 juni 2023 heeft Zwaan Finance niet gereageerd in haar zienswijze. Evenmin heeft Zwaan Finance een voorlopige voorziening verzocht tegen de publicatie. Dat achteraf in de media aandacht is besteed aan de publicatie van de boete aan Zwaan Finance geeft de AFM geen reden om te concluderen dat de publicatie onrechtmatig geweest is.
77. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander onderdeel.

V. Besluit

78. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten.³⁰ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde

²⁹ Dit volgt uit artikel 13 Bbbfs.

³⁰ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

Datum 6 juni 2024
Ons kenmerk [...]
Pagina 22 van 22

rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Manager
Juridische Zaken

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken