

ECLI:NL:RBROT:2018:10393

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	05-12-2018
Datum publicatie	21-12-2018
Zaaknummer	ROT 18/1628
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	BC MK, bestuurlijke boete wegens overtreding van artikel 86c lid 1 BGfo. Vergoedingen verstrekt voor het bemiddelen in uitvaartverzekeringen en daarmee het provisieverbod overtreden. Beroep ongegrond.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummer: ROT 18/1628

uitspraak van de meervoudige kamer van 5 december 2018 in de zaak tussen

[naam 1], te [vestigingsplaats], eiseres ([eiseres]),

gemachtigde: mr. M. Ichoh,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster (AFM),

gemachtigden: mr. A.J. Boorsma en mr. T. Gillhaus.

Procesverloop

Bij besluit van 19 mei 2017 (het primaire besluit) heeft de AFM aan [eiseres] een bestuurlijke boete opgelegd van 100.000,- wegens overtreding van artikel 86c, eerste lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo).

Bij besluit van 8 februari 2018 (het bestreden besluit) heeft de AFM het bezwaar van [eiseres] tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

[eiseres] heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 16 november 2018. [eiseres] heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, vergezeld door [naam 2] en [naam 3], beiden werkzaam bij [naam onderneming]. De AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde Gillhaus en zijn kantoorgenoot mr. F.E. de Bruijn, vergezeld door [naam 4] en [naam 5], beiden werkzaam bij de AFM.

Overwegingen

De uitspraak van de voorzieningenrechter

1. Wat [eiseres] in beroep heeft aangevoerd komt in essentie overeen met wat zij heeft aangevoerd in het kader van haar verzoek om in de bezwaarfase een voorlopige voorziening te treffen. De voorzieningenrechter heeft daarop beslist in de uitspraak van 21 juli 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:6838). In overweging 2 tot en met 6 van de uitspraak van voorzieningenrechter is een samenvatting van de relevante feiten en het primaire besluit gegeven en is het wettelijk kader vermeld. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat [eiseres] artikel 86c, eerste lid, van het BGfo heeft overtreden, dat deze overtreding aan haar kan worden verweten en dat de AFM bevoegd was [eiseres] een boete op te leggen. De rechtbank is het eens met overweging 2 tot en met 6 uit de uitspraak van de voorzieningenrechter en maakt deze tot de hare, met uitzondering van wat de voorzieningenrechter onder 4.4 heeft overwogen over de vergoeding voor het leveren van gegevens over de klanten van [naam 6]. De AFM merkt deze vergoeding in het bestreden besluit namelijk niet langer aan als een vergoeding voor bemiddeling.

Mede naar aanleiding van wat [eiseres] in beroep heeft aangevoerd overweegt de rechtbank in aanvulling op de uitspraak van de voorzieningenrechter het volgende.

De overtreding

2. In aanvulling op overweging 4.2 van de uitspraak van de voorzieningenrechter overweegt de rechtbank dat in artikel 8.2 van de managementovereenkomst is bepaald dat [naam 7] niet mocht bemiddelen voor andere uitvaartverzekeraars. In de overeenkomst is niet bepaald dat [naam 7] niet voor [eiseres] mocht bemiddelen. Daarnaast noemde [eiseres] in verschillende documenten [naam 7] en [naam 8] als (gebonden of verbonden) bemiddelaar en heeft [eiseres] op 6 februari 2014 [naam 7] ook als verbonden bemiddelaar aangemeld bij de AFM. De AFM baseert haar standpunt dat het provisieverbod is overtreden terecht mede op deze feiten en omstandigheden.

3. In aanvulling op overweging 4.3 van de voorzieningenuitspraak overweegt de rechtbank dat [eiseres] de aan haar verstrekte cliëntgegevens heeft gebruikt om de betreffende cliënten te benaderen en dat ook daadwerkelijk verzekeringsovereenkomsten tussen [eiseres] en deze cliënten zijn gesloten. Dat de AFM de vergoeding van 1,- voor het leveren van de cliëntgegevens niet langer aanmerkt als provisie, neemt niet weg dat zij in de geringe hoogte van deze vergoeding steun kan vinden voor haar standpunt dat deze vergoeding niet in verhouding staat tot wat op grond van de overeenkomst is overgedragen en dat dus geen sprake is van een bedrijfseconomisch gezien rationele afspraak.

4. In aanvulling op overweging 4.4 van de uitspraak van de voorzieningenrechter overweegt de rechtbank dat in de samenwerkingsovereenkomst de salarissen van de werknemers zijn opgenomen onder de post passiva en om die reden moeten worden gezien als schulden. Dit is boekhoudkundig gezien een onjuiste

benaming voor loonkosten van eigen personeel. De AFM heeft deze handelwijze terecht mede ten grondslag gelegd aan haar standpunt dat [eiseres] op papier weliswaar formeel gezien vier werknemers van [naam 7] in dienst heeft genomen, maar dat er aan de feitelijke situatie niets veranderde: deze werknemers bleven zich bezig houden met bemiddeling en dat deden zij niet alleen voor [eiseres]. [eiseres] heeft het salaris van deze werknemers betaald, terwijl zij feitelijk geen zeggenschap over de werkzaamheden van deze werknemers uitoefende. Deze vier werknemers verrichtten hoofdzakelijk werkzaamheden voor [naam 7] en [naam 8].

De stelling in beroep dat de omstandigheid dat [naam 7] en [naam 8] hun verplichtingen niet zijn nagekomen niet betekent dat [eiseres] overtreder is, kan haar niet baten. Uit de formulering van de verbodsbepaling van artikel 86c, eerste lid, van het BGfo volgt dat uitsluitend [eiseres] als partij die vergoedingen heeft verstrekt voor het bemiddelen in uitvaartverzekeringen heeft te gelden als overtreder van het provisieverbod.

De verwijtbaarheid van de overtreding

5. In aanvulling op overweging 5.1 van de voorzieningenuitspraak over de verwijtbaarheid van de overtreding overweegt de rechtbank dat [eiseres] zich in de periode van 1 mei 2013 tot en met 1 januari 2014 niet heeft bezig gehouden met het monitoren van de wijze waarop [naam 7] haar werkzaamheden verrichtte. Daarmee heeft zij onvoldoende controle uitgeoefend op de samenwerking. Door toedoen van [eiseres] zijn de vier werknemers niet geïntegreerd binnen de onderneming. Zij hadden geen e-mailadres van [eiseres], konden niet in de systemen van het bedrijf, waren werkzaam op een andere locatie en in praktijk was er niet of nauwelijks contact met hen. Dat [eiseres] geen inzage had in de systemen van [naam 7] en niet over dezelfde informatie beschikte als de AFM bij haar onderzoek en toch binnen enkele maanden de overtreding op eigen initiatief heeft beëindigd, doet - wat hier verder ook van zij - niet af aan de verwijtbaarheid van de overtreding.

Het opleggen van de boete

6. De beroepsgrond dat het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd is met het handhavingsbeleid van de AFM slaagt niet. Het kan zo zijn dat dit beleid volgens [eiseres] aanknopingspunten biedt voor een andere reactie van de AFM op de overtreding van het provisieverbod door [eiseres], maar dit beleid noch een (andere) geschreven of ongeschreven rechtsregel staat eraan in de weg dat de AFM gebruikt maakt van haar wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een boete als zij daartoe in de omstandigheden van het geval aanleiding ziet. Ook uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) volgt anders dan [eiseres] stelt niet dat de AFM gehouden is een aanwijzing of waarschuwing te geven voordat zij een boete oplegt, nog daargelaten dat de overtreding was beëindigd toen de AFM haar onderzoek deed en een aanwijzing dus niet meer aan orde was.

7. In het beroep op het AFM-rapport Naleving provisieverbod financiële dienstverlening van juli 2015, waarin staat dat de AFM marktpartijen een termijn gunt om eventuele schriftelijke afspraken uiterlijk 1 januari 2016 in lijn te brengen met het provisieverbod, ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat de AFM in redelijkheid geen gebruik heeft kunnen maken van haar bevoegdheid [eiseres] te beboeten. De situatie van [eiseres] valt niet onder de reikwijdte van de door haar aangehaalde passage uit het rapport, die ziet op de situatie waarin ontvlechting tussen een financiële dienstverlener en een bemiddelaar nog diende plaats te vinden na inwerkingtreding van het provisieverbod. [eiseres] is pas na het provisieverbod de samenwerkingsovereenkomst met [naam 7] aangegaan en haar heeft voor ogen gestaan dat deze samenwerking zo moest worden vormgegeven dat artikel 86c, eerste lid, van het BGfo niet werd overtreden. Deze situatie is niet vergelijkbaar met die waarin een onderneming, soms al jarenlang, vergoedingen toekende voor bemiddelen en deze werkwijze moest veranderen in verband met het provisieverbod.

8. Dat de AFM aan [eiseres] een boete heeft opgelegd en bij haar voormalige bestuurders heeft volstaan met een normoverdragende brief, is naar het oordeel van de rechtbank niet in strijd met het

gelijkheidsbeginsel. De rechtbank acht daarbij van belang dat het beboeten van de voormalige bestuurders als feitelijk leidinggevers - naast [eiseres] als normovertreder - een discretionaire bevoegdheid betreft. De AFM kijkt eerst of de onderneming kan worden beboet en zo ja, of de feitelijk leidinggevers ook voor beboeting in aanmerking komen. Dat was hier volgens de AFM niet het geval. De AFM heeft daarbij naar het oordeel van de rechtbank van belang mogen achten dat de bestuurders niet zelfstandig maar gezamenlijk optraden namens [eiseres]. Omdat [naam 8] als beleidsbepaler van [naam 7] in verhouding tot voormalige bestuurders van [eiseres] een actievere rol heeft gehad, wat [eiseres] niet betwist, bestond er volgens de AFM wel aanleiding om hem een boete op te leggen voor het feitelijk leidinggeven aan het provisieverbod door [naam 7]. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de AFM haar boetebevoegdheid willekeurig heeft aangewend. Voor een indringendere toetsing aan het gelijkheidsbeginsel ziet de rechtbank geen grond, omdat de positie van [eiseres] als overtreder naar haar aard een andere is dan de positie van haar voormalige bestuurders als mogelijke feitelijk leidinggevers aan die overtrekking.

De hoogte van de boete

- 9.1 De AFM stelt zich niet ten onrechte op het standpunt dat sprake is van een ernstige overtreding die langere tijd heeft voortgeduurd, waarbij uit de aard van de norm voortvloeit dat consumenten zijn benadeeld. Voor cliënten was niet duidelijk dat [naam 7] voor [eiseres] optrad en dus geen onafhankelijke en onpartijdige bemiddelaar was die het klantbelang centraal stelde. Door zeker in 2013 ondanks het duidelijke advies op dit punt wat er van dit advies verder ook zij onvoldoende maatregelen te treffen om de van [naam 7] overgenomen werknemers in haar organisatie in te bedden, is [eiseres] mede verantwoordelijk voor deze situatie. Door de gekozen constructie is tevergeefs getracht het provisieverbod te omzeilen, wat het vertrouwen van consumenten in de onafhankelijkheid en transparantie van bemiddelaars en de werkwijze van verzekeraars kan schaden. De opgelegde boete is niet onevenredig hoog in relatie tot de aard, ernst en duur van de overtreding en het verwijt dat [eiseres] van deze overtreding kan worden gemaakt. Dat [eiseres] is benadeeld door het handelen van [naam 7] en [naam 8] en dat zij heeft geprobeerd de overtreding spoedig te beëindigen leidt niet tot een andere conclusie, ook nu de opgelegde boete al fors is gematigd ten opzichte van het basisbedrag.
- 9.2 Overtreding van artikel 86c, eerste lid, van het BGfo viel ten tijde hier van belang in boetecategorie 3. Voor deze categorie gold op grond van artikel 1:81 van de Wft het basisbedrag van 2.000.000,-. Gelet op de omvang van Forentis en de overige omstandigheden heeft de AFM een boete van 100.000,- passend geacht. Hiermee is [eiseres] naar het oordeel van de rechtbank niet tekortgedaan. [eiseres] heeft niet aangetoond dat zij deze boete niet kan dragen. De AFM heeft uit de stukken afgeleid dat [eiseres] met de bemiddelingsconstructie heeft bewerkstelligd dat haar verzekerd kapitaal in de periode van 1 mei 2013 tot en met 30 april 2014 is gestegen met 1,8 miljoen. [eiseres] heeft nagelaten haar standpunt dat zij grote verliezen heeft geleden en inteert op haar vermogen met concrete en actuele financiële informatie te onderbouwen.
- 9.3 Dat [eiseres] per 8 mei 2014 niet langer over een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van natura-uitvaartverzekeraar beschikt en zelf niet meer actief is op de markt maakt de opgelegde boete niet onevenredig. Het karakter van de bestuurlijke boete is in de eerste plaats punitief. Hoewel van specifieke preventie wellicht geen sprake meer is omdat de verzekeringsportefeuille van [eiseres] is overgedragen, stelt de AFM zich niet ten onrechte op het standpunt dat het opleggen (en openbaar maken) van de boete generaal preventieve werking kan hebben, omdat daarmee nog duidelijker wordt wat de norm is en dat de AFM optreedt als deze norm wordt geschonden.

Redelijke termijn

10. [eiseres] heeft ter zitting geklaagd over de duur van de procedure. Nu de rechtbank binnen twee jaar na het uitbrengen van het voornemen van de AFM tot het opleggen van een bestuurlijke boete uitspraak doet, is de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet geschonden. De klacht hierover slaagt dan ook niet.

Conclusie

11. Het beroep is ongegrond.

12. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. B. van Velzen, voorzitter, en mr. P. Vrolijk en mr. A. Douwes, leden, in aanwezigheid van mr. E. Naaijen van Kleunen, griffier.

De uitspraak is in het openbaar gedaan op 5 december 2018.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.