

**Verlenen van beleggingsdiensten zonder vergunning, Medewerkingsplicht, Inzagebevoegdheid toezichthouder, Verhouding tussen art. 5:17 en 5:20 Awb, AFM kan geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën, Verzoek om voorlopige voorziening toegewezen**

<b>Publicatie</b>	JOR 2012 afl. 10
<b>Publicatiedatum</b>	05 november 2012
<b>College</b>	Rechtbank Rotterdam
<b>Uitspraakdatum</b>	05 september 2012
<b>Ronummer</b>	AWB 12/3290 LJN BX6988
<b>Rechter(s)</b>	mr. Damsteegt
<b>Partijen</b>	Verzoekers 1 t/m 4 (A t/m D), gemachtigde: mr. G.P. Roth, verzoeker 5 (E), gemachtigde: mr. M. van Schuppen, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster, gemachtigde: mr. E.J. Daalder.
<b>Noot</b>	mr. S.M.C. Nuyten
<b>Trefwoorden</b>	Verlenen van beleggingsdiensten zonder vergunning, Medewerkingsplicht, Inzagebevoegdheid toezichthouder, Verhouding tussen art. 5:17 en 5:20 Awb, AFM kan geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën, Verzoek om voorlopige voorziening toegewezen,
<b>Regelgeving</b>	Wft - 2:96 Awb - 5:16 Awb - 5:17 Awb - 5:20

» **Samenvatting**

Nadat het openbaar ministerie een strafrechtelijk onderzoek is gestart, waarbij A, B, C en D als verdachten zijn aangemerkt, is AFM een onderzoek gestart naar de activiteiten van A, C en E. AFM wil nagaan of zij in strijd met art. 2:96 lid 1 Wft in Nederland zonder een daartoe door AFM verleende vergunning beleggingsdiensten verlenen of beleggingsdiensten verrichten. Omdat A, C en E hebben geweigerd te voldoen aan de verzoeken van AFM om toegang te verlenen tot hun digitale bestanden, heeft AFM hen een last onder dwangsom opgelegd.

Verzoekers betogen dat art. 5:17 Awb slechts ziet op het vorderen van inzage in zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden en in het maken van kopieën daarvan door de toezichthouder ter plaatse, terwijl art. 5:16 Awb volgens hen slechts ziet op het geven van mondelinge inlichtingen. Hierop voortbordurend betogen verzoekers dat AFM daarom niet van A kan vorderen dat zij zelf een kopie van (elektronische) bestanden aanlevert. Verder betogen zij in dit verband dat C niet in gebreke is te voldoen aan art. 5:20 Awb nu AFM zich nimmer ten kantore van C heeft vervoegd met het verzoek om (elektronische) gegevens en bescheiden in te mogen zien en eventueel te kopiëren.

Ingevolge art. 5:16 Awb is een toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat art. 5:16 Awb en art. 1:74 Wft respectievelijk de toezichthouder en AFM geen bevoegdheid bieden tot het vorderen van zakelijk (elektronische) gegevens en bescheiden, doch uitsluitend zien op inlichtingen in mondelinge dan wel schriftelijke vorm, en dat de in art. 5:20 Awb neergelegde corresponderende

medewerkingsplicht niet verder reikt dan het naar waarheid mondeling of schriftelijk beantwoorden van vragen. Art. 1:74 Wft heeft geen verdergaande strekking dan dat die inlichtingenvordering ook door AFM zelf kan worden gedaan en dat op de onder toezicht staande (rechts)persoon de plicht rust de gestelde vragen naar waarheid te beantwoorden.

In het licht van art. 5:17 lid 3 en de daarmee in art. 5:20 lid 1 Awb corresponderende medewerkingsplicht strekt de inzagebevoegdheid ertoe dat de toezichthouder ter plaatse toegang wordt verschaft en inzage wordt gegeven in zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden opdat de toezichthouder daarvan kopieën kan maken of die zo nodig voor dit doel kan meenemen. Indien en voor zover de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden die de toezichthouder wenst in te zien zich bevinden in een woning, is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat een redelijke uitleg van de art. 5:17 en 5:20 lid 1 Awb met zich brengt dat van de onder toezicht staande (rechts)persoon redelijkerwijs kan worden gevergd dat die ofwel toestemming verleent aan de toezichthouder om de woning te betreden teneinde inzage te verkrijgen in de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden (en daarvan kopieën te maken) ofwel de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden ter inzage aanbiedt op een andere plaats dan een woning, bijvoorbeeld het kantoor van de toezichthouder.

Indien de lezing van verzoekers zou worden gevolgd zou in beginsel iedere vordering tot inzage kunnen worden gefrustreerd door de administratie onder te brengen in een woning. De tekst en strekking van de art. 5:15, 5:17 en 5:20 lid 1 Awb verzetten zich tegen die lezing.

Gelet op het vorenstaande komt een toezichthouder van AFM niet de bevoegdheid toe om van A te vorderen kopieën te verstrekken. Wel kan de toezichthouder van A vorderen dat toegang tot de onderneming wordt verstrekt opdat kopieën kunnen worden gemaakt. Indien A vervolgens zelf aangeeft dat het voor haar minder belastend is zelf een kopie aan AFM te verstrekken dan kan de toezichthouder of AFM daarmee instemmen. AFM kan echter geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën.

Verzoekers betogen dat AFM handelt in strijd met art. 5:13 Awb door ongericht overlegging te vorderen van de digitale bestanden. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de bevoegdheid medewerking te vorderen gelet op art. 5:13 Awb niet onbegrensd.

Verzoekers betogen voorts terecht dat op AFM evenzeer een verzwaarde motiveringsplicht rust inzake de noodzaak om gegevens van A, C en E te vorderen nu sprake is van een samenloop met een strafrechtelijk onderzoek naar dezelfde feiten waarbij A, B, C en D als verdachten zijn aangemerkt. Hoewel AFM bevoegd is om zelfstandig onderzoek te doen naar de naleving van hetgeen is bepaald bij en krachtens de Wft indien een strafrechtelijk onderzoek loopt ter zake van hetzelfde feitencomplex, zal AFM dienen te bezien in hoeverre een eigen onderzoek noodzakelijk is met het oog op het eventueel zelf treffen van sancties of andere maatregelen.

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe, in die zin dat de bestreden besluiten worden geschorst vanaf het tijdstip dat de verlengde begunstigingstermijn afloopt.

**» Uitspraak**  
**Procesverloop**

Bij drie afzonderlijke besluiten van 12 juli 2012 (de bestreden besluiten) heeft AFM A, C en E vanwege het niet voldoen aan de medewerkingsplicht, neergelegd in artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), gelast binnen vijftien werkdagen na dagtekening van deze besluiten onder verbeurte van een dwangsom van € 4.000,00 per dag of gedeelte daarvan, tot een maximum van € 80.000,00, alsnog AFM toegang te verlenen tot hun digitale administratie, het e-mailsysteem, het systeem waarin zij cliëntgegevens administreren en eventuele andere systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd (de digitale bestanden). Ten aanzien van A dient die toegangverlening volgens AFM te bestaan uit het overleggen van een kopie van systemen waarop digitale bestanden zijn opgeslagen en ten aanzien van C en E dient die toegangverlening er volgens AFM uit te bestaan dat zij AFM medewerking dienen te verlenen voor het maken van kopieën van systemen waarop digitale bestanden zijn opgeslagen. AFM heeft voorts beslist de bestreden besluiten op de voet van artikel 1:99 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) te zullen publiceren indien dwangsommen worden verbeurd. Ten slotte heeft AFM in de bestreden besluiten meegedeeld de begunstigingstermijn te verlengen tot vijftien werkdagen na de dag van de uitspraak van de voorzieningenrechter indien respectievelijk A, C en E een voorziening tot schorsing indienen bij de voorzieningenrechter.

A, B, C en D hebben ieder bezwaar gemaakt tegen elk van de bestreden besluiten. E heeft bezwaar gemaakt tegen het aan haar gerichte bestreden besluit. Voorts hebben verzoekers de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van de besluiten waartegen zij bezwaar hebben gemaakt.

Het onderzoek ter zitting heeft – achter gesloten deuren – plaatsgevonden op 23 augustus 2012. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde. Voorts zijn verschenen B in persoon en mr. W.J. Koops, raadsman van B inzake het hierna te noemen strafrechtelijk onderzoek.

### **Overwegingen**

1. B is indirect enig aandeelhouder en bestuurder van A, D is indirect enig aandeelhouder en bestuurder van C en [F (F)] is enig aandeelhouder en bestuurder van E. Blijkens de inschrijving bij de Kamer van Koophandel heeft A als activiteit “SBI-code: 6612 – Commissionairs en makelaars en effecten, beleggingsadviseurs e.d. Het optreden als intermediair met betrekking tot financieringen en beleggingen voor de zakelijke markt, niet zijnde natuurlijke personen”, heeft C als activiteit “SBI-code: 66193 – Hypotheek- en kredietbemiddeling, geldwisselkantoren, bank- en spaaragentschappen e.d. Het optreden als intermediair met betrekking tot financieringen en beleggingen voor de zakelijke markt, niet zijnde natuurlijke personen” en heeft E als activiteit “SBI-code: 64301 – Beleggingsinstellingen in financiële activa Het optreden als intermediair met betrekking tot financieringen en beleggingen voor de zakelijke markt, niet zijnde natuurlijke personen”.

2. Nadat het openbaar ministerie een strafrechtelijk onderzoek is gestart in de [...]zaak, [...], waarbij A, B, C en D als verdachten zijn aangemerkt en F als getuige is gehoord, is AFM een onderzoek gestart naar de activiteiten van A, C en E. AFM wil nagaan of zij in strijd met artikel 2:96, eerste lid, van de Wft in Nederland zonder een daartoe door AFM verleende vergunning beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten, [...]. A, C en E hebben desgevraagd diverse stukken aan AFM verstrekt waaronder bankafschriften en overeenkomsten met derden. Omdat A, C en E hebben geweigerd te voldoen aan verzoeken van AFM om toegang te verlenen tot hun digitale administratie, het e-mailsysteem, het systeem waarin zij cliëntgegevens administreren en eventuele andere systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd (de digitale bestanden) heeft AFM hen een last onder dwangsom opgelegd.

3. Ingevolge artikel 1:79, eerste lid, van de Wft kan AFM een last onder dwangsom opleggen ter zake van een overtreding van artikel 5:20 van de Awb. Ingevolge het eerste lid van artikel 1:99 van de Wft maakt de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom ingevolge deze wet openbaar wanneer een dwangsom wordt verbeurd, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet. Ingevolge het tweede lid wordt de openbaarmaking van het besluit, indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Awb, opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.

4. De voorzieningenrechter zal bij de beoordeling van de verzoeken voorsnag aannemen dat verzoekers ieder rechtstreeks belang hebben bij hun bezwaren. In dit verband overweegt de voorzieningenrechter dat B rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen door de lastoplegging aan A en dat D rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen door de lastoplegging aan C, omdat aangenomen moet worden dat de elektronische bestanden (grotendeels) betrekking zullen hebben op door respectievelijk B en D verrichte elektronische correspondentie, waaronder correspondentie met een privékarakter (vgl. Vzr. Rb. Rotterdam 20 april 2010, LJN BM4487). Voorts neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de verzochte elektronische gegevens deels zullen overlappen vanwege de gelieerdheid van A, C en E. Waar A, C (en hun beleidsbepalers) en E een rechtsmiddel kunnen instellen om vrijgave van hun elektronische bestanden aan de toezichthouder tegen te kunnen gaan, kan hen dan ook naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet de mogelijkheid worden onthouden tevens een rechtsmiddel in te stellen gericht op het voorkomen dat een gelieerde onderneming diezelfde gegevens zal moeten verstrekken aan de toezichthouder.

5. Verzoekers betogen dat AFM niet over heeft kunnen gaan tot lastoplegging zonder dat zij hen in de gelegenheid heeft gesteld op de voet van artikel 4:8 van de Awb een zienswijze in te

dienen. Verzoekers beroepen zich in dit verband op artikel 41, tweede lid, in verbinding met artikel 51 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).

5.1. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter bestond er in dit geval geen aanleiding voor de AFM om verzoekers in afwijking van artikel 4:8, tweede lid, van de Awb gelegenheid te bieden tot het geven van een formele zienswijze. Verzoekers hebben immers zelf verzocht om het opleggen van een last onder dwangsom en wel na uitvoerige correspondentie met de AFM over aard en omvang van de te verstrekken gegevens. Voorts wijkt de hoogte van de dwangsom niet af van wat gebruikelijk is in dit soort gevallen terwijl het besluiten tot publicatie geen discretionaire bevoegdheid behelst. Uit het voorgaande volgt voorts dat voor zover artikel 41 van het Handvest al van toepassing is, onderdeel a van het tweede lid van dat artikel ten materiële niet is geschonden.

6. Verzoekers betogen dat artikel 5:17 van de Awb slechts ziet op het vorderen van inzage in zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden en in het maken van kopieën daarvan door de toezichthouder ter plaatse, terwijl artikel 5:16 van de Awb volgens hen slechts ziet op het geven van mondelinge inlichtingen. Hierop voortbordurend betogen verzoekers dat AFM daarom niet van A kan vorderen dat zij zelf een kopie van (elektronische) bestanden aanlevert. Verder betogen zij in dit verband dat C niet in gebreke is te voldoen aan artikel 5:20 van de Awb nu AFM zich nimmer ten kantore van C heeft gevoegd met het verzoek om (elektronische) gegevens en bescheiden in te mogen zien en eventueel te kopiëren. Ten slotte menen zij in dit verband dat de toezichthouder geen bevoegdheid heeft om de woning van F – waar de (digitale) administratie van E zich bevindt – te betreden zonder zijn toestemming.

6.1. Ingevolge artikel 5:16 van de Awb is een toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen. Anders dan kan worden afgeleid uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van 22 juni 2012 (LJN BW9478) is de voorzieningenrechter thans van oordeel dat artikel 5:16 van de Awb en artikel 1:74 van de Wft respectievelijk de toezichthouder en AFM geen bevoegdheid bieden tot het vorderen van zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden, doch uitsluitend zien op inlichtingen in mondelinge danwel schriftelijke vorm, en dat de in artikel 5:20 van de Awb neergelegde corresponderende medewerkingsplicht niet verder reikt dan het naar waarheid mondeling of schriftelijk beantwoorden van vragen (zie ook Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, blz. 144). Artikel 1:74 van de Wft heeft geen verdergaande strekking dan dat die inlichtingenvordering ook door AFM zelf kan worden gedaan en dat op de ondertoezicht staande (rechts)persoon de plicht rust de gestelde vragen naar waarheid te beantwoorden.

6.2. Een toezichthouder is ingevolge artikel 5:15, eerste lid, van de Awb bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. In artikel 5:17, eerste en tweede lid, van de Awb is bepaald dat een toezichthouder bevoegd is inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en dat hij bevoegd is van de gegevens en bescheiden kopieën te maken. In artikel 5:20, eerste lid, van de Awb is bepaald dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

In het licht van artikel 5:17, derde lid, en de daarmee in 5:20, eerste lid, van de Awb corresponderende medewerkingsplicht strekt de inzagebevoegdheid ertoe dat de toezichthouder ter plaatse toegang wordt verschaft en inzage wordt gegeven in zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden opdat de toezichthouder daarvan kopieën kan maken of – indien dit niet mogelijk is – die zo nodig voor dat doel kan meenemen. Indien en voor zover de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden die de toezichthouder wenst in te zien zich bevinden in een woning, is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat een redelijke uitleg van de artikelen 5:17 en 5:20, eerste lid, van de Awb met zich brengt dat van de onder toezichtstaande (rechts)persoon redelijkerwijs kan worden gevergd dat die ofwel toestemming verleent aan de toezichthouder om de woning te betreden teneinde inzage te krijgen in de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden (en daarvan kopieën te maken) ofwel de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden ter inzage aanbiedt op een andere plaats dan een woning, bijvoorbeeld het kantoor van de toezichthouder.

Indien de lezing van verzoekers zou worden gevolgd zou in beginsel iedere vordering tot inzage kunnen worden gefrustreerd door de administratie onder te brengen in een woning. De tekst en strekking van de artikelen 5:15, 5:17 en 5:20, eerste lid, van de Awb verzetten zich tegen die lezing. De voorzieningenrechter wijst er in dit verband voorts op dat de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel derde tranche Awb in het kader van de in artikel 5:20, eerste lid,

van de Awb besloten liggende medewerkingsplicht spreekt van de afgifte van gevorderde gegevens en bescheiden (Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3, blz. 147).

6.3. Opgemerkt zij verder dat – anders dan de gemachtigde van de verzoekers 1 t/m 4 heeft betoogd – uit het stelsel van titel 5.2 van de Awb niet volgt dat naleving van artikel 5:20 van de Awb met een last onder dwangsom niet kan worden afgedwongen door AFM. Uit artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wft volgt immers niet dat eerst een last kan worden opgelegd door AFM indien jegens haar als bestuursorgaan artikel 5:20 van de Awb niet is nagekomen. De bevoegdheid tot lastoplegging door AFM ontstaat zodra artikel 5:20 van de Awb is overtreden. Daarvan is – gelet op de tekst en de strekking van die bepaling – sprake indien niet is voldaan aan een vordering tot medewerking door de toezichthouders van AFM.

6.4. Gelet op het vorenstaande komt een toezichthouder van AFM niet de bevoegdheid toe om van A te vorderen kopieën te verstrekken. Wel kan de toezichthouder van A vorderen dat toegang tot de onderneming wordt verstrekt opdat kopieën kunnen worden gemaakt. Indien A vervolgens zelf aangeeft dat het voor haar minder belastend is zelf een kopie aan AFM te verstrekken dan kan de toezichthouder of AFM daarmee instemmen. AFM kan echter geen last baseren op het niet voldoen aan een vordering tot het zelf verstrekken van kopieën. Dit betoog inzake A slaagt derhalve in zoverre.

Uit het voorgaande volgt dat een toezichthouder van AFM, gelet op artikel 5:15, eerste lid, van de Awb, niet bevoegd is zonder toestemming de woning van F te betreden teneinde inzage in de zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden te verkrijgen. Van F kan worden gevegd dat hij die toestemming verleent met het oog op naleving van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb danwel dat hij – naar zijn keuze – ervoor zorg draagt dat AFM op een andere plaats inzage wordt verleend in die zakelijke (elektronische) gegevens en bescheiden. Dit betoog inzake E faalt derhalve.

De verzoeken van AFM die zijn voorafgegaan aan de lastoplegging aan C zien op het verstrekken van inzage aan AFM in de (elektronische) gegevens en bescheiden van C.

Voor zover AFM de bevoegdheid toekomt deze inzage te vorderen, terwijl C geen gevolgen heeft gegeven aan die verzoeken, is zij in gebreke te voldoen aan artikel 5:20 van de Awb, zodat AFM in dat geval de bevoegdheid toekomt C een last op te leggen wegens niet naleven van artikel 5:20 van de Awb. AFM is in dit verband gelet op de artikelen 1:74 van de Wft en 5:20 van de Awb ook bevoegd te vorderen dat C haar meedeelt waar haar digitale administratie zich bevindt. Dit betoog inzake C faalt derhalve.

7. Verzoekers betogen dat AFM handelt in strijd met artikel 5:13 van de Awb door ongericht overlegging te vorderen van de gehele digitale administratie, de e-mailsystemen, de systemen waarin verzoekers cliëntgegevens administreren en eventuele andere systemen waarin gegevens (op elektronische wijze) zijn vastgelegd (de digitale bestanden). Verzoekers wijzen er in dit verband voorts op dat de vordering die een volledige inzage door AFM in het e-mailverkeer van verzoekers behelst op gespannen voet staat met het in artikel 13 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden besloten liggende briefgeheim.

7.1. Gelet op artikel 5:13 van de Awb, waarin is bepaald dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is, is de bevoegdheid medewerking te vorderen niet onbegrensd.

Gelet op de eerder door de betrokken ondernemingen aan AFM verstrekte informatie is de voorzieningenrechter van oordeel dat AFM bevoegd was om – behoudens bijzondere hierna te noemen omstandigheden – inzage te vorderen in de digitale cliëntgegevens. Daarmee is echter niet gegeven dat – zonder nadere motivering – er van kan worden uitgegaan dat het vorderen van inzage in (of een kopie van) het e-mailsysteem van de betrokken ondernemingen noodzakelijk is met het oog op het kunnen vaststellen van (de omvang van) een eventuele overtreding van artikel 2:96 van de Wft. Daar komt bij dat in het licht van artikel 5:13 van de Awb en het door verzoekers genoemde briefgeheim het in de rede zou hebben gelegen dat AFM uiterlijk ten tijde van de lastoplegging kenbaar zou hebben gemaakt dat en op welke wijze zij voornemens was te voorkomen dat geen kennis zou worden genomen van berichten met een geprivilegieerd of een privé karakter (vgl. V.zr. Rb. Rotterdam 20 april 2010, LJN BM4487). Dit betoog slaagt in zoverre.

8. Verzoekers betogen voorts terecht dat op AFM evenzeer een verzwaarde motiveringplicht rust inzake de noodzaak om gegevens van A, C en E te vorderen nu sprake is van een samenloop met een strafrechtelijk onderzoek naar dezelfde feiten waarbij A, B, C en D als verdachten zijn aangemerkt en F als getuige is gehoord. Hoewel AFM bevoegd is om zelfstandig onderzoek te doen naar de naleving van hetgeen is bepaald bij en krachtens de Wft indien een strafrechtelijk onderzoek loopt ter zake van hetzelfde feitencomplex, zal AFM – ook indachtig het bepaalde in artikel 5:13 van de Awb – dienen te bezien in hoeverre een eigen onderzoek noodzakelijk is met het oog op het eventueel zelf treffen van sancties of andere maatregelen. Gelet op de eigen verantwoordelijkheden en bevoegdheden (van de toezichthouders) van AFM en die van (de opsporingsdiensten en) het openbaar ministerie zal AFM – indachtig artikel 3:3 van de Awb – daarbij tot uitgangspunt moeten nemen dat zij haar toezichts- en handhavingsbevoegdheden niet inzet met het oogmerk om het openbaar ministerie ten dienste te zijn bij een lopend strafonderzoek. Nu verzoekers niet of onvoldoende weersproken hebben gesteld dat zij niet langer actief zijn op de financiële markt – waarbij de voorzieningenrechter in aanmerking neemt dat zij een aanzienlijke hoeveelheid gegevens en bescheiden hebben overgelegd – en zij hebben gesteld dat zij vrezen dat AFM de verkregen (elektronische) gegevens en bescheiden zal aanleveren aan het openbaar ministerie, kon AFM in de bestreden besluiten niet volstaan met de motivering dat rechtsbescherming zal openstaan tegen het eventueel gebruik van deze gegevens in een strafrechtelijke procedure of dat geen sprake is van strijd met het nemo tenetur beginsel, omdat er nog geen overtreding door AFM is vastgesteld. In dit verband klemt voorts dat AFM geen gehoor heeft gegeven aan de wens van verzoekers om de stukken die zij met het openbaar ministerie heeft gewisseld in deze procedure over te leggen.

9. Verzoekers betogen voorts terecht dat AFM in het voorgenomen persbericht ter zake van de openbaarmaking van de bestreden besluiten ten onrechte het publiek oproept om informatie te verstrekken over A, C en E. Een dergelijke oproep valt buiten de bevoegdheden die zijn neergelegd in artikel 1:99 van de Wft. Hoewel AFM met oog op nalevingstoezicht niet op voorhand de bevoegdheid kan worden ontzegd om navraag te doen bij derden, zal AFM niet licht over kunnen gaan tot het oproepen van het publiek om (belastende) informatie te verstrekken over een (rechts)persoon.

10. Gelet op het voorgaande ziet de voorzieningenrechter aanleiding tot het treffen van een voorlopige voorziening in deze zaken. De voorzieningenrechter zal bepalen dat de schorsing ingaat vijftien dagen na de dag van de uitspraak, omdat eerst dan de door AFM zelf vergunde begunstigingstermijn afloopt.

11. Omdat de voorzieningenrechter het verzoek toewijst, bepaalt de voorzieningenrechter dat AFM aan verzoekers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

12. De voorzieningenrechter veroordeelt AFM in de door verzoekers gemaakte proceskosten. (...; *red.*).

### **Beslissing**

De voorzieningenrechter:

- wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe, in die zin dat de bestreden besluiten worden geschorst vanaf het tijdstip dat de verlengde begunstigingstermijn afloopt,
- bepaalt dat AFM aan verzoekers het betaalde griffierecht (...; *red.*) vergoedt,
- veroordeelt AFM in de proceskosten (...; *red.*).

### **» Noot**

1. Vorenstaande uitspraak gaat, evenals de uitspraak van 22 juni 2012 («JOR» 2012/257 en «JOR» 2012/258 (hoger beroep)) over het gebruik van de inlichtingen- en de inzagevordering door (toezichthouders van) de Stichting Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) en de vraag of de betrokkene in dit geval gehouden is medewerking aan die vorderingen te verlenen op grond van art. 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”). De rechtbank duidt de uitspraak zelf in het nieuwsoverzicht op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) als “Voorzieningenrechter beperkt bevoegdheden AFM.” Dat kan natuurlijk niet, die bevoegdheid komt slechts de wetgever toe. De voorzieningenrechter heeft in de uitspraak wel de uitkomst gegeven van een herbezinning op tekst, doel en reikwijdte van een aantal toezichtbevoegdheden uit Titel 5.2 Awb. De

conclusie daarvan is dat de wet (deels) geen grondslag biedt voor de door de AFM gehanteerde interpretatie.

2. Toezichthouders van de AFM, aangewezen op grond van art. 1:72 van de Wet op het financieel toezicht ("Wft"), hebben drie vorderingen gedaan: van vennootschap A werd (onder meer) een kopie van alle digitale bestanden gevorderd; van vennootschappen C en E werd (onder meer) toegangverlening tot alle digitale bestanden gevorderd zodat de AFM ter plaatse een kopie zou kunnen maken. De vennootschappen voldeden gedeeltelijk aan de vordering. De opgevraagde digitale bestanden wensten zij echter niet te tonen of te overleggen. Om de vorderingen van de toezichthouders aan de bestuursrechter te kunnen voorleggen verzochten zij de AFM een last onder dwangsom op te leggen wegens het niet voldoen aan de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb. Zonder last onder dwangsom zouden zij de civiele rechter moeten adiëren om een oordeel over de vorderingen te krijgen, nu deze vorderingen volgens vaste jurisprudentie (CBb 21 juli 1998, AB 1998/437; Vzng. Rb. Rotterdam 10 januari 2008, «JOR» 2008/51) niet als besluit in de zin van art. 1:3 Awb worden aangemerkt. De civiele kort gedingrechter acht zich echter gehouden aan een zekere mate van terughoudendheid omdat een oordeel ten gronde over het gebruik van de bevoegdheden aan de bestuursrechter is. Een vordering in kort geding tegen een toezichthouder kan daarom slechts worden toegewezen *"als met de in kort geding vereiste hoge mate van aannemelijkheid kan worden gezegd dat ambtenaren van de [toezichthouder] bij het onderzoek met het gebruik van hun bevoegdheden niet zijn gebleven binnen de kaders van de toepasselijke regelgeving."* (Rb. 's-Gravenhage 13 oktober 2008, LJN: BH2647). De AFM legde vervolgens drie lasten op overeenkomstig de eerder gedane vorderingen. Aan die lasten moeten A, C en E binnen vijftien werkdagen voldoen om te voorkomen dat ze een dwangsom van € 4.000 per dag verbeuren met een maximum van € 80.000. Deze dwangsombedragen hanteert de AFM meestal. B, D en F zijn (indirect) enig aandeelhouder en bestuurder van respectievelijk A, C en E. A, B, C en D maken bij de AFM bezwaar tegen alle drie opgelegde lasten onder dwangsom en verzoeken de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een voorziening tot schorsing van deze besluiten te treffen. E maakt alleen tegen het aan haar gerichte besluit bezwaar en verzoekt daarbij een voorziening. Deze verzoeken om voorlopige voorziening aan de rechtbank zijn nodig nu het instellen van bezwaar geen schorsende werking heeft, zodat ook gedurende de behandeling van het bezwaar dwangsommen worden verbeurd. En na het verbeuren van de eerste dwangsom zal het besluit door de AFM openbaar worden gemaakt. Ongeacht de uitkomst van het bezwaar of eventueel beroep moeten de verbeurde dwangsommen in beginsel worden ingevorderd.

3. De voorzieningenrechter behandelt het verzoek ter zitting achter gesloten deuren, zoals art. 1:101 Wft voorschrijft. De verzochte voorziening ziet immers niet alleen op de verplichting die met het besluit aan de geadresseerde is opgelegd, maar ook op de publicatie van het besluit die op grond van art. 1:99 Wft plaatsvindt wanneer een dwangsom wordt verbeurd. Het heeft weinig zin te proberen de openbaarmaking te voorkomen in een openbare zitting. De uitspraak is geanonimiseerd, waarbij in afwijking van de anonimiseringsrichtlijnen voor [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), maar overeenkomstig het beleid van de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam, geen directe of indirecte zaaksgegevens zoals de namen van de vennootschappen zijn vermeld. Desondanks is een dag na publicatie op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) in de media met naam en toenaam verslag van de uitspraak gedaan.

4. De rechter moet zich eerst uitspreken over de ontvankelijkheid van verzoekers (r.o. 4). Het lijkt geen twijfel dat A, C en E belanghebbenden zijn bij de aan hen gerichte dwangsombesluiten. De voorzieningenrechter oordeelt dat B en D ook als belanghebbenden bij de besluiten aan A respectievelijk C aangemerkt dienen te worden omdat de over te leggen bestanden deels zullen bestaan uit door B respectievelijk D verrichte elektronische correspondentie met een privé karakter. Dat oordeel lijkt mij juist omdat de belangen van de ondernemingen en de bestuurders in dit geval niet zonder meer parallel lopen; de bestuurders hebben een persoonlijk belang bij bescherming van hun privécorrespondentie dat te onderscheiden is van het belang van de ondernemingen. De voorzieningenrechter neemt voorts aan dat A en B ook belang hebben bij hun bezwaar tegen de aan C en E gerichte dwangsombesluiten en dat C en D ook belang hebben bij de aan A en E gerichte besluiten vanwege de gelieerdheid van de ondernemingen. De voorzieningenrechter overweegt dat het feit dat ze een rechtsmiddel kunnen aanwenden tegen de aan hen zelf gerichte vordering met zich brengt dat ze ook een rechtsmiddel zouden moeten kunnen aanwenden tegen een vordering jegens een ander die leidt tot overlegging van dezelfde gegevens. Hoewel die overweging niet onredelijk klinkt en doet denken aan het afgeleid verschoningsrecht, is dit oordeel mijns inziens onjuist. Het belang van de medecorrespondent is immers niet te onderscheiden van het belang



van de correspondent waarbij de correspondentie berust. Dit belang wordt dan ook niet rechtstreeks geraakt (zie ook Vzng. Rb. Rotterdam 20 april 2010, «JOR» 2010/191, m.nt. Jansen).

5. Het tweede oordeel in de uitspraak ziet op de klacht van verzoekers dat de AFM hen niet op grond van art. 4:8 Awb in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven tegen de voorgenomen lasten onder dwangsom. De voorzieningenrechter oordeelt mijns inziens terecht dat van het vragen van een zienswijze kon worden afgezien. De onderbouwing van dit oordeel is echter niet overtuigend. De voorzieningenrechter oordeelt dat op grond van art. 4:8, lid 2 Awb in dit geval geen zienswijze hoefde te worden gevraagd: belanghebbenden hebben niet voldaan aan een wettelijke verplichting gevens te verstrekken. Art. 4:8, lid 2 Awb vormt een uitzondering voor gevallen waarin op grond van art. 4:8, lid 1 Awb gelegenheid moet worden geboden een zienswijze te geven. De rechter lijkt er daarmee aan voorbij te gaan dat art. 4:8 Awb slechts van toepassing is in geval van een beschikking die een belanghebbende “niet heeft aangevraagd.” Nu verzoekers de lasten onder dwangsom hebben aangevraagd kan van een verplichting op grond van art. 4:8, lid 1 Awb geen sprake zijn. Art. 4:7 Awb ziet op de zienswijze bij aangevraagde beschikkingen. Er kan echter evenmin sprake zijn van een hoorplicht op grond van dit artikel omdat art. 4:7 Awb bepaalt dat een dergelijke verplichting alleen bestaat indien het bestuursorgaan de aanvraag geheel of gedeeltelijk afwijst.

6. Het derde oordeel in de uitspraak ziet op de vraag of de AFM een last onder dwangsom kan opleggen wegens het niet verlenen van medewerking aan een (Awb-)toezichthouder als bedoeld in art. 5:11 Awb. Achter die stelling ligt de gedachte dat met een last onder dwangsom slechts verplichtingen tegenover het bestuursorgaan gesanctioneerd kunnen worden en niet tegenover een derde, zoals de door het bestuursorgaan benoemde toezichthouder. De voorzieningenrechter wijst terecht op art. 1:79 Wft dat expliciet de bevoegdheid geeft bij overtreding van art. 5:20 Awb een last onder dwangsom op te leggen. Art. 5:20 Awb is onderdeel van Titel 5.2 en ziet dus per definitie op verplichtingen jegens een toezichthouder als bedoeld in art. 5:11 Awb. Art. 1:79 Wft bepaalt niet wie de toezichthouder moet hebben aangewezen om de AFM de bevoegdheid te geven een last onder dwangsom op te leggen. Toch zal de AFM geen last onder dwangsom kunnen opleggen als niet wordt voldaan aan een vordering van een door de Nederlandsche Bank (“DNB”) aangewezen toezichthouder. Die beperking volgt mijns inziens uit art. 1:25, lid 2 Wft en behoeft daarom geen explicitering in art. 1:79 Wft.

7. Het belangrijkste onderdeel van de uitspraak ziet op de inzagevorderingen. De voorzieningenrechter constateert eerst expliciet dat hij thans van oordeel is dat alleen de door de AFM aangewezen toezichthouders inzage kunnen vorderen. De AFM kan dat zelf niet omdat de in art. 1:74 Wft gegeven bevoegdheid niet verder strekt dan de inlichtingenvordering waarvan toezichthouders op grond van art. 5:16 Awb gebruik mogen maken. Met deze uiteenzetting neemt de voorzieningenrechter afstand van de formulering die in de uitspraak van 22 juni 2012 («JOR» 2012/257) werd gegeven en waaruit afgeleid zou kunnen worden dat ook de AFM een inzagevordering kan geven.

8. De voorzieningenrechter geeft voorts een expliciet oordeel over de door de toezichthouders van de AFM in de praktijk geformuleerde vordering tot overlegging van kopieën van documenten of bestanden. Terecht wordt geoordeeld dat die vordering niet op de Awb kan worden gebaseerd en daarom niet met een last onder dwangsom kan worden afdwongen. Art. 5:17 Awb kent slechts de vordering waarop documenten moeten worden getoond. Lid 3 van dit artikel geeft de toezichthouder de bevoegdheid zelf kopieën te maken van de getoonde documenten. Als degene aan wie de vordering is gericht ervoor kiest zelf kopieën te maken en die aan de toezichthouder te overleggen heeft hij naar het oordeel van de voorzieningenrechter wel aan de vordering voldaan, maar de toezichthouder kan deze wijze van voldoen aan een inzagevordering niet afdwingen.

9. De voorzieningenrechter oordeelt ten aanzien van art. 5:17 Awb ten slotte over twee praktische aspecten. Ten eerste de vraag hoe een inzagevordering moet worden uitgevoerd indien de toezichthouder niet bekend is waar een digitale administratie zich bevindt. Geoordeeld wordt dat de AFM op grond van art. 1:74 Wft mag vorderen dat de locatie van de administratie wordt medegedeeld. Ten tweede de vraag hoe een inzagevordering moet worden uitgevoerd indien de betrokken documenten zich in een woning bevinden. Art. 5:15 Awb bepaalt immers dat de toezichthouder een woning slechts mag betreden met toestemming van de bewoner. De voorzieningenrechter oordeelt dat in dat geval van betrokkene kan worden gevergd dat hij toestemming verleent de woning te betreden dan wel dat hij de inzage op een



andere locatie geeft. Beide oordelen zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat een inzagevordering alleen kan worden gegeven op de locatie waar de betrokken documenten zich bevinden. Mijns inziens stelt art. 5:17 Awb die eis niet. Net als de inlichtingenvordering van art. 5:16 Awb kan de inzagevordering van art. 5:17 Awb op afstand van het verzochte of zelfs schriftelijk worden gegeven. De inzagevordering leidt tot een medewerkingsverplichting die inhoudt dat de genoemde documenten moeten worden afgegeven om de toezichthouder in staat te stellen ze in te zien, zoals de voorzieningenrechter onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis terecht oordeelt (r.o. 6.2, laatste zin). Die afgifte of het tonen van de documenten kan in beginsel op elke locatie gebeuren: de verplichte medewerking kan worden gegeven door de toezichthouder gelegenheid te bieden de documenten in te zien op de locatie waar de documenten zich bevinden, in geval van een woning met toestemming van de bewoner, of op een andere locatie, zoals bijvoorbeeld ten kantore van de toezichthouder. Voor het doen van een inzagevordering is niet noodzakelijk dat de toezichthouder de betrokken documenten eerst bij het betreden van een plaats fysiek ontdekt. Dat uitgangspunt zou bijv. bij een onderneming met vele vestigingen de inzagevorderingsbevoegdheid volledig kunnen frustreren. En het uitgangspunt past ook niet bij het verbod voor de toezichthouder bij het betreden van een plaats die plaats te doorzoeken. Het past ten slotte niet bij de keuze van de wetgever om bij de inwerkingtreding van Titel 5.2 aan sommige toezichthouders wel de bevoegdheid van art. 5:17 Awb te geven, maar niet de bevoegdheid van art. 5:15 Awb. De toezichthouder mag inzage vorderen in alle documenten waarvan hij weet dat ze bestaan ook als hij ze niet ziet of zelfs niet weet waar ze staan. Op welke plaats de inzage moet worden gegeven bepaalt art. 5:17 Awb niet. Op grond van art. 5:17, lid 3 Awb mag de toezichthouder de documenten vervolgens op de plaats waar inzage wordt gegeven kopiëren of – indien dat niet mogelijk is – meenemen om elders te kopiëren. Deze uitleg noodzaakt in elk geval niet tot de onwenselijke conclusie dat onder omstandigheden de toestemming om een woning te betreden niet mag worden geweigerd of de conclusie dat aan toezicht kan worden ontkomen door documenten thuis te bewaren. Bij elektronische gegevens zal verplaatsing van de documenten om aan de inzagevordering te voldoen vanzelfsprekend minder voor de hand liggen, maar ook dan is het aan de betrokkene om te bepalen op welke wijze hij aan de vordering zal voldoen: inzage bieden op de locatie waar de systeemdragers staan, ook als dat een woning is, de systeemdragers elders plaatsen of een kopie van de bestanden overleggen.

10. Na de bespreking van de reikwijdte van art. 5:17 Awb, oordeelt de voorzieningenrechter over het evenredigheidsbeginsel van art. 5:13 Awb en de motiveringsplicht die bij de lasten onder dwangsom op de AFM rust vanwege de samenloop met een strafrechtelijk onderzoek. De vordering van de toezichthouder was erg ruim en omvatte onder meer de e-mailsystemen van de betrokken ondernemingen. De voorzieningenrechter oordeelt dat de toezichthouder gezien het doel van het onderzoek – de naleving van art. 2:96 Wft – bevoegd was cliëntgegevens te vorderen, maar niet zonder motivering de volledige e-mailsystemen en dat de AFM uiterlijk ten tijde van de lastoplegging kenbaar had moeten maken op welke wijze de systemen van geprivilegieerde of privégegevens zouden worden geschoond. Daarbij wordt verwezen naar een uitspraak van voorzieningenrechter van 20 april 2010 (LJN BM4487). In laatstgenoemde uitspraak had de AFM vóór de lastoplegging uiteengezet waarom de e-mailboxen moesten worden ingezien en hoe die van privégegevens zouden worden geschoond door verwijzing naar de in de Staatscourant gepubliceerde regeling van de AFM ter zake. Na die uitspraak heeft de AFM op 23 februari 2011 de betrokken regeling herzien en gepubliceerd in de Staatscourant. Uit de uitspraak kan niet worden afgeleid of de voorzieningenrechter oordeelt dat de nieuwe regeling onvoldoende inzicht biedt in de werkwijze van de (toezichthouders van de) AFM bij het schonen van de bestanden, dan wel onvoldoende garanties biedt, dan wel dat de AFM in besluiten en/of de toezichthouders in hun vorderingen expliciet naar de regeling moeten verwijzen. Zou het oordeel op onvoldoende inzicht of garanties zijn gebaseerd, dan had een (korte) toelichting wel voor de hand gelegen. Indien het oordeel steunt op het ontbreken van een verwijzing zou gesteld kunnen worden dat publicatie in de Staatscourant voldoende moet zijn.

11. De voorzieningenrechter meent niet alleen dat de keuze voor een inzagevordering ten aanzien van de gehele e-mailsystemen gemotiveerd had moeten worden door de AFM, maar ook de noodzaak van het onderzoek op zich had door de AFM gemotiveerd moeten worden. Kennelijk was onbetwist dat de betrokken vennootschappen niet meer actief waren, zodat de AFM nog slechts bestraffende sancties zou kunnen opleggen en geen herstelsancties meer. Voorts was het openbaar ministerie al voor aanvang van het onderzoek door de (toezichthouders van de) AFM een strafrechtelijk onderzoek gestart, waarbij A, B, C en D als verdachten zijn aangemerkt en F als getuige is gehoord. Voor bestraffende sancties geldt het ne bis in idem-beginsel, zodat de AFM geen bestraffende sanctie meer mag treffen nadat een

strafrechtelijke vervolging is begonnen (art. 5:44 Awb). Zelfs als het nog niet tot een vervolgingsbeslissing is gekomen, ligt overigens het primaat bij de officier van justitie; de AFM mag slechts een boete opleggen als de officier van justitie niet wil vervolgen (art. 5:44, lid 3 Awb). Onder deze omstandigheden kan de vraag rijzen of de AFM de met het onderzoek te verkrijgen gegevens wel zelf voor handhaving zal kunnen gebruiken. De voorzieningenrechter overweegt onder verwijzing naar het verbod van détournement de pouvoir dat de toezichthouders van de AFM geen onderzoek mogen doen ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek. Die beperking vloeit mijns inziens ook voort uit het evenredigheidsbeginsel van art. 5:13 Awb. En die beperking volgt expliciet uit de parlementaire geschiedenis: “Het behoort echter niet tot de taak van de toezichthouder zelfstandig een strafrechtelijke afdoening van een overtreding voor te bereiden.” (EK 1995/96, 23 700, nr. 188b, p. 3). Onder deze omstandigheden dient de AFM naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de last onder dwangsom te motiveren waarom medewerking aan de bevoegdheid kan worden afgedwongen en daarmee waarom de inzet van de vordering niet in strijd is met art. 5:13 Awb.

12. Ten slotte oordeelt de voorzieningenrechter over een tekst die de AFM had opgenomen in het voorgenomen persbericht. Dit voorgenomen persbericht neemt de AFM op in het besluit en vormt daar aldus een onderdeel van. In het persbericht wilde de AFM een oproep doen aan het publiek om informatie te verstrekken over de betrokken rechtspersonen. Zo’n oproep deed de AFM wel vaker onder het persbericht met vermelding van de contactgegevens van het Meldpunt Financiële Markten. De voorzieningenrechter oordeelt dat zo’n oproep aan het publiek om over een specifieke vennootschap (belastende) informatie te verstrekken niet valt binnen de bevoegdheid van art. 1:99 Wft en om die reden niet licht mag worden gegeven. In een publicatie na deze uitspraak vermeldt de AFM onder het persbericht nog slechts dat bij vragen of klachten contact met het Meldpunt Financiële Markten kan worden opgenomen.

mr. S.M.C. Nuyten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam