

ECLI:NL:CBB:2017:327

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	12-10-2017
Datum publicatie	12-10-2017
Zaaknummer	16/866, 16/868, 16/942, 16/943
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2016:6836, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	AFM heeft boetes opgelegd aan een rechtspersoon en haar dga (als feitelijke leidinggever) wegens overtreding van artikelen 4:20 en 4:19 van de Wft. Het College is van oordeel dat de beboete dga geen belanghebbende is bij (het deelbesluit tot openbaarmaking van) de aan de rechtspersoon opgelegde boete. Het College acht de grondslagwijziging van de boetes in bezwaar (van overtreding van de Whc naar overtreding van de Wft), gelet op de systematiek en de uitgangspunten van de Awb terzake van het beslissen op een bezwaarschrift, toelaatbaar. Naar het oordeel van het College heeft de rechtbank tegen de achtergrond van het functiescheidingsvereiste ten onrechte geoordeeld dat van AFM, uit een oogpunt van zorgvuldigheid en gelet op het verdedigingsbeginsel, transparantie mag worden verwacht als medewerkers van AFM die betrokken zijn bij de besluitvorming informatie vragen aan en verkrijgen van een toezichthouder. Het College is verder van oordeel dat de dga als feitelijke leidinggever een persoonlijk verwijt treft van de vastgestelde overtredingen van de Wft door de rechtspersoon en het College ziet geen grond voor het oordeel dat de rechtspraak van het College op dit punt afwijkt van de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. De opgelegde boetes van 10.000,- respectievelijk 62.500,- acht het College passend en geboden.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RZA 2017/21 NJB 2017/2005 AB 2018/42 met annotatie van R. Stijnen RF 2018/23 JONDR 2018/424

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 16/866, 16/868, 16/942 en 16/943
22311

uitspraak van de meervoudige kamer van 12 oktober 2017 op de hoger beroepen van:

[naam 1] B.V. ([naam 1]), te [plaats 1] , en

[naam 2] ([naam 2]), te [plaats 2] ,
(gemachtigden: mr. C.A. Doets en mr. A.A.M. Loeters),

en

de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM)

(gemachtigden: mr. A.J. Boorsma, mr. R.W. Veldhuis en mr. C. de Rond),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 september 2016, kenmerk ROT 16/350 en ROT 16/476.

Procesverloop in hoger beroep

Zowel [naam 1] en [naam 2] als AFM hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 5 september 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:6836, de aangevallen uitspraak).

Partijen hebben een reactie op elkaars hogerberoepschriften ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 juli 2017. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens [naam 1] is tevens verschenen haar bestuurder [naam 3] . Namens AFM is tevens verschenen mr. A.E. van Lamsweerde.

Grondslag van het geschil

- 1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.
- 1.2 [naam 1] was tot [datum] in het bezit van een vergunning op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) voor het adviseren in deelnemingsrechten, bemiddelen in betaalrekeningen, levensverzekeringen, schadeverzekeringen en spaarrekeningen. AFM heeft deze vergunning per [datum] op verzoek van [naam 1] ingetrokken. Tot 28 maart 2017 was [naam 2] enig bestuurder van [naam 1] .
- 1.3 [naam 1] adviseerde uitsluitend over en bemiddelde uitsluitend in uitvaartverzekeringen van [naam 4] N.V. ([naam 4]). Haar inkomsten in dit verband bestonden volledig uit de vergoeding die zij van consumenten ontving voor haar dienstverlening.
[naam 1] handelde onder de naam [naam 8] .
- 1.4 Op 11 februari 2013 is AFM een onderzoek gestart naar de dienstverlening door [naam 1] op het gebied van uitvaartverzekeringen in de periode van januari 2012 tot en met februari 2013. De bevindingen van dit onderzoek zijn neergelegd in twee onderzoeksrapporten van 5 november 2014 (de boeterapporten). Uit het onderzoek is onder meer het volgende gebleken.
- 1.5 [naam 1] verkreeg gegevens over mogelijke klanten op twee verschillende manieren. De eerste manier was het benaderen van consumenten die online hun gegevens invulden om een premieberekening voor een uitvaartverzekering te laten maken (website-consumenten). De tweede manier verliep via de aan [naam 1] gelieerde onderneming [naam 5] B.V. ([naam 5]). Twee

dochterondernemingen van [naam 5] beheerden de gegevens van consumenten die via hen een uitvaartverzekering bij [naam 7] hadden afgesloten ([naam 6]). [naam 1] is met deze dochterondernemingen overeengekomen dat zij tegen een vergoeding klantgegevens ter beschikking zouden stellen aan [naam 1] . De [naam 6] ontvingen van [naam 5] een brief met de volgende inhoud:

“Uw [naam 7] uitvaartverzekering loopt per [datum] 5 jaar. U heeft elke 5 jaar het recht om zonder gezondheidsvragen uw verzekerde waarde aan te passen aan het huidige prijspeil. De uitvaartkosten zijn volgens [naam 7] in de afgelopen 5 jaar met 15,69% gestegen. Daarom kunt u uw verzekerde waarde met dit percentage verhogen. Voor de verhoging betaalt u wel een aanvullende premie die berekend wordt aan de hand van uw huidige leeftijd.

Om u zo goed mogelijk van dienst te zijn, vragen wij [naam 8] , één van onze samenwerkingspartners, om u over de indexatie-mogelijkheid te bellen. Deze kan u informeren en adviseren over uw indexatie. Ook zal [naam 8] kijken of uw huidige [naam 7] product voor u nog passend is. Mogelijk kunnen zij u een voor uw situatie beter alternatief aanbieden. U kunt hiervoor de komende weken een telefoontje van [naam 8] verwachten.

U hoeft verder geen actie te ondernemen. U wordt vanzelf gebeld.”

Als het [naam 1] niet lukte een [naam 6] telefonisch te bereiken, stuurde [naam 5] een herinneringsbrief met de volgende inhoud:

“Enkele weken geleden hebben wij u geïnformeerd over de mogelijkheid uw lopende [naam 7] polis aan te passen aan het huidige prijspeil.

[naam 8] heeft u verschillende malen getracht telefonisch te bereiken. Wij hebben begrepen dat dit tot op heden niet is gelukt.

Middels deze brief melden wij u dat uw recht op indexatie vervalt als u niet binnen 2 weken heeft aangegeven uw polis te willen indexeren. U kunt dit doorgeven op telefoonnummer [] van [naam 8] . Indien zij binnen deze termijn niets van u vernemen is uw recht op indexatie zonder verdere gezondheidsvragen vervallen.”

1.6 Nadat [naam 1] gegevens van consumenten had verkregen, probeerde zij telefonisch een afspraak te maken voor een adviesgesprek. Er waren belscripts voor een afspraakgesprek met beide categorieën consumenten. Medewerkers van [naam 1] hebben verklaard dat deze in de praktijk vrijwel niet werden gevolgd.

1.7 Het adviesgesprek vond plaats volgens een door [naam 1] ontwikkeld belscript: de zogenoemde adviestool. Tijdens dit gesprek werd de gewenste uitvaartverzekering bepaald, werden passendheidsvragen gesteld, werd de eventueel bestaande uitvaartverzekering vergeleken met een uitvaartverzekering van [naam 4] en werd een advies gegeven over de vraag of een consument zijn uitvaartverzekering zou moeten oversluiten.

Indien de consument na dit advies te kennen gaf een uitvaartverzekering af te willen sluiten bij [naam 4] , kon de adviseur zowel de verzekeringsovereenkomst met [naam 4] als de dienstverleningsovereenkomst met [naam 1] direct met de consument afsluiten of een vervolgesprek plannen.

Indien de consument tijdens het adviesgesprek zijn e-mail kon openen, verstuurde de adviseur van [naam 1] hem aan het eind van het gesprek een e-mail met daarin een offerte. De consument kon direct akkoord gaan door een druk op de offerteknop, waarmee de overeenkomsten met [naam 4] en [naam 1] tot stand kwamen. In een bijlage bij deze e-mail werd de dienstenwijzer van [naam 1] meegezonden, waarin stond vermeld dat [naam 1] een advies- en bemiddelingsvergoeding in rekening brengt en hoe hoog die is. Ook werd in de dienstenwijzer vermeld dat [naam 1] alleen adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen van [naam 4] . Tussen het verzenden van de e-mail en het

drukken op de akkoordknop door de consument zaten tijdens een gemiddeld gesprek enkele minuten. Indien een consument niet beschikte over een computer met internetverbinding, gebruikte [naam 1] voor het afsluiten van de overeenkomsten een voice-log, waarbij de consument telefonisch akkoord diende te gaan met het sluiten van beide overeenkomsten. De kosten die [naam 1] in rekening bracht voor haar advies en bemiddeling werden in de voice-log expliciet genoemd, waarna de consument moest bevestigen daarmee akkoord te gaan.

- 1.8 Enkele dagen na het sluiten van de overeenkomsten ontving de consument de verzekeringspolis(sen) en het adviesrapport. In het adviesrapport stond een samenvatting van het telefonisch verstrekte advies. Ook stond daarin vermeld dat [naam 8] uitsluitend adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen van [naam 4] .

De consument kon na het akkoord gaan met de dienstverleningsovereenkomst binnen 30 dagen de verzekeringsovereenkomst herroepen. Hij was dan wel de advies- en bemiddelingsvergoeding aan [naam 1] verschuldigd. Vijf dagen na het sluiten van de overeenkomsten volgde een telefoontje van een adviseur van [naam 1] met de consument om te controleren of de overeenkomsten duidelijk waren.

- 1.9 In de boeterapporten, die tegelijk met de voornemens tot het opleggen van bestuurlijke boetes wegens overtreding van artikel 8.8 van de Whc aan [naam 1] en [naam 2] zijn verzonden, heeft AFM vastgesteld dat [naam 1] in de periode van november 2012 tot en met februari 2013 in tien onderzochte klantdossiers een misleidende handelspraktijk heeft verricht en dat [naam 2] daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.

- 1.10 Bij besluit van 23 april 2015 (primair besluit 1) heeft AFM aan [naam 1] een bestuurlijke boete opgelegd van 100.000,- wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), gelezen in samenhang met de artikelen 6:193b en 6:193d van het Burgerlijk Wetboek (BW), en haar meegedeeld dat zij dit besluit op grond van artikel 3.4a van de Whc openbaar zal maken door publicatie daarvan.

- 1.11 Bij besluit van 23 april 2015 (primair besluit 2) heeft AFM aan [naam 2] een bestuurlijke boete opgelegd van 75.000,- wegens feitelijk leidinggeven aan de overtreding door [naam 1] en hem meegedeeld dat zij dit besluit op grond van artikel 3.4a van de Whc openbaar zal maken door publicatie daarvan.

- 1.12 [naam 1] en [naam 2] hebben tegen de primaire besluiten bezwaar gemaakt en tevens de voorzieningenrechter van de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Bij uitspraak van 20 juli 2015 (zaaknummers ROT 15/4125 en ROT 15/3127) is dit verzoek toegewezen, in die zin dat de openbaarmaking van de primaire besluiten is geschorst. De voorzieningenrechter heeft daarbij blijk gegeven van twijfel aan de bevoegdheid van AFM om handhavend op te treden op grond van de Whc.

- 1.13 Bij afzonderlijke besluiten van 7 december 2015 (bestreden besluit 1, respectievelijk bestreden besluit 2), waartegen de beroepen bij de rechtbank waren gericht, heeft AFM de grondslag van de aan [naam 1] en [naam 2] opgelegde boetes gewijzigd in (het feitelijk leidinggeven aan) overtreding van de artikelen 4:19, tweede lid, en 4:20, eerste lid, van de Wft, de boete aan [naam 1] gematigd tot 10.000,-, de boete aan [naam 2] gematigd tot 62.500,- en de grondslag van de publicatie gewijzigd in artikel 1:97 van de Wft.

- 1.14 Aan bestreden besluit 1 heeft AFM ten grondslag gelegd dat [naam 1] in de periode van november 2012 tot en met februari 2013 artikel 4:20, eerste lid, van de Wft heeft overtreden door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over de kosten van haar dienstverlening en door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over het feit dat zij uitsluitend adviseert over en bemiddelt in [naam 4] -verzekeringen. In dezelfde periode heeft [naam 1] artikel

4:19, tweede lid, van de Wft overtreden door het niet verstrekken van correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding, door het verstrekken van misleidende informatie - het koppelen van de afkoopsom aan de advies- en bemiddelingsvergoeding - en door het verstrekken van misleidende informatie over de aanleiding voor het adviesgesprek. AFM stelt zich in bestreden besluit 1 op het standpunt dat er geen aanleiding is de openbaarmaking van primair besluit 1, zoals gewijzigd bij bestreden besluit 1, anoniem te laten plaatsvinden, omdat geen van de in artikel 1:97, vierde lid, van de Wft genoemde omstandigheden zich voordoet. AFM heeft het bezwaar van [naam 1] tegen primair besluit 2 bij bestreden besluit 1 nietontvankelijk verklaard op de grond dat zij geen belanghebbende is bij primair besluit 2.

- 1.15 Aan bestreden besluit 2 heeft AFM ten grondslag gelegd dat [naam 2] in de periode van november 2012 tot en met februari 2013 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van de artikelen 4:20, eerste lid, en 4:19, eerste lid, van de Wft door [naam 1]. AFM stelt zich in bestreden besluit 2 op het standpunt dat er geen aanleiding is de openbaarmaking van primair besluit 2, zoals gewijzigd bij bestreden besluit 2, anoniem te laten plaatsvinden, omdat geen van de in artikel 1:97, vierde lid, van de Wft genoemde omstandigheden zich voordoet. AFM heeft het bezwaar van [naam 2] tegen primair besluit 1 bij bestreden besluit 2 nietontvankelijk verklaard op de grond dat hij geen belanghebbende is bij primair besluit 1.

Uitspraak van de rechtbank

- 2.1 De rechtbank heeft het beroep van [naam 2] tegen bestreden besluit 1 niet-ontvankelijk verklaard voor zover dit beroep is gericht tegen de aan [naam 1] opgelegde boete, en de beroepen voor het overige gegrond verklaard. De rechtbank heeft bestreden besluit 1 vernietigd, behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 1] tegen primair besluit 2, en bepaald dat de rechtsgevolgen daarvan in stand blijven, met uitzondering van a) de conclusie van AFM dat [naam 1] artikel 4:19, tweede lid, van de Wft heeft overtreden door bij [naam 6] een verband te leggen tussen de afkoopsom van de uitvaartverzekering bij [naam 7] en de aan [naam 1] te betalen advies- en bemiddelingsvergoeding (de gestelde overtreding); en b) de openbaarmaking van verwijzingen naar de gestelde overtreding.

De rechtbank heeft bestreden besluit 2 vernietigd, behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 2] tegen de aan [naam 1] opgelegde boete, en bepaald dat de rechtsgevolgen daarvan in stand blijven, met uitzondering van a) de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 2] tegen primair besluit 1; b) de conclusie van AFM dat [naam 2] feitelijk leiding heeft gegeven aan de gestelde overtreding; en c) de openbaarmaking van verwijzingen naar de gestelde overtreding.

De rechtbank heeft de bezwaren van [naam 1] en [naam 2] gegrond verklaard voor zover betrekking hebbend op de gestelde overtreding en de openbaarmaking daarvan, de primaire besluiten in zoverre herroepen en AFM opgedragen bij openbaarmaking iedere verwijzing naar de gestelde overtreding achterwege te laten.

- 2.2 De overwegingen van de rechtbank worden voor zover relevant in het kader van de beoordeling weergegeven. Voor het overige verwijst het College naar de aangevallen uitspraak.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3. In reactie op een daartoe strekkend verzoek van [naam 1] en [naam 2] stelt het College bij de beoordeling van het geschil voorop dat het geen aanleiding ziet om toepassing te geven aan zijn bevoegdheid ingevolge artikel 8:10a, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de zaak te

verwijzen naar een grote kamer dan wel te bevorderen dat ingevolge artikel 8:12a, eerste lid, van de Awb een lid wordt verzocht een conclusie te nemen.

[naam 2] als belanghebbende bij (openbaarmaking van) de aan [naam 1] opgelegde boete

- 4.1 [naam 2] komt in hoger beroep op tegen het oordeel van de rechtbank dat AFM het bezwaar van [naam 2] gericht tegen de aan [naam 1] opgelegde boete terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard. Hij bestrijdt tevens het oordeel van de rechtbank dat zijn beroep tegen bestreden besluit 1, voor zover daarbij de aan [naam 1] opgelegde boete is gehandhaafd, niet-ontvankelijk is. Volgens [naam 2] heeft hij, als bestuurder en (middellijk) grootaandeelhouder van [naam 1], een voldoende objectief en actueel, eigen persoonlijk belang dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door de boete aan [naam 1].
- 4.2 AFM weerspreekt het betoog van [naam 2] en komt zelf in hoger beroep op tegen het oordeel van de rechtbank dat [naam 2], hoewel hij geen belanghebbende is bij de aan [naam 1] opgelegde boete, wel belanghebbende is bij de openbaarmaking van primair besluit 1 en bestreden besluit 1. Volgens AFM kwam de naam van [naam 2] in de voorgenomen publicatie van primair besluit 1 en bestreden besluit 1 niet voor en is de omstandigheid dat een bovengemiddeld belangstellende of goed ingevoerde lezer van die besluiten [naam 2] als enig bestuurder van [naam 1] in verband zal brengen met de aan [naam 1] opgelegde boete en openbaarmaking daarom zou kunnen leiden tot reputatieschade bij [naam 2], onvoldoende om [naam 2] als belanghebbende aan te merken. Het belang van [naam 2] - het voorkomen van reputatieschade - wordt niet rechtstreeks geraakt door de openbaarmaking van de aan [naam 1] opgelegde boete, maar door de inspanning die een bovengemiddeld belangstellende of goed ingevoerde lezer verricht. Bovendien betwist AFM dat moet worden uitgegaan van een bovengemiddeld belangstellende of goed ingevoerde lezer. Volgens haar zou de gemiddelde lezer tot uitgangspunt moeten worden genomen.
- 4.3. Het College is van oordeel dat de rechtbank [naam 2] terecht niet als belanghebbende bij de aan [naam 1] opgelegde boete heeft aangemerkt. Die boete raakt het belang van [naam 2] enkel indirect omdat hij bestuurder en aandeelhouder van [naam 1] is. [naam 2] heeft geen eigen, aan [naam 1] tegengesteld belang, maar een parallel, afgeleid belang bij de aan [naam 1] opgelegde boete. Hetzelfde geldt naar het oordeel van het College met betrekking tot het in primair besluit 1 en bestreden besluit 1 opgenomen deelbesluit tot openbaarmaking van de aan [naam 1] opgelegde boete. Dat [naam 2] in primair besluit 1 met naam wordt genoemd en een goed ingevoerde lezer van primair besluit 1, ook indien de naam van [naam 2] in de publicatieversie van dat besluit is weggelakt, [naam 2] - als enig bestuurder - met de aan [naam 1] opgelegde boete in verband zal brengen, maakt dat niet anders.
- 4.4 Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat [naam 2] belanghebbende is bij het in primair besluit 1 opgenomen en bij bestreden besluit 1 gehandhaafde deelbesluit tot openbaarmaking van de aan [naam 1] opgelegde boete. Het oordeel van de rechtbank dat bestreden besluit 2 in zoverre dient te worden vernietigd wegens strijd met artikel 1:2 van de Awb en het beroep van [naam 2] tegen bestreden besluit 1 in zoverre ontvankelijk is, kan niet in stand blijven.
- 4.5 De hogerberoepsgrond van AFM slaagt. De hogerberoepsgrond van [naam 2] slaagt niet.

Grondslagwijziging in bezwaar

- 5.1 De rechtbank heeft geoordeeld dat de wijziging van de wettelijke grondslag van de overtredingen bij de beslissingen op bezwaar inhoudelijk rechtmatig is, maar dat, uit een oogpunt van zorgvuldigheid en gelet op het verdedigingsbeginsel, AFM gehouden was aan [naam 1] en [naam 2] voorafgaand aan het nemen van de bestreden besluiten de gelegenheid te bieden hun standpunt over de voorgenomen

wijziging van de boetegrondslag kenbaar te maken, hetgeen niet is gebeurd. Dit gebrek in de besluitvorming is naar het oordeel van de rechtbank te ernstig om toepassing te geven aan artikel 6:22 van de Awb. De rechtbank heeft daarom de beroepen gegrond verklaard en de bestreden besluiten wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb vernietigd. De rechtbank heeft voorts overwogen dat deze schending van het verdedigingsbeginsel niet onherstelbaar is, waarna zij de rechtsgevolgen van de vernietigde bestreden besluiten in zoverre in stand heeft gelaten. Daarbij heeft de rechtbank ook de overige procedurele beroepsgronden van [naam 1] en [naam 2] met betrekking tot de wijziging van de grondslag verworpen.

5.2 [naam 1] en [naam 2] komen in hoger beroep op tegen het oordeel van de rechtbank dat de grondslagwijziging van de opgelegde boetes in bezwaar rechtmatig is. Verkort en zakelijk weergegeven komt hun betoog op het volgende neer. Volgens [naam 1] en [naam 2] is de grondslagwijziging in de eerste plaats onrechtmatig wegens strijd met artikel 7:11, eerste lid, van de Awb. Daartoe wijzen zij er onder meer op dat de normen van de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wohp) - welke normen zijn neergelegd in afdeling 3A van titel 3 van boek 6 van het BW - en de Wft een separaat en eigen inhoudelijk afwegings- en toetsingskader hebben, waarbij bovendien ook voor de handhaving van die normen een eigen toetsingskader geldt. Voor [naam 1] en [naam 2] is tot de bestreden besluiten niet duidelijk geweest waarvan zij nu precies beschuldigd werden en waartegen zij zich dienden te verweren, waardoor zij hun verdediging niet adequaat hebben kunnen voorbereiden en zodanig in hun verdediging zijn geschaad dat geen sprake meer is van een eerlijke behandeling van de zaak. De wijziging van de juridische grondslag van de primaire besluiten is om die reden ook in strijd met belangrijke andere voorschriften uit de Awb, in het bijzonder afdeling 5.4.2 van de Awb. [naam 1] en [naam 2] hebben zich eerst bij de bestuursrechter kunnen verweren tegen de gestelde overtredingen van de artikelen 4:19 en 4:20 van de Wft. Verder voeren [naam 1] en [naam 2] aan dat de grondslagwijziging in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Voorts betogen zij dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het door haar geconstateerde zorgvuldigheidsgebrek - dat eruit bestaat dat AFM ten onrechte [naam 1] en [naam 2] voorafgaand aan het nemen van de bestreden besluiten niet in de gelegenheid heeft gesteld hun standpunt over de voorgenomen wijziging van de boetegrondslag kenbaar te maken - niet zo ernstig is dat AFM het recht heeft verwerkt [naam 1] en [naam 2] een boete op te leggen. Volgens [naam 1] en [naam 2] heeft AFM door de primaire besluiten te baseren op overtredingen van de normen van de Wohp bij [naam 1] en [naam 2] het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat de (verweten) gedragingen niet in strijd zijn met de bepalingen uit de Wft.

5.3 AFM wijst erop dat het aan de primaire besluiten ten grondslag liggende feitencomplex, de klantdossiers en de [naam 1] verweten werkwijze in de bestreden besluiten ongewijzigd zijn gebleven. AFM heeft uitsluitend het juridische etiket gewijzigd. Dat is niet onrechtmatig, aldus AFM.

5.4 Het College overweegt dat de systematiek en de uitgangspunten van de Awb terzake van het beslissen op een bezwaarschrift meebrengen dat een primair besluit in volle omvang wordt heroverwogen en dat deze heroverweging de gelegenheid biedt fouten te herstellen. Daarbij geldt de eis dat het nieuwe besluit moet zijn te beschouwen als het resultaat van die heroverweging. De beslissingen op bezwaar berusten in dit geval op hetzelfde feitencomplex als de primaire besluiten, namelijk de in de boeterapporten omschreven feitelijke gedragingen van [naam 1], respectievelijk het feitelijk leidinggeven daaraan door [naam 2] als bestuurder van [naam 1]. AFM heeft een andere wettelijke grondslag gehanteerd om deze gedragingen als overtredingen te kwalificeren, op basis van dezelfde wettelijke bevoegdheid tot boete-oplegging. AFM is bevoegd om op grond van beide wettelijke grondslagen, zowel de oorspronkelijk gehanteerde Whc als de in bezwaar gehanteerde Wft, handhavend op te treden. Naar het oordeel van het College zijn de bestreden besluiten, gelet op het voorgaande, in dit geval daarom te beschouwen als het resultaat van de heroverweging van de primaire besluiten.

5.5 Het College is met de rechtbank van oordeel dat [naam 1] en [naam 2] tevergeefs betogen dat AFM heeft gehandeld in strijd met de artikelen 5:9, 5:48, 7:2 en 7:9 van de Awb of het

vertrouwensbeginsel. Het College onderschrijft de overwegingen van de rechtbank waarmee zij dit reeds in beroep gevoerde betoog heeft verworpen (rechtsoverweging 4.3 en 4.4 van de aangevallen uitspraak).

5.6 Ten slotte heeft de rechtbank, na de gegrondverklaring van de beroepen van [naam 1] en [naam 2] en de vernietiging van de bestreden besluiten wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten in stand mogen laten. Het College overweegt daartoe dat [naam 1] en [naam 2] in beroep voldoende gelegenheid hebben gehad zich tegen de bestreden besluiten te verweren. Daarbij hebben zij alle aspecten van de zaak, waaronder de (gewijzigde) boetegrondslag, ter toetsing aan een onafhankelijke rechter kunnen voorleggen. Gelet daarop is voor het College niet aannemelijk dat [naam 1] en [naam 2] in deze procedure, die als geheel in aanmerking moet worden genomen, door het geconstateerde zorgvuldigheidsgebrek zodanig zijn benadeeld dat de rechtbank niet tot het in stand laten van de rechtsgevolgen heeft kunnen besluiten.

5.7 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Rechtmatigheid onderzoek AFM

6.1 Volgens [naam 1] en [naam 2] heeft de rechtbank miskend dat de primaire besluiten en bestreden besluiten onrechtmatig zijn, omdat het onderzoek van AFM niet heeft plaatsgevonden overeenkomstig het verbod op vooringenomenheid, het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding en het beginsel van equality of arms. Daartoe voeren [naam 1] en [naam 2] aan dat AFM wel een onderzoek naar de werkwijze van [naam 1] heeft ingesteld naar aanleiding van klachten die in de meeste gevallen een rechtstreeks gevolg waren van de gedragingen van het zogenoemde "behoudteam" van [naam 7], maar niet heeft gereageerd op de mede namens [naam 1] aan AFM verstuurd brieven waarin op gedetailleerde wijze is ingegaan op de misleidende activiteiten van [naam 7]. [naam 1] heeft in dat verband bij AFM ook een formeel verzoek tot handhavend optreden jegens [naam 7] gedaan. Dat verzoek is echter door AFM afgewezen. Zodoende heeft AFM - kennelijk - uitsluitend onderzoek verricht ten aanzien van één van twee marktpartijen die elkaar over en weer hebben beschuldigd van onjuist dan wel misleidend informeren van consumenten. Voorts heeft AFM volgens [naam 1] en [naam 2] vooringenomen gehandeld door niet eerder dan in hoger beroep, naar aanleiding van de beslissingen van de voorzieningenrechter van het College van 8 november 2016 en 15 november 2016, de melding van [naam 7] die mede aanleiding was voor het onderzoek van AFM, aan [naam 1] en [naam 2] te verstrekken.

6.2 AFM stelt zich op het standpunt dat [naam 1] en [naam 2] eraan voorbij zien dat AFM meerdere signalen heeft gekregen over de bedrijfsvoering van [naam 1] en dat die signalen voor AFM aanleiding zijn geweest een onderzoek te starten. Voorts gaan [naam 1] en [naam 2] eraan voorbij dat het handhavend optreden van AFM in de vorm van het opleggen van de boetes is gebaseerd op de resultaten van haar eigen, zorgvuldig en uitgebreid onderzoek, waarbij zij heeft vastgesteld dat er bij [naam 1] sprake was van een groot aantal tekortkomingen in haar dienstverleningsproces. Dat een van de signalen over de werkwijze van [naam 1] van [naam 7] afkomstig is doet hier niet aan af. Die melding heeft bovendien steeds onderdeel uitgemaakt van het procesdossier. Gelet op de beslissing van de rechtbank Rotterdam van 26 mei 2016 was AFM niet gehouden om die melding aan [naam 1] en [naam 2] over te leggen. Ook in zoverre is van vooringenomenheid door AFM geen sprake. Tot slot stelt AFM dat de afwijzing van het handhavingsverzoek van [naam 1] jegens [naam 7] los staat van het onderzoek dat AFM heeft uitgevoerd naar de bedrijfsvoering van [naam 1].

6.3 Het College stelt voorop dat de weigering van AFM om jegens [naam 7] handhavingsmaatregelen te treffen, waaronder het instellen van een nader onderzoek, niet afdoet aan de overtredingen van [naam 1] en [naam 2] die AFM op basis van zelfstandig onderzoek heeft vastgesteld. Het College overweegt met betrekking tot de aanleiding van het door AFM verrichte onderzoek en de rechtmatigheid daarvan het volgende.

6.4 AFM en de bij haar werkzame toezichthouders beschikken, teneinde adequaat toezicht te kunnen uitoefenen op de naleving van de bij en krachtens de Wft gestelde regels, over verschillende bevoegdheden die zij steeds en spontaan kunnen uitoefenen. Daartoe is niet een daaraan voorafgaand en redengevend feit, signaal, grond of vermoeden vereist. In zoverre is naar het oordeel van het College de inhoud en/of afkomst van een door AFM ontvangen melding in beginsel niet relevant voor de vraag of AFM rechtmatig heeft gehandeld door een nader onderzoek in te stellen naar [naam 1] . Het College ziet in het procesdossier geen aanwijzingen die erop duiden dat AFM vooringenomen jegens [naam 1] haar taken zou hebben vervuld. De weigering van AFM om op verzoek van [naam 1] jegens [naam 7] handhavingsmaatregelen te treffen is daartoe in ieder geval onvoldoende. Voor de conclusie dat AFM niet in redelijkheid een onderzoek naar [naam 1] heeft kunnen instellen, bestaat derhalve geen grond. Weliswaar wijzen [naam 1] en [naam 2] er terecht op dat zij eerst in hoger beroep kennis hebben kunnen nemen van de tot het procesdossier behorende melding van [naam 7] die (mede) aanleiding heeft gevormd voor het onderzoek van AFM naar [naam 1] . Het College ziet daarin echter niet een aanwijzing dat AFM vooringenomen heeft gehandeld. AFM heeft de melding in beroep en hoger beroep overgelegd

6.5 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Functiescheiding

7.1 [naam 1] en [naam 2] bestrijden het oordeel van de rechtbank dat AFM niet in strijd heeft gehandeld met het door de rechtbank aangenomen vereiste van functiescheiding en zijn het oneens met de overweging van de rechtbank dat het door haar geconstateerde gebrek in de besluitvorming van AFM - namelijk dat van AFM transparantie verwacht mag worden als medewerkers van AFM die betrokken zijn bij de besluitvorming informatie vragen aan en verkrijgen van een toezichthouder - met toepassing van artikel 6:22 van de Awb kan worden gepasseerd. Verkort en zakelijk weergegeven komt hun betoog op het volgende neer. Met het functiescheidingsvereiste is door de wetgever beoogd dat na het afsluiten van het onderzoek het dossier naar de boetefunctionaris gaat, waarna geen verdere informatieoverdracht meer mag plaatsvinden tussen de toezichthouder en de boetefunctionaris dan wel de bezwaarbehandelaar (op eventuele schriftelijke vragen na). Door één van de betrokken toezichthouders te informeren en met haar te overleggen over de grondslagwijziging, is nadrukkelijk de mogelijkheid van beïnvloeding gecreëerd. Het oordeel van de rechtbank dat zij geen grond ziet voor het oordeel dat de voorbereiding van de besluitvorming door AFM niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, is onjuist omdat dat achteraf niet meer kan worden gecontroleerd. Dat blijkt mede uit rechtsoverweging 6.3.2 van de rechtbank in de aangevallen uitspraak waar zij oordeelt dat er "geen aanwijzing" is dat beïnvloeding heeft plaatsgevonden. Dit geheel uitsluiten kan echter niet. Volgens [naam 1] en [naam 2] is het oordeel ook onbegrijpelijk, nu uit de door de rechtbank geciteerde wetsgeschiedenis volgt dat de toezichthouder zal moeten kunnen aantonen dat aan de verplichting tot functiescheiding is voldaan. De rechtbank heeft niet kunnen vaststellen dat AFM daarin is geslaagd. Door het gebrek aan transparantie van het besluitvormingsproces van AFM kan achteraf ook niet meer met zekerheid worden vastgesteld dat [naam 1] en [naam 2] niet in hun belangen zijn geschaad, zodat ook het oordeel van de rechtbank dat het geconstateerde zorgvuldigheidsgebrek met toepassing van artikel 6:22 kan worden gepasseerd onjuist en onbegrijpelijk is. Voor [naam 1] en [naam 2] is daarnaast onbegrijpelijk dat AFM nimmer een lagere boete dan 10.000,- zou opleggen aan rechtspersonen. Gelet op de door de rechtbank toegepaste matiging van 50% in een vergelijkbare zaak zoals blijkt uit de uitspraak van de rechtbank van 15 juli 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:5395) is verder onbegrijpelijk, willekeurig en in strijd met het vertrouwensbeginsel dat de rechtbank eenzelfde matiging niet in de onderhavige zaak heeft toegepast.

7.2 AFM komt eveneens in hoger beroep op tegen het oordeel van de rechtbank inzake de functiescheiding. Het betoog van AFM komt er - verkort en zakelijk weergegeven - op neer dat de rechtbank heeft miskend dat de tekst van artikel 10:3, vierde lid, van de Awb duidelijk is en geen juridische grondslag bestaat voor een nadere, in rechte afdwingbare norm die strekt tot functiescheiding. Daarnaast vult de rechtbank het functiescheidingsvereiste onjuist in door van belang

te achten of en zo ja, welke contacten er zijn geweest tussen een toezichthouder en boetefunctionaris dan wel bezwaarbehandelaar. Het gaat erom dat degene die de boete oplegt, te weten het bestuur van AFM nadat de boetefunctionaris het besluit in primo heeft voorbereid, niet ook zelf onderzoek doet naar de feiten en omstandigheden waaruit een overtreding moet blijken, maar dat met een frisse blik wordt gekeken naar de feiten en omstandigheden die uit een toezichtonderzoek naar voren zijn gekomen, zodat alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat kunnen worden onderkend. Daarmee is volgens AFM niet strijdig dat de toezichthouder het bestuur desgevraagd van informatie voorziet, laat staan dat de onafhankelijke boetefunctionaris en/of bezwaarbehandelaar die het bestuur adviseren contact hebben met de toezichthouder over het uitgevoerde onderzoek en de resultaten daarvan. De rechtbank lijkt die opvatting te onderschrijven, maar onderscheidt ook nog een categorie contacten die wel zou leiden tot schending van het functiescheidingsvereiste, namelijk wanneer de toezichthouder mede richting zou geven aan de besluitvorming. Voor AFM is onduidelijk welke contacten de rechtbank daarmee op het oog heeft en wat moet worden verstaan onder het mede richting geven aan de besluitvorming. Bovendien is de rechtbank volgens AFM ten onrechte van oordeel dat het functiescheidingsvereiste zich ook uitstrekt tot de bezwaarfase. Daartoe bestaat grondslag noch aanleiding. Voorts keert AFM zich tegen het oordeel van de rechtbank dat tegen de achtergrond van het door de rechtbank geformuleerde functiescheidingsvereiste AFM transparantie dient te betrachten als medewerkers die betrokken zijn bij de besluitvorming informatie vragen en verkrijgen van een toezichthouder. AFM ziet niet in welk zwaarwegend belang van de verdediging zou nopen tot de door de rechtbank geformuleerde, vergaande transparantieverplichting. AFM zal in een boetebesluit moeten motiveren waarom sprake is van een overtreding en waarom zij voor die overtreding de opgelegde boete gerechtvaardigd acht. AFM zal zich daarbij ook rekenschap moeten geven van de zienswijze van de beboete (rechts)persoon. In geval van handhaving van de boete in bezwaar zal AFM moeten kunnen motiveren waarom de door de overtreder opgebrachte bezwaren ongegrond zijn. Voor AFM is onduidelijk waarom de overtreder in aanvulling daarop ook aan de hand van de contacten met de toezichthouder inzicht zou moeten krijgen in de eventuele interne gedachtevorming door de boetefunctionaris, bezwaarbehandelaar en/of leden van het bestuur van AFM. Ook het uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voortvloeiende verdedigingsbeginsel noopt daar niet toe.

- 7.3 Het College overweegt, mede onder verwijzing naar zijn uitspraak van heden (ECLI:NL:CBB:2017:326), als volgt. Bij de vierde tranche van de Awb heeft de wetgever algemene regels omtrent het opleggen van bestuurlijke boetes in de Awb opgenomen. Met de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb is een specifiek voor AFM geldende bepaling omtrent functiescheiding (artikel 1:88 (oud) van de Wft) vervallen. Vanaf dat moment is het vereiste van functiescheiding voor zover het AFM betreft enkel geregeld door hetgeen daaromtrent is bepaald in de Awb, meer specifiek titel 5.4 en artikel 10:3 van de Awb. Concreet is in artikel 10:3, vierde lid, van de Awb, voor zover relevant, bepaald dat mandaat tot het opleggen van een boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport of een proces-verbaal heeft opgemaakt.
- 7.4 Gesteld noch gebleken is dat de inrichting van de ter discussie staande besluitvormingsprocedure van AFM in strijd zou zijn met enige bepaling uit titel 5.4 van de Awb. Artikel 10:3 van de Awb mist in het onderhavige geval toepassing nu zowel de boetebesluiten als de bestreden besluiten niet in mandaat, maar door het bestuur van AFM zelf zijn genomen nadat deze waren voorbereid door de boetefunctionaris respectievelijk de bezwaarbehandelaar(s).
- 7.5 Anders dan de rechtbank ziet het College geen grond voor het oordeel dat de wetgever bedoeld heeft het functiescheidingsvereiste, ook voor zover dit uit een algemeen rechtsbeginsel zoals het zorgvuldigheidsbeginsel zou voortvloeien, een ruimere strekking te geven dan in artikel 10:3, vierde lid, Awb, is neergelegd. Nu de beslissingen op bezwaar in dit geval evenals de primaire boetebesluiten genomen zijn door het bestuur van AFM zelf, zijn zij niet in strijd met het functiescheidingsvereiste genomen.

Het College overweegt verder dat de Awb niet een regel bevat die verbiedt dat degene die is belast met (de voorbereiding van) de besluitvorming omtrent het opleggen van een boete dan wel het beslissen op een bezwaarschrift gericht tegen een opgelegde boete, in het kader van (de voorbereiding van) die besluitvorming contact heeft met de toezichthouder die van de (te) beboete(n) overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt. Een dergelijk, vérstrekkend verbod vloeit ook niet voort uit een algemeen rechtsbeginsel, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Daarom is niet van belang welke contacten er zijn geweest tussen de toezichthouder(s) enerzijds en de boetefunctionaris, de bezwaarbehandelaar(s) en/of (de leden van) de raad van bestuur van AFM anderzijds, zodat ook geen inzicht in de aard en omvang van die contacten hoeft te worden verschaft. Het verdedigingsbeginsel noopt daar ook voor het overige niet toe, omdat immers alle feiten en omstandigheden waarop AFM de boetes heeft gebaseerd zijn vermeld in de boeterapporten die aan de bestreden besluiten ten grondslag liggen en dus bij appellanten bekend zijn. Feiten en omstandigheden die niet aan de bestreden besluiten ten grondslag zijn gelegd, zijn appellanten dus ook niet tegengeworpen en vallen buiten de grenzen van het geding, zodat zij zich daartegen ook niet hoeven te verdedigen. Het College ziet daarom geen reden om AFM in dit geval op te dragen, zoals door [naam 1] en [naam 2] verzocht, alle bij AFM beschikbare gegevens, zoals e-mails, agenda-afspraken en interne gespreksnotities, omtrent die betreffende contacten over te leggen.

7.7 Verder neemt het College in aanmerking dat het in het dossier geen aanwijzingen ziet die erop duiden dat (de leden van) het bestuur van AFM dan wel de boetefunctionaris of de bezwaarbehandelaar(s) in dit geval hun taken niet hebben vervuld zonder vooringenomenheid als bedoeld in artikel 2:4 van de Awb. Daarbij acht het College van belang dat verweerder heeft uiteengezet hoe de werkwijze is geweest die heeft geleid tot de onderhavige besluitvorming. Na het opstellen van het boeterapport is door de betrokken toezichtsafdeling in overleg met de afdeling Juridische Zaken beslist om de zaak over te dragen aan een boetefunctionaris. De beslissing om vervolgens de boetevoornemens uit te brengen, is genomen door twee boetefunctionarissen. Deze functionarissen hebben vervolgens het bestuur geadviseerd omtrent het nemen van de primaire boetebesluiten. Nadat het bestuur daartoe had besloten en tegen de boetebesluiten bezwaar was ingesteld door appellanten, is het bezwaar door twee functionarissen van de afdeling Juridische Zaken behandeld. Deze uiteenzetting strookt met de ondertekening van de relevante stukken. Verder strookt deze werkwijze met de Regeling Mandaat Autoriteit Financiële Markten, waarin is bepaald welke functionarissen bevoegd zijn tot (mede-)ondertekening van de door het bestuur genomen besluiten. Deze werkwijze voorziet er dus in dat toezichthouders die betrokken waren bij het opstellen van een boeterapport niet tevens verantwoordelijk zijn voor het voorbereiden van het boetevoornemen of de daaropvolgende besluiten. Bovendien is daarmee gewaarborgd dat de primaire besluiten worden voorbereid door andere functionarissen dan degenen die het boetevoornemen hebben voorbereid en de beslissingen op bezwaar eveneens door weer andere functionarissen, zodat het bestuur van AFM bij het nemen van de besluiten zoveel mogelijk onbevooroordeeld advies krijgt. Daarom acht het College het ook in dit kader niet van belang nadere informatie in geding te laten brengen.

7.8 Gelet op het voorgaande kan aan het door de rechtbank terecht geformuleerde oordeel dat het contact tussen een toezichthouder en een medewerker van AFM die betrokken is bij de voorbereiding van de besluitvorming niet tot gevolg mag hebben dat die toezichthouder mede richting geeft aan de besluitvorming of dat de besluitvorming niet langer onbevangen en onafhankelijk van de toezichthouder plaatsvindt, niet de conclusie verbonden worden dat daaruit voor AFM een verdergaande verplichting volgt met betrekking tot de functiescheiding dan in artikel 10:3, vierde lid, van de Awb is opgenomen. Het oordeel van de rechtbank dat van AFM, uit een oogpunt van zorgvuldigheid en gelet op het verdedigingsbeginsel, transparantie mag worden verwacht als medewerkers van AFM die betrokken zijn bij de besluitvorming informatie vragen aan en verkrijgen van een toezichthouder, kan evenmin in stand blijven. Dergelijke contacten kunnen bijdragen aan de kwaliteit van de besluitvorming en het is in eerste instantie aan het bestuur van AFM te bewaken dat de voorbereiding van de besluitvorming zonder vooringenomenheid plaatsvindt.

Het voorgaande leidt het College tot de conclusie dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de besluitvorming van AFM ter zake niet geheel voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Van een gebrek dat eventueel gepasseerd kan worden met toepassing van artikel 6:22 van de Awb is geen sprake. De hogerberoepsgrond van AFM slaagt in zoverre. Dat betekent tevens dat de hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] niet slaagt.

Overtreding van artikel 4:20, eerste lid, van de Wft

8.1 [naam 1] en [naam 2] zijn het oneens met het oordeel van de rechtbank dat [naam 1] artikel 4:20, eerste lid, van de Wft heeft overtreden. Daartoe voeren zij aan dat [naam 1] tijdig en op meerdere momenten informatie aan de consumenten heeft verstrekt over de kosten van de dienstverlening van [naam 1] en over het feit dat [naam 1] uitsluitend adviseert over en bemiddelt in [naam 4] verzekeringen. AFM en [naam 1] verschillen van mening over het antwoord op de vraag op welk tijdstip deze informatie had moeten worden verstrekt door [naam 1] en derhalve of de informatie tijdig aan consumenten is verstrekt. Volgens [naam 1] en [naam 2] miskennen AFM en de rechtbank dat artikel 4:20, eerste lid, van de Wft niet vereist dat deze informatie voor aanvang van het adviestraject bekend wordt gemaakt. Ten tijde van belang was voor [naam 1] het moment waarop zij de relevante informatie diende te verstrekken "voorafgaand aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product", namelijk de verzekeringsovereenkomst tussen de consument en [naam 4]. De gedachte dat bemiddelaars en adviseurs informatie moeten verstrekken over hun dienstverlening voorafgaand aan het verlenen van die diensten, is volgens [naam 1] en [naam 2] pas later tot ontwikkeling gekomen en neergelegd in de wet in 2013.

8.2 AFM benadrukt dat de tekst en toelichting van artikel 4:20, eerste lid, van de Wft duidelijk zijn.

8.3 Het College stelt voorop dat niet in geschil is dat de kosten van de dienstverlening door [naam 1] en het feit dat zij uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in [naam 4] -verzekeringen informatie is die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de dienstverlening van [naam 1] en de door haar verstrekte verzekeringsadviezen. [naam 1] en [naam 2] betwisten niet de vaststelling van de rechtbank dat deze informatie aan [naam 6] niet uiterlijk bij aanvang van het adviestraject is verstrekt. Zij herhalen in hoger beroep slechts hun betoog dat [naam 1] de relevante informatie steeds tijdig heeft verstrekt, te weten voor de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst met [naam 4]. Naar het oordeel van het College kan dat betoog [naam 1] en [naam 2] niet baten. Het College onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de tekst van artikel 4:20, eerste lid, eerste volzin, van de Wft duidelijk is en dat daaruit volgt dat alle relevante informatie voorafgaand aan het adviseren, dat wil zeggen uiterlijk bij aanvang van het adviestraject, aan de cliënt moet worden verstrekt. Derhalve heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat [naam 1] artikel 4:20, eerste lid, van de Wft heeft overtreden.

8.4 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Overtredingen van artikel 4:19, tweede lid, van de Wft

9.1 [naam 1] en [naam 2] bestrijden het oordeel van de rechtbank dat [naam 1] artikel 4:19, tweede lid, van de Wft heeft overtreden door misleidende informatie te verstrekken over de aanleiding voor het adviesgesprek en niet correcte, onduidelijke en misleidende informatie te verstrekken over de aard van de door haar in rekening gebrachte vergoeding. Volgens [naam 1] en [naam 2] was de informatie die in de aankondigings- en herinneringsbrief was opgenomen, op zichzelf gezien juist. Ook heeft [naam 1] in de dienstenwijzer die bij de offerte e-mail werd meegezonden, dan wel in de voice-log die werd gebruikt voor het telefonisch afsluiten van de overeenkomsten, duidelijk gecommuniceerd dat voor haar dienstverlening een vergoeding in rekening werd gebracht.

9.2 AFM voert gemotiveerd verweer en komt in hoger beroep op tegen het oordeel van de rechtbank dat AFM niet buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat [naam 1] artikel 4:19, tweede lid, van de Wft

heeft overtreden door het op misleidende wijze koppelen van de afkoopsom aan de advies- en bemiddelingsvergoeding bij [naam 6] . AFM wijst erop dat uit alle onderzochte klantdossiers van [naam 6] blijkt dat de aan [naam 1] te betalen adviesvergoeding pas aan de orde kwam als de afkoopsom van [naam 7] werd besproken. Door vervolgens te focussen op het bedrag van de afkoopsom en de besparing die [naam 6] zouden bereiken door over te stappen, bleven de kosten van de vergoeding van [naam 1] geheel onderbelicht. Dat die kosten later tijdens de voice-log wel expliciet zijn genoemd, maakt niet dat de eerder verstrekte informatie toch niet misleidend was. Het zijn volgens AFM de uitingen van de adviseur als daar gaat eenmalig van het bruto naar netto 175 euro vanaf, dat kost je geen geld nee en de uitingen dat de consument niet uit eigen zak de vergoeding aan [naam 1] hoefde te betalen, die verwarring veroorzaken. Die verwarring zou niet zijn ontstaan als [naam 1] van begin af aan duidelijk was geweest over (de hoogte van) de kosten die zij voor haar advieswerkzaamheden in rekening bracht.

9.3 Het College overweegt als volgt. De stelling van [naam 1] en [naam 2] dat de informatie in de aankondigings- en herinneringsbrief op zichzelf juist was, doet niet af aan de naar het oordeel van het College terechte constatering van de rechtbank dat van die brieven uitdrukkelijk de suggestie uitging dat namens de huidige verzekeraar ([naam 7]) contact zou worden opgenomen om te spreken over indexatie van de bestaande polis. In zoverre staat naar het oordeel van het College vast dat [naam 1] misleidende informatie heeft verstrekt. Hetzelfde geldt voor de juiste vaststelling van de rechtbank dat [naam 1] niet correcte, onduidelijke en misleidende informatie heeft verstrekt over de aard van de door haar in rekening gebrachte vergoeding. Het College stelt vast dat [naam 1] ook in hoger beroep niet betwist dat in gesprekken met consumenten deze vergoeding is omschreven als (bijvoorbeeld) netto-premie, administratiekosten, poliskosten of afsluitkosten, daarmee ten onrechte suggererend dat het kosten betreft die verband houden met de verzekering en niet met de advisering en bemiddeling door [naam 1] . De omstandigheid dat [naam 1] in een later stadium van het telefoongesprek, nadat zij had geadviseerd, in de offertemail of voicelog wel juiste informatie verstrekte over de door haar in rekening gebrachte vergoeding, neemt niet weg dat de eerdere omschrijvingen van die vergoeding niet correct, onduidelijk en misleidend zijn.

9.4 Het College volgt de rechtbank niet in haar oordeel dat AFM niet buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat [naam 1] artikel 4:19, tweede lid, van de Wft heeft overtreden door het op misleidende wijze koppelen van de afkoopsom aan de advies- en bemiddelingsvergoeding bij [naam 6] . Het College overweegt daartoe dat in alle beluisterde en uitgewerkte adviesgesprekken met [naam 6] de adviseur van [naam 1] het moment dat hij aan de consument uitlegt dat er door de bestaande verzekeraar een afkoopsom wordt uitbetaald gebruikt om toe te lichten dat er een vergoeding betaald moet worden aan [naam 1] . Ook vertelt de adviseur aan de consument dat de advies- en bemiddelingsvergoeding uit de afkoopsom kan worden betaald, waarbij de adviseur benadrukt dat daardoor voor de consument geen of nauwelijks kosten zijn verbonden aan het door [naam 1] verstrekte advies. Op die manier legt de adviseur een verband tussen de afkoopsom en de aan [naam 1] te betalen vergoeding en impliceert hij dat de consument de aan de dienstverlening van [naam 1] verbonden kosten niet zelf hoeft te betalen, welke suggestie wordt versterkt door het gebruik van bewoordingen als "dat kost je geen geld nee" en uitingen dat de consument de vergoeding aan [naam 1] niet "uit eigen zak" hoeft te betalen. Die handelwijze is naar het oordeel van het College in ieder geval misleidend, omdat de betaling van de aan [naam 1] verschuldigde vergoeding en de afkoopsom niet aan elkaar zijn gekoppeld, anders dan dat ze op hetzelfde moment plaatsvinden. Mede door de opzet van het telefoongesprek kan bij de gemiddelde consument echter de onjuiste indruk ontstaan dat de afkoopsom enkel is bestemd voor de betaling van de vergoeding aan [naam 1] en niet zonder meer tot het vrij te besteden vermogen van de consument behoort. De overtreding van artikel 4:19, tweede lid, van de Wft staat ook in zoverre voor het College vast.

9.5 Gelet op het voorgaande slaagt de hogerberoepsgrond van AFM. De aangevallen uitspraak komt in zoverre voor vernietiging in aanmerking.

9.6 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Feitelijk leidinggeven [naam 2]

- 10.1 [naam 2] komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat AFM hem terecht als feitelijke leidinggever aan de overtreding door [naam 1] heeft aangemerkt. Volgens [naam 2] volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder zijn overzichtsarrest van 26 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:733), dat niet alleen het (voorwaardelijk) opzet op de gedraging van belang is, maar juist ook het (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid daarvan. [naam 2] had geen persoonlijke wetenschap omtrent het begaan van de verboden gedragingen van [naam 1] en heeft niet nagelaten ter voorkoming/beëindiging daarvan maatregelen te treffen. Daarmee heeft hij niet bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen van [naam 1] zich zullen voordoen.
- 10.2 AFM onderschrijft het oordeel van de rechtbank. [naam 2] is betrokken geweest bij (de inrichting van) het adviesproces aan consumenten dat heeft geleid tot de overtredingen van artikel 4:19 en 4:20 van de Wft. [naam 2] was niet alleen op de hoogte van de bedrijfsvoering van [naam 1], maar was tevens actief betrokken bij de totstandkoming van de belangrijkste onderdelen van de adviesprocedure. Bovendien was hij op de hoogte van de klachten van de consumenten over de gedragingen van [naam 1]. Voorts heeft [naam 2] nagelaten om tijdig passende maatregelen te nemen om de overtreding door [naam 1] te voorkomen of te beëindigen, aldus AFM.
- 10.3 Volgens vaste jurisprudentie (het College wijst bijvoorbeeld op het arrest van de Hoge Raad van 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733 en de uitspraak van het College van 17 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:151) kan van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris - hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden - maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Zoals het College eerder heeft geoordeeld, is in dit verband niet vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet gericht op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden: niet van belang is of [naam 2] wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren (zie de uitspraak van het College van 20 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:119). Het College ziet, anders dan [naam 2] betoogt, geen grond voor het oordeel dat de rechtspraak van het College op dit punt afwijkt van de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.
- 10.4 Zoals het College reeds eerder (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54) heeft overwogen is voor het aannemen van feitelijk leidinggeven aan de verboden gedraging op zichzelf niet voldoende dat iemand bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Als echter, zoals hier, (een van) de feitelijke hoofdactiviteit(en) van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, dan is in beginsel wel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium. Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurd rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat die hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.
- 10.5 De feiten en omstandigheden van dit geval staven dat [naam 2] kan worden gezien als feitelijke leidinggever aan de verboden gedraging. De rechtbank heeft terecht vastgesteld dat [naam 2] niet heeft betwist dat hij op de hoogte was van de bedrijfsvoering van [naam 1], waaronder het feit dat (de adviseurs van) [naam 1] regelmatig consumenten niet tijdig, onjuist, onduidelijk en/of op misleidende wijze informeerde(n), en dat hij als enig bestuurder van [naam 1] actief betrokken was bij de belangrijkste onderdelen van de adviesprocedure. Gelet daarop is naar het oordeel van het College de conclusie gerechtvaardigd dat [naam 2] redelijkerwijs gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen van (de adviseurs van) [naam 1]. [naam 2] heeft weliswaar een groot aantal maatregelen opgesomd die hij zou hebben genomen ter waarborging van de kwaliteit van de dienstverlening van [naam 1], maar daaruit blijkt het College niet dat hij erop heeft toegezien dat die door hem getroffen, vrij generieke maatregelen in of voorafgaand aan de

boeteperiode, voldoende waren om te voorkomen dat (de adviseurs van) [naam 1] nog langer niet, niet tijdig, onjuiste, onbegrijpelijke of misleidende informatie aan consumenten verstrekten. Uit de door [naam 2] overgelegde gegevens blijkt daardoor op geen enkele wijze dat [naam 2], die niet slechts formeel maar ook in de praktijk verantwoordelijk was voor de gedragingen van (de adviseurs van) [naam 1] die tot overtredingen van de Wft hebben geleid, in of voorafgaand aan de boeteperiode daadwerkelijk prioriteit heeft gegeven aan het voorkomen van deze verboden gedragingen die [naam 1] worden verweten en waarvan hij op de hoogte was. In zoverre is [naam 2], wat er van de door hem getroffen maatregelen verder ook zij, naar het oordeel van het College verwijtbaar tekortgeschoten in zijn verplichting de verboden gedragingen te voorkomen en heeft hij daarmee bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat die gedragingen zich zouden (blijven) voordoen. Daardoor treft hem persoonlijk een verwijt.

10.6 De hogerberoepsgrond van [naam 2] slaagt niet.

Evenredigheid van de hoogte van de boetes

11.1 [naam 1] en [naam 2] keren zich in hoger beroep tegen het oordeel van de rechtbank dat de aan [naam 1] en [naam 2] opgelegde boetes niet onevenredig hoog zijn. Volgens [naam 1] en [naam 2] is sprake van verminderde ernst en verwijtbaarheid. Voorts zien [naam 1] en [naam 2] in de omstandigheid dat AFM bij de boeteplegging onzorgvuldig heeft gehandeld reden voor een verdergaande matiging van de boetebedragen. Voor hen valt niet in te zien waarom de boete die is opgelegd aan [naam 2] in veel mindere mate is gematigd dan de aan [naam 1] opgelegde boete. Nu in beroep een deel van de grondslag aan de boetes is komen te ontvallen, hadden de beide boetes, en toch in ieder geval de boete aan [naam 2], verdergaand gematigd moeten worden. Tot slot wijzen [naam 1] en [naam 2] erop dat de boetes in verband met hun beperkte draagkracht verder dienen te worden gematigd.

11.2 AFM voert gemotiveerd verweer.

11.3 Het College onderschrijft het in rechtsoverweging 11.3 van de aangevallen uitspraak gegeven oordeel van de rechtbank ten aanzien van de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding en maakt die overweging hierbij tot de zijne. Gelet daarop en alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, is het College van oordeel dat de aan [naam 1] en [naam 2] opgelegde boetes passend en geboden zijn. Voor een verdergaande matiging in verband met de draagkracht van [naam 1] en [naam 2] bestaat geen aanleiding, reeds omdat [naam 1] en [naam 2] hun (gebrek aan) draagkracht op geen enkele wijze nader hebben onderbouwd.

11.4 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Publicatie van de boetebesluiten

12.1 Ten slotte stellen [naam 1] en [naam 2] de publicatie van de boetebesluiten ter discussie. Volgens [naam 1] en [naam 2] geldt dat in dit geval publicatie in anonieme vorm is aangewezen. Openbaarmaking van de identiteit van [naam 1] en [naam 2] dient geen enkel redelijk toezichtdoel en is voor [naam 1] en [naam 2] onevenredig belastend. Dit geldt bij uitstek voor [naam 2], gezien zijn hoedanigheid als natuurlijke persoon. Zo leidt publicatie tot ernstige schade voor [naam 2] met betrekking tot zijn reputatie met als gevolg dat hij door de publicatie onevenredig zou kunnen worden gehinderd in zijn verdere professionele carrière en, zo leert de ervaring, banken en verzekeraars zelfs de cliëntrelatie kunnen opzeggen.

12.2 AFM voert gemotiveerd verweer.

12.3 Het College overweegt het volgende. Uit artikel 1:97, eerste en vierde lid, van de Wft, zoals dat ten tijde hier van belang gold, vloeit onder meer voort dat AFM verplicht is een besluit tot het opleggen

van een boete volledig openbaar te maken, tenzij bekendmaking van persoonsgegevens onevenredig zou zijn of betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend. Onder verwijzing naar onder meer de uitspraak van het College van 22 januari 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:6) overweegt het College dat, nu het belang van AFM bij publicatie slechts wijkt voor het belang van [naam 1] en [naam 2] in geval van onevenredigheid of onevenredige schade, het in een zodanig geval dient te gaan om een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door [naam 1] en [naam 2] als gevolg van de publicatie te verwachten schade en/of gevolgen zodanig uitzonderlijk zijn dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken. Naar het oordeel van het College is van een dergelijke individuele, bijzondere situatie in het geval van [naam 1] en [naam 2] geen sprake. De omstandigheid dat [naam 1] en [naam 2] thans niet meer actief zijn in de financiële dienstverlening en publicatie zal leiden tot reputatieschade die met name [naam 2] raakt, acht het College onvoldoende om publicatie onevenredig te achten.

12.4 De hogerberoepsgrond van [naam 1] en [naam 2] slaagt niet.

Conclusie

13. De hoger beroepen van AFM zijn gegrond. De hoger beroepen van [naam 1] en [naam 2] zijn ongegrond. Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen en, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het beroep van [naam 2] voor zover gericht tegen bestreden besluit 1 niet-ontvankelijk verklaren, het beroep van [naam 2] voor zover gericht tegen de niet-ontvankelijkverklaring van zijn bezwaar tegen primair besluit 1 ongegrond verklaren, de beroepen van [naam 1] en [naam 2] voor het overige gegrond verklaren, bestreden besluit 1 vernietigen behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 1] tegen primair besluit 2, bestreden besluit 2 vernietigen behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 2] tegen primair besluit 1, bepalen dat de rechtsgevolgen van de vernietigde delen van de bestreden besluiten geheel in stand blijven en de aangevallen uitspraak bevestigen voor zover het betreft de vergoeding van het door [naam 1] en [naam 2] in beroep betaalde griffierecht en de veroordeling van AFM in de door [naam 1] en [naam 2] in bezwaar en beroep gemaakte proceskosten.

14. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College:

- verklaart de hoger beroepen van AFM gegrond;
- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart het door [naam 2] bij de rechtbank ingestelde beroep voor zover gericht tegen bestreden besluit 1, niet-ontvankelijk;
- verklaart het door [naam 2] bij de rechtbank ingestelde beroep voor zover gericht tegen de niet-ontvankelijkverklaring van zijn bezwaar tegen primair besluit 1, ongegrond;
- verklaart de door [naam 1] en [naam 2] bij de rechtbank ingestelde beroepen voor het overige gegrond;
- vernietigt bestreden besluit 1 behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 1] tegen primair besluit 2;
- vernietigt bestreden besluit 2 behalve voor zover dat strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van [naam 2] tegen primair besluit 1;

- bepaalt dat de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten geheel in stand blijven;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor zover het betreft de vergoeding van het door [naam 1] en [naam 2] in beroep betaalde griffierecht en de veroordeling van AFM in de door [naam 1] en [naam 2] in bezwaar en beroep gemaakte proceskosten.

Deze uitspraak is gedaan door mr. W.E. Doolaard, mr. S.C. Stuldreher en mr. J.L. Verbeek, in aanwezigheid van mr. J.J. de Jong, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 12 oktober 2017.

w.g. W.E. Doolaard w.g. J.J. de Jong