

ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	26-03-2013
Datum publicatie	26-03-2013
Zaaknummer	AWB 10/656
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2010:BM6735, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg
Inhoudsindicatie	Wet financiële dienstverlening
Wetsverwijzingen	Wet financiële dienstverlening Wet financiële dienstverlening 10
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2013/830 JONDR 2013/731 JOR 2013/172 met annotatie van mr. V.H. Affourtit

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 10/656 26 maart 2013
21800

Uitspraak in de zaak van:

[A], te [B], appellant,
tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 3 juni 2010, met kenmerk AWB 09/1383,
(www.rechtspraak.nl, LJN: BM6735) in het geding tussen

appellant

en

de Stichting Autoriteit Financiële Markten, te Amsterdam (hierna: AFM),
gemachtigde: mr. H.J. Sachse, advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

Appellant heeft bij brief van 5 juli 2010, bij het College binnengekomen op 6 juli 2010, hoger beroep ingesteld tegen de hiervoor genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam (hierna: rechtbank).
Bij brief van 20 september 2010 heeft AFM een reactie op het beroepschrift ingediend.

Op 16 oktober 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Appellant is in persoon verschenen. AFM is vertegenwoordigd door haar gemachtigde. Namens AFM is tevens verschenen mr. P. Duyx, als jurist werkzaam bij AFM.

2. De grondslag van het geschil

2.1 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.

2.2 Bij besluit van 14 november 2008 heeft AFM appellant een bestuurlijke boete opgelegd van 50.865,- wegens overtreding van artikel 10 van de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd) in de periode van 1 januari 2006 tot en met 31 december 2006. Het door appellant tegen dit besluit gemaakte bezwaar heeft AFM bij een beslissing op bezwaar van 20 maart 2009, waartegen het beroep bij de rechtbank gericht was, ongegrond verklaard.

3. De uitspraak van de rechtbank

De rechtbank heeft het beroep van appellant ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank samengevat het volgende overwogen.

Tijdens de zitting bij de rechtbank heeft appellant erkend dat zijn in het jaar 2006 verrichte activiteiten als onderbemiddeling beschouwd kunnen worden. Met betrekking tot de vraag of appellant beroeps- of bedrijfsmatig heeft gehandeld, overwoog de rechtbank dat de term "in de uitoefening van een beroep of bedrijf" weliswaar niet gedefinieerd is in de Wfd en dat in de artikelsgewijze toelichtingen bij de Wfd en de Wft evenmin is ingegaan op de betekenis van die term, maar dat blijkens de toelichting bij artikel 1:1 van de Wft in de Vierde nota van wijziging die term is ontleend aan de Wfd (Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, 29 708, nr. 19, blz. 356357). Dienaangaande is in de toelichting gesteld dat in het merendeel van de gevallen eenvoudig zal zijn vast te stellen dat sprake is van "in de uitoefening van een beroep of bedrijf" en dat in andere gevallen de specifieke omstandigheden van belang zijn bij de vaststelling of sprake is van professionele dienstverlening. Aanknopingspunten kunnen onder andere zijn de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat de dienstverlening niet slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat degene die de financiële dienst verleent een beloning voor zijn diensten ontvangt van de cliënt zelf of een derde, aldus deze toelichting. De rechtbank wijst voorts op de uitspraak van het College van 12 juli 2007 (www.rechtspraak.nl, LJN: BA7438), waarin is geoordeeld dat het ontvangen van een vergoeding voor bemiddelingsactiviteiten, gelet op de omstandigheden, bezien in samenhang met de wetsgeschiedenis van de Wft, tot de conclusie leidt dat de bemiddelingsactiviteiten zijn verricht in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De omstandigheid dat slechts was bemiddeld ten behoeve van familie en kennissen, doet aan het beroeps- c.q. bedrijfsmatige karakter van die activiteiten niet af. De rechtbank overweegt vervolgens dat appellant provisie heeft ontvangen in verband met het in 2006 bemiddelen voor vier personen ten behoeve van hypotheekverlening en tevens voor werkzaamheden met betrekking tot zijn eigen hypotheek. Daarbij heeft appellant gebruik gemaakt van de toen nog lopende samenwerkingsovereenkomst tussen hem en [C]. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder, gelet op deze omstandigheden en gezien hetgeen hierboven is overwogen, terecht geconcludeerd dat appellant beroeps- of bedrijfsmatig heeft gehandeld. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de rechtbank overwogen dat appellant verwijtbaar heeft gehandeld door zonder vergunning te bemiddelen ten behoeve van hypotheekverlening en dat AFM voldoende rekening heeft gehouden met de door appellant gestelde omstandigheden door de boete in afwijking van het tarief fors te matigen tot het behaalde voordeel. Dat daarbij niet is uitgegaan van een netto behaald voordeel acht de rechtbank niet onjuist, gelet op het punitieve karakter van de boete. Inherent aan een bestraffende sanctie als de onderhavige bestuurlijke boete is dat leedtoevoeging wordt toegebracht wegens een gedraging in het verleden. Voorts betwist appellant niet langer dat hij het onderzoek heeft tegengewerkt, hetgeen op zichzelf een boeteverzwarende omstandigheid kan vormen. Appellant heeft ook geen stukken overgelegd op grond waarvan aangenomen kan worden dat hij in een

zodanige financiële situatie verkeert dat hij onmogelijk de boete kan betalen. De rechtbank heeft daarbij in aanmerking genomen dat ter zitting namens AFM is toegezegd dat de boete in termijnen mag worden betaald, zij het dat hiervoor een termijn van ten hoogste twee jaar wordt gegeven.

4. Het standpunt van partijen in hoger beroep

4.1 Appellant voert in zijn beroepschrift het volgende aan.

Het hoger beroep richt zich uitsluitend tegen de overwegingen van de rechtbank over de hoogte van de boete. Volgens appellant is de boete onevenredig hoog in relatie tot ernst en aard van de overtreding. Hij was een aantal collegas behulpzaam bij hun financiering zonder hen te adviseren en was zich niet bewust van een overtreding. De transactie werd afgewikkeld door een partij die wel in het bezit was van een vergunning. Er is geen schade geleden en de reputatie van de financiële sector is niet in het geding. Dan is een boete van 50.865,- erg hoog. Zeker als dat wordt afgezet tegen de grote financiële partijen, die over veel meer draagkracht beschikken en aan wie vergelijkbare boetes zijn opgelegd waarbij wel grote schade is geleden door consumenten en beleggers. Appellant stelt dat voldoende gegevens zijn overgelegd op basis waarvan kan worden aangenomen dat hij zich in een zodanige financiële situatie bevindt dat hij de boete onmogelijk kan betalen. Hij realiseert zich dat hij een overtreding heeft begaan en dat hij daarvoor gestraft moet worden. Een boete ter hoogte van het netto behaalde voordeel lijkt appellant passend.

Ter zitting van het College heeft appellant alsnog betwist dat sprake is van een overtreding. Onder verwijzing naar een aantal uitspraken is volgens appellant van bemiddeling sprake wanneer inhoudelijke betrokkenheid bestaat bij de totstandkoming van een overeenkomst. Hij heeft slechts de contactgegevens van een aantal bekenden (collegas) doorgegeven aan [C] en de bekenden verder naar [C] doorverwezen. Dat is volgens appellant geen bemiddeling. Weliswaar heeft hij daarvoor provisie gekregen, maar daar heeft hij niet om gevraagd.

4.2 AFM heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Ter beoordeling staat of de rechtbank bij de aangevallen uitspraak terecht de aan appellant opgelegde boete van 50.865,- in stand heeft gelaten. Daartoe overweegt het College als volgt.

Zoals de rechtbank heeft overwogen, blijft ten aanzien van de beboetbare gedragingen die hier aan de orde zijn en die hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van de Wft op 1 januari 2007, het oude recht van toepassing en dient de onderhavige zaak beoordeeld te worden aan de hand van de bepalingen zoals die golden ten tijde in geding.

5.2 Hoewel appellant het hoger beroep aanvankelijk heeft beperkt tot de hoogte van de boete en daarmee niet (langer) betwistte dat hij artikel 10 Wfd overtreden heeft, overweegt het College inzake deze overtreding nu appellant ter zitting alsnog heeft betwist dat daarvan sprake is dat het de overwegingen en het oordeel dienaangaande van de rechtbank geheel onderschrijft. Het College voegt hier aan toe dat appellant in zijn brief van 9 april 2008 aan AFM heeft verklaard welke informatie hij in 2006 aan [C] doorgaf, te weten "o.a. de wensen van de cliënt, inkomens- en vermogensgegevens, risicoprofiel, onderpandgegevens en alle overige informatie welke noodzakelijk is om te komen tot een goed integraal beeld van de aanvrager/cliënt". Derhalve was sprake van een inhoudelijke betrokkenheid van appellant bij de totstandbrenging van hypotheekovereenkomsten. Appellant ontving hiervoor bovendien een provisie. Dat appellant hierom naar hij stelt niet zou hebben gevraagd, acht het College niet relevant. De rechtbank heeft daarom terecht geconcludeerd dat appellant artikel 10 Wfd heeft overtreden. In zoverre slaagt het hoger beroep derhalve niet.

5.3 Artikel 74 Wfd verwijst voor de hoogte van de op te leggen boete naar een bijlage. In deze bijlage was ten tijde in geding de standaardboete voor overtredingen van artikel 10 Wfd (tariefnummer 5) vastgesteld op 87.125,-. Ingevolge artikel 74, vierde lid, Wfd kan AFM het bedrag van de boete lager vaststellen, als die in een bepaald geval onevenredig hoog is.

De boete op grond van artikel 73 Wfd is aan te merken als een punitieve sanctie. Artikel 6 EVRM brengt mee dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. De tekst van artikel 74 Wfd sluit niet uit zoals het College reeds eerder ten aanzien van vrijwel gelijklopende bepalingen heeft overwogen in onder meer de uitspraken van 24 april 2012 (www.rechtspraak.nl, LJN: BW3574) en van 15 juni 2012 (www.rechtspraak.nl, LJN: BW9248) dat binnen het kader van het vierde lid daarvan een evenredigheidstoets wordt voltrokken.

Het College is van oordeel dat artikel 74, vierde lid, Wfd het kader vormt waarbinnen kan en behoort te worden beoordeeld of de in de bijlage voorgeschreven boete in het concrete geval evenredig is aan met name de aard en de ernst van de geconstateerde overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en, zo nodig, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. De omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen zijn die omstandigheden waarmee de wetgever niet reeds bij de vaststelling van het boetebedrag rekening heeft gehouden. Op deze wijze zal in de regel recht kunnen worden gedaan aan de vereiste evenredigheid in concreto tussen de hoogte van de boete en de aard en ernst van de geconstateerde overtreding.

AFM heeft voor de hoogte van de boete van belang geacht dat appellant niet actief klanten heeft geworven en maar voor een beperkt aantal klanten (te weten vier) heeft bemiddeld. Daarin heeft AFM aanleiding gezien de boete te matigen tot het bruto behaalde voordeel. Voor AFM is niet vast komen te staan dat appellant willens en wetens de overtreding heeft begaan, maar wel dat appellant het onderzoek heeft tegengewerkt. Hij heeft naar aanleiding van informatieverzoeken van AFM onjuiste informatie verstrekt over (onder meer) de door hem in 2006 ontvangen provisie, waarmee appellant het onderzoek belemmerd heeft. In de overige door appellant aangevoerde omstandigheden heeft AFM geen aanleiding gezien de boete nog verder te matigen dan tot het bedrag van 50.865,-.

Het College is anders dan de rechtbank van oordeel dat de door AFM aldus opgelegde (en gematigde) boete in dit geval niet in stand kan blijven. Daartoe overweegt het College als volgt.

Het College constateert dat AFM in vergelijkbare zaken waarin de bepalingen uit de Wfd en de Wft inhoudende het verbod op bemiddeling zonder vergunning zijn overtreden, de boetes aanzienlijk verder heeft gematigd dan in de onderhavige zaak. Daarbij heeft AFM onder meer van belang geacht dat niet was vast komen te staan dat consumenten waren benadeeld. In het geval van appellant is evenmin gebleken dat sprake is geweest van benadeling van consumenten. Voorts stelt het College vast dat in die zaken AFM anders dan in het geval van de opgelegde boete aan appellant geabstraheerd heeft van de hoogte van de ontvangen provisie en een boete heeft opgelegd uit het naastgelegen standaardtarief (van 96.000 naar het lagere tarief van 24.000), hoewel in die zaken sprake was van een aanzienlijk hoger bedrag aan ontvangen provisie dan wel een langere periode waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. Het College verwijst in dit verband naar de uitspraken van 11 februari 2013 in de zaken AWB 10/472 (LJN: BZ1864) en AWB 10/1084 (LJN: BZ1866). Alles overziende ziet het College in de specifieke omstandigheden van die zaken en van de onderhavige zaak onvoldoende aanknopingspunten voor een rechtvaardiging van een dermate significant verschil in de hoogte van de opgelegde boetes. Het College ziet dan ook aanleiding de aan appellant opgelegde boete verder te matigen dan AFM thans heeft gedaan. Daartoe zoekt het College primair aansluiting bij de door AFM zelf in de hiervoor bedoelde zaken toegepaste matigingssystematiek, waarbij een boete is opgelegd uit de naastgelegen tariefgroep, in dit geval 21.781,-. Met AFM is het College van oordeel dat appellant het onderzoek heeft belemmerd, hetgeen een boeteverzwarende omstandigheid vormt en een verhoging van dit tariefbedrag rechtvaardigt. Het College is van oordeel dat in dit geval een boete van 30.000,- passend en geboden is. Hetgeen appellant aangevoerd heeft over zijn financiële situatie geeft het College geen aanleiding om tot een nog verdere matiging van de boete over te gaan, reeds omdat zijn verklaringen en overgelegde stukken onvoldoende verifieerbaar zijn.

5.4 De slotsom is dat het hoger beroep slaagt, voor zover het de hoogte van de boete betreft.

5.5 Voor een veroordeling in de proceskosten bestaat geen aanleiding. Wel dient AFM het door appellant betaalde griffierecht aan hem te vergoeden.

6. De beslissing

Het College:

- vernietigt de bestreden uitspraak, voor zover deze betrekking heeft op de hoogte van de boete;
- verklaart het beroep tegen de beslissing op bezwaar van 20 maart 2009 gegrond voor zover het betreft de hoogte van de boete en vernietigt die beslissing in zoverre;
- herroept het primaire besluit van 14 november 2008, voor zover het de hoogte van de boete betreft;
- stelt het bedrag van de aan appellant opgelegde boete vast op 30.000,- (zegge: dertigduizend euro);
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de beslissing op bezwaar van 20 maart 2009 voor zover vernietigd;
- bevestigt de bestreden uitspraak voor het overige;
- bepaalt dat het door appellant betaalde griffierecht ad 224,- (zegge: tweehonderdvierentwintig euro) aan hem wordt vergoed.

Aldus gewezen door mr. E.R. Eggeraat, mr. H.A.B Van Dorst-Tatomir en mr. E. Dijt, in tegenwoordigheid van mr. P.H. Broier als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 26 maart 2013.

w.g. E.R. Eggeraat w.g. P.H. Broier