

JOR 2014/269 Rechtbank Rotterdam, 24-07-2014, ROT 14/2849,

ECLI:NL:RBROT:2014:6326

Feitelijk leiding geven aan aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning, Bestuurlijke boete, Beroep ongegrond, Vervolg op Vznr. Rb. Rotterdam 17 september 2013, «JOR» 2014/38, m.nt. Roth

Publicatie	JOR 2014 afl. 10
Publicatiedatum	09 oktober 2014
College	Rechtbank Rotterdam
Uitspraakdatum	24 juli 2014
Rolnummer	ROT 14/2849 LJN ECLI:NL:RBROT:2014:6326
Rechter(s)	mr. Van Nifterick mr. Van Velzen mr. Haan
Partijen	Eiser, eiser, gemachtigde: mr. C.A. Doets, tegen Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster, gemachtigde: mr. A.J. Boorsma.
Noot	mr. S.M.C. Nuijten
Trefwoorden	Feitelijk leiding geven aan aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning, Bestuurlijke boete, Beroep ongegrond, Vervolg op Vznr. Rb. Rotterdam 17 september 2013, «JOR» 2014/38, m.nt. Roth,
Regelgeving	Wft - 2:55

» **Samenvatting**

Op grond van art. 2:55 lid 1 Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door AFM verleende vergunning beleggingsobjecten aan te bieden. Zoals het CBb heeft overwogen in zijn uitspraak van 7 april 2011, «JOR» 2011/187, m.nt. Grundmann-van de Krol, is voor het antwoord op de vraag of sprake is van het in het vooruitzicht stellen van een rendement bepalend wat de potentiële koper uit het aanbod, de overeenkomst en de presentatie van het product als geheel heeft mogen afleiden, waarbij niet bepalend is dat het rendement zich met een zekere mate van waarschijnlijkheid moet kunnen verwezenlijken. Uit het verschaffen van de documentatie door C, alsmede de inhoud daarvan, moet de potentiële koper worden geacht te hebben afgeleid dat er een gerede kans is dat de kavels landbouwgrond door bestemmingsplanwijziging meer waard worden en dat hem door C dus een rendement in het vooruitzicht wordt gesteld. Het betoog van eiser dat geen sprake is van overtreding van art. 2:55 lid 1 Wft, nu C bij het aanbieden van de kavels bouwgrond geen rendement (in geld) in het vooruitzicht heeft gesteld en deze kavels dus niet kwalificeren als beleggingsobject, faalt. Volgens vaste jurisprudentie kan van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen 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 (de Slavenburg-criteria). In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

Toegespitst op de onderhavige zaak betekent dit dat moet worden beoordeeld of eiser:

- a. op de hoogte was van de gedragingen van C waarmee art. 2:55 lid Wft is overtreden, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen,
- b. bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en
- c. maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

Bij de beantwoording van de vraag of aan deze criteria is voldaan, stelt de rechtbank voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, het (voorwaardelijk) opzet

slechts behoeft te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet). De rechtbank is met AFM van oordeel dat aan de drie criteria is voldaan en dat eiser derhalve als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. Daartoe overweegt zij als volgt. Door eiser is niet weersproken dat hij op de hoogte was van de gedragingen van C waarmee art. 2:55 lid 1 Wft is overtreden. Anders dan eiser stelt, moet hij overigens ook worden geacht op de hoogte te zijn geweest van de wederrechtelijkheid van deze gedragingen. Voorts onderschrijft de rechtbank de conclusie van AFM dat uit vele e-mails kan worden opgemaakt dat eiser (feitelijk) zeggenschap had over de verboden gedragingen van C en het in zijn macht had deze te voorkomen en/of te beëindigen. Tot slot heeft eiser niet aannemelijk gemaakt dat hij maatregelen heeft getroffen om de verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen.

Het betoog van eiser dat de boete onevenredig hoog is, faalt.

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

» Uitspraak

(...; *red.*)

Procesverloop

Bij besluit van 12 juli 2013 (het primaire besluit) heeft AFM eiser een bestuurlijke boete van € 125.000,- opgelegd en hem medegedeeld dat zij dit besluit openbaar zal maken door publicatie daarvan.

Bij uitspraak van 17 september 2013 (zaaknummer ROT 13/4565 («JOR» 2014/38, m.nt. Roth; *red.*)) heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank een verzoek om voorlopige voorziening van eiser toegewezen en de beslissing tot openbaarmaking van de boeteoplegging geschorst tot zes weken na de datum van bekendmaking van de beslissing op het bezwaar van eiser tegen het primaire besluit.

Bij besluit van 20 maart 2014 (het bestreden besluit) heeft AFM de opgelegde boete verlaagd naar € 120.000,- en het bezwaar van eiser voor het overige ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiser beroep ingesteld bij de rechtbank. Tevens heeft eiser de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Partijen hebben de rechtbank telefonisch desgevraagd te kennen gegeven ermee in te stemmen dat op het beroep zonder onderzoek ter zitting uitspraak wordt gedaan door de meervoudige kamer van de rechtbank.

Overwegingen

1. Bij de beoordeling van het beroep wordt mede betrokken wat partijen naar voren hebben gebracht, zoals neergelegd in het daarvan opgemaakte proces-verbaal met aangehechte pleitnota's, in het kader van eisers verzoek om voorlopige voorziening hangende beroep, strekkende tot schorsing van de beslissing tot openbaarmaking van de boeteoplegging, dat op 7 juli 2014 – met gesloten deuren – is behandeld ter zitting, waar de gemachtigde van eiser en de gemachtigde van verweerder, vergezeld door mr. E. Gerats, zijn verschenen.

2. Eiser is met ingang van 1 juni 2010 op basis van een managementcontract tussen [b] ([b]) en [c]. ([c]), welk contract per 23 november 2010 is beëindigd, werkzaam geweest bij [c]. Eiser was op dat moment in loondienst van [b], waarvan zijn fiscaal partner enig bestuurder en aandeelhouder was. [c] is opgericht met behulp van financieringen van onder meer [b]. Uit de samenwerkingsovereenkomst tussen [c] en [b] volgt dat, naast een basisbedrag voor eiser, 20% van de behaalde winst van [c] naar [b] ging.

3. AFM heeft eiser bij het primaire besluit een bestuurlijke boete van € 125.000,- opgelegd, omdat zij heeft geconstateerd dat eiser in de periode van 1 juni 2010 tot 23 november 2010 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van de in artikel 2:55, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) neergelegde verbodsbepaling, begaan door [c]. ([c]) met het aanbieden van kavels landbouwgrond zonder dat over een daartoe verleende vergunning werd beschikt. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de boete verlaagd naar € 120.000,-.

De overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft

4. Eiser betoogt dat geen sprake is van overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft, nu [c] bij het aanbieden van de kavels landbouwgrond geen rendement (in geld) in het vooruitzicht heeft gesteld en deze kavels dus niet kwalificeren als beleggingsobject.

4.1. Op grond van artikel 1:1 van de Wft wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen, voor zover niet anders is bepaald, verstaan onder beleggingsobject:

a. een zaak, een recht op een zaak of een recht op het al dan niet volledige rendement in geld of een gedeelte van de opbrengst van een zaak, niet zijnde een product als bedoeld in de onderdelen b tot en met h van de definitie van financieel product in dit artikel, welke anders dan om niet wordt verkregen, bij welke verkrijging aan de verkrijger een rendement in geld in het vooruitzicht wordt gesteld en waarbij het beheer van de zaak hoofdzakelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger; of

b. een ander bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen recht.

Op grond van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door AFM verleende vergunning beleggingsobjecten aan te bieden.

4.2. Zoals het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft overwogen in zijn uitspraak van 7 april 2011 (ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538 («JOR» 2011/187, m.nt. Grundmann-van de Krol; *red.*)), is voor het antwoord op de vraag of sprake is van het in het vooruitzicht stellen van een rendement bepalend wat de potentiële koper uit het aanbod, de overeenkomst en de presentatie van het product als geheel heeft mogen afleiden, waarbij niet bepalend is dat het rendement zich met een zekere mate van waarschijnlijkheid moet kunnen verwezenlijken.

4.3. Niet in geschil is dat [c] potentiële kopers bij haar aanbod van kavels landbouwgrond consequent voorzag van documentatie over de ontwikkeling van het desbetreffende gebied en de waardeontwikkeling van de grondprijzen aldaar. Met AFM is de rechtbank van oordeel dat [c] deze documentatie daarmee onderdeel heeft gevormd van de presentatie van het door haar aangeboden product. Dit wordt nog eens onderstreept door het feit dat in meerdere koopovereenkomsten is opgenomen dat verkoper de koper heeft “geïnformeerd over de grondontwikkeling rondom Terneuzen aan de hand van documentaties (en websites) van onafhankelijke bronnen, welke door verkoper en koper gezamenlijk zijn doorlopen.” Dat de desbetreffende documentatie niet door of namens [c] is opgesteld, biedt, anders dan eiser meent, geen grond voor een ander oordeel.

4.4. Uit het verschaffen van voormelde documentatie door [c], alsmede de inhoud daarvan, moet de potentiële koper worden geacht te hebben afgeleid dat er een gerede kans is dat de kavels landbouwgrond door bestemmingsplanwijziging meer waard worden en dat hem door [c] dus een rendement in het vooruitzicht wordt gesteld. Dat in de documentatie geen termen zijn gebezigd als “belegging” en “gouden investeringskansen” of dat daarin niet met een zekere mate van concreetheid een voorspelling over het rendement is gedaan, doet daaraan niet af. De inhoud van de documentatie sprak voor zich, in het bijzonder de daarin vermelde waardeontwikkeling van de grondprijzen. Dat potentiële kopers een rendement in het vooruitzicht werd gesteld vindt bevestiging in de in meerdere koopovereenkomsten opgenomen bepalingen over “optierecht” en “deling meeropbrengst”, waarin is neergelegd dat de koper zich verplicht na een onherroepelijk geworden bestemmingsplanwijziging de gekochte kavel(s) aan te bieden aan [c] onderscheidenlijk dat de koper en [c] zijn overeengekomen een eventuele toekomstige meerwaarde van de kavels ten gevolge van de bestemmingsplanwijziging te delen. Dat hierbij wordt gesproken van een eventuele toekomstige meerwaarde betekent, anders dan eiser meent, niet dat geen rendement in het vooruitzicht wordt gesteld. Zoals hiervoor in 4.2 reeds is overwogen, is niet bepalend dat het rendement zich met een zekere mate van waarschijnlijkheid moet kunnen verwezenlijken. Met zijn stelling dat geen sprake is van rendement in geld, gaat eiser eraan voorbij dat de koper na terugverkoop aan [c] overeenkomstig eerder genoemde bepaling over “deling meeropbrengst” in financiële zin de vruchten zal plukken.

4.5. Gezien het voorgaande faalt het betoog van eiser.

5. Eiser betoogt dat ook in het geval de aangeboden kavels landbouwgrond kwalificeren als beleggingsobject geen sprake is van overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft, nu [c] – in elk geval in de periode dat hij daar werkzaam is geweest – gebruik kon maken van de vrijstelling, zoals neergelegd in artikel 2, eerste lid, aanhef, onder a en 2°, van de Vrijstellingsregeling Wft. Daarbij merkt eiser op dat door [c] in die periode uitsluitend kavels uit kadastraal perceel K 1829 werden verkocht en dat het nimmer de intentie is geweest meer dan twintig kavels uit dit perceel te verkopen, hetgeen ook niet is gebeurd.

5.1. Op grond van artikel 2, eerste lid, aanhef, onder a en 2°, van de Vrijstellingsregeling Wft zijn van artikel 2:55, eerste lid, van de wet vrijgesteld aanbieders van beleggingsobjecten voor zover die beleggingsobjecten deel uitmaken van een serie van beleggingsobjecten als bedoeld

in artikel 1, onderdeel bb, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft die minder dan twintig beleggingsobjecten omvat.

Op grond van het tweede lid van dit artikel is het eerste lid, aanhef en onderdeel a, slechts van toepassing voor zover de aanbieder bij een aanbod van beleggingsobjecten als bedoeld in het eerste lid, en in reclame-uitingen en documenten waarin een dergelijk aanbod in het vooruitzicht wordt gesteld, vermeldt dat hij voor het aanbieden niet vergunningplichtig is ingevolge de wet en niet onder toezicht staat van AFM.

5.2. De rechtbank stelt vast dat in de periode dat eiser werkzaam is geweest bij [c] met betrekking tot de kavels uit kadastraal perceel K 1829 door [c] vijftien koopovereenkomsten met consumenten zijn gesloten. Gesteld noch gebleken is dat [c] bij de aanbiedingen die hebben geleid tot deze overeenkomsten heeft vermeld dat zij voor het aanbieden niet vergunningplichtig is ingevolge de Wft en niet onder toezicht staat van AFM. In de overeenkomsten zelf is dit overigens evenmin vermeld. Zoals AFM terecht opmerkt, was de in artikel 2, eerste lid, aanhef, onder a en 2°, van de Vrijstellingsregeling Wft neergelegde vrijstelling, gelet op het tweede lid van dit artikel, dan ook niet van toepassing op [c] bij het aanbieden van de kavels waarop voormelde vijftien koopovereenkomsten zien. Eisers stelling dat voor potentiële kopers redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat [c] niet over een vergunning beschikte en niet onder toezicht stond van AFM, kan, wat daarvan ook zij, niet tot een ander oordeel leiden, nu artikel 2, tweede lid, van de Vrijstellingsregeling Wft uitdrukkelijk bepaalt dat de vrijstelling uit het eerste lid van dit artikel slechts van toepassing is indien de aanbieder dit vermeldt bij een aanbod van beleggingsobjecten. Dat in andere – na voormelde periode – door [c] gesloten koopovereenkomsten betreffende kavels landbouwgrond een dergelijke vermelding wel is opgenomen, is, anders dan eiser lijkt te menen, niet relevant, nog daargelaten of met alleen een vermelding in de uiteindelijke koopovereenkomst kan worden volstaan.

5.3. Gezien het voorgaande faalt het betoog van eiser.

Het feitelijk leidinggeven aan de overtreding

6. Eiser betoogt dat AFM, voor zover wel sprake zou zijn van overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft door [c], ten onrechte meent dat hij daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.

6.1. Op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is van overeenkomstige toepassing.

Op grond van artikel 51, tweede lid, Sr kan, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

6.2. Volgens vaste jurisprudentie kan van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen 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 (de Slavenburg-criteria). In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

6.3. Toegespitst op de onderhavige zaak betekent dit dat moet worden beoordeeld of eiser:

a. op de hoogte was van de gedragingen van [c] waarmee artikel 2:55, eerste lid, van de Wft is overtreden, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen,

b. bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en

c. maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

6.4. Bij de beantwoording van de vraag of aan deze criteria is voldaan, stelt de rechtbank voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, anders dan eiser betoogt, het (voorwaardelijk) opzet slechts behoeft te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).

Het standpunt van eiser dat de Hoge Raad in zijn arrest van 7 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:24) is “omgegaan”, in die zin dat in plaats van kleurloos opzet voortaan (voorwaardelijk) boos opzet zou zijn vereist om te kunnen spreken van feitelijk leidinggeven, onderschrijft de rechtbank niet. In die zaak stond ter beoordeling de bewezenverklaring van het (voorwaardelijk) opzet van de verdachte op het overtreden van vergunningsvoorschriften (de gedraging). De vraag of dat opzet tevens gericht is geweest op het overtreden van de wetsbepaling waarin deze gedraging is verboden (de wederrechtelijkheid van de gedraging), is daarbij expliciet noch impliciet aan de orde gesteld. Daarbij merkt de rechtbank nog op dat de Hoge Raad ook niet vermeldt dat sprake is van een verandering van zijn – reeds decennialang geldende – rechtspraak op dit punt.

Het standpunt van eiser dat uit de Slavenburg-criteria de eis volgt dat het (voorwaardelijk) opzet van de leidinggever gericht is geweest op het verboden karakter van de gedragingen van de rechtspersoon, onderschrijft de rechtbank evenmin. Als kleurloos opzet volstaat voor de dader/rechtspersoon dan zal kleurloos opzet ook voldoende zijn voor degene die feitelijke leiding heeft gegeven. De rechtbank vindt hiervoor steun in de door de Hoge Raad in zijn arrest van 10 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:676) gevolgde conclusie van de Advocaat-Generaal van 28 mei 2013 (punt 6.7, ECLI:NL:PHR:2013:528).

6.5. Gelet op het vorenoverwogene is de rechtbank met AFM van oordeel dat aan de drie hiervoor in 6.3 genoemde criteria is voldaan en dat eiser derhalve als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kan worden aangemerkt. Daartoe overweegt de rechtbank als volgt.

6.5.1. Door eiser is niet weersproken dat hij op de hoogte was van de gedragingen van [c] waarmee artikel 2:55, eerste lid, van de Wft is overtreden. Anders dan eiser stelt en zoals in het bestreden besluit terecht is opgemerkt, moet eiser overigens, onverminderd het hiervoor in 4.4 overwogene, ook worden geacht op de hoogte te zijn geweest van de wederrechtelijkheid van deze gedragingen, althans bewust de aanmerkelijke kans te hebben aanvaard dat met deze gedragingen de Wft zou worden overtreden. Onweersproken door eiser is dat hij enig beleidsbepaler was bij [d] toen deze onderneming in 2010 een vergelijkbare constructie met grondbeleggingen toepaste. Zoals AFM terecht opmerkt, mag eiser gelet hierop worden geacht op de hoogte te zijn geweest van de in artikel 2:55, eerste lid, van de Wft neergelegde verbodsbepaling en het eventuele gebruik van vrijstellingen. Bovendien blijkt uit zijn e-mail correspondentie met een notariskantoor dat eiser erop is gewezen dat de gedragingen van [c] mogelijk vergunningplichtig zijn en kan uit een e-mail van hem van 28 oktober 2010 worden opgemaakt dat eiser ook zelf van mening was daarover alles te weten. Met zijn stelling dat tot aan de in 4.2 genoemde uitspraak van het CBb van 7 april 2011 nog veel onduidelijkheid bestond over het aanbieden van beleggingsobjecten, gaat eiser voorbij aan zijn eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, de nieuwsbrieven waarin AFM vanaf 2008 “guidance” heeft gegeven over (landbouw)gronden als mogelijke beleggingsobjecten en de – aan voormelde uitspraak van het CBb ten grondslag liggende – uitspraak van de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam van 4 december 2009 (ECLI:NL:RBROT:2009:BK5632), waarin ten aanzien van soortgelijke gedragingen als van [c] reeds is geoordeeld dat deze een overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft opleveren. Dat eiser desondanks ervan overtuigd zou zijn geweest dat de gedragingen van [c] binnen de grenzen van de Wft bleven, ligt, zoals AFM terecht opmerkt, volledig in zijn risicosfeer.

6.5.2. Voorts onderschrijft de rechtbank de conclusie van AFM dat uit de vele in het primaire besluit geciteerde e-mails kan worden opgemaakt dat eiser (feitelijk) zeggenschap had over de verboden gedragingen van [c] en het in zijn macht had deze te voorkomen en/of te beëindigen. Niet alleen eisers wetenschap van de activiteiten van [c] blijkt uit die e-mails, maar ook zijn grote betrokkenheid en bemoeienis daarbij. Eiser stuurde de aanschaf en verkoop van gronden aan en bepaalde de strategie daaromtrent, werd regelmatig – al dan niet op eigen verzoek – op de hoogte gehouden van de omzet, gaf medewerkers van [c] opdrachten (bijvoorbeeld om op zoek te gaan naar een nieuwe notaris, een boekhouder en een schoonmaker), had zeggenschap over afgesproken tarieven per koopakte en verdeling van de winst en onderhield contacten met diverse externe partijen zoals een notaris- en makelaarskantoor, waarbij hij zich profileerde als leidinggevende. Eiser had aldus een buitengewoon invloedrijke rol in het besluitvormingsproces en nam zodoende naast de enig bestuurder en aandeelhouder van [c] een belangrijke positie in binnen de onderneming. Dit wordt nog eens onderstreept door de bemoeienis van eiser met de activiteiten van [c] tijdens zijn vakanties, zijn betrokkenheid bij de beantwoording van informatieverzoeken van AFM en het feit dat [c] is opgericht met behulp van financieringen van onder meer [b], de onderneming waar eiser in loondienst was, waarvan

zijn fiscaal partner enig bestuurder en aandeelhouder was en waarnaar 20% van de behaalde winst van [c] ging. Nog daargelaten dat hij op basis van een managementcontract werkzaam was bij [c], heeft eiser zijn stelling dat hij desalniettemin niet meer dan een tijdelijk ingehuurd verkoopmedewerker was, onvoldoende aannemelijk gemaakt.

6.5.3. Aan de door eiser ter ondersteuning daarvan overgelegde schriftelijke verklaringen van vier voormalige medewerkers van [c] heeft AFM terecht minder gewicht toegekend dan aan de in het primaire besluit geciteerde e-mails, waaruit een heel ander beeld naar voren komt. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de door eiser overgelegde verklaringen op zijn verzoek in het kader van deze boeteprocedure zijn opgesteld, terwijl de e-mails uit de mailbox van eiser afkomstig zijn en dateren van vóór deze procedure. Gelet hierop mogen de e-mails worden geacht een objectiever beeld te geven van de activiteiten van eiser binnen [c] dan de overgelegde verklaringen. Dit geldt te meer nu, zoals AFM in haar nadere toelichting van 6 juni 2014 op het bestreden besluit terecht opmerkt, de door eiser overgelegde verklaringen afkomstig zijn van medewerkers die gezien hun positie binnen [c] waarschijnlijk weinig zicht zullen hebben gehad op de activiteiten van eiser, waarbij bovendien geldt dat twee van die medewerkers gezien de datum van indiensttreding bij [c] of in verband met ziekte maar kort met eiser te maken hebben gehad en de twee andere medewerkers, door eiser onweersproken, na hun vertrek bij [c] voor dan wel met eiser hebben gewerkt bij een andere onderneming, hetgeen doet twijfelen aan de objectiviteit van hun verklaringen, te meer nu deze vrijwel identiek zijn. Voorts heeft AFM zich in haar nadere toelichting terecht op het standpunt gesteld dat de ten overstaan van haar door de commercieel/compliance medewerker van [c] afgelegde verklaring, gezien diens positie binnen [c], de mede op grond van de e-mails door AFM getrokken conclusie over de rol van eiser binnen [c] ondersteunt.

6.5.4. Anders dan eiser meent, staat geen rechtsregel eraan in de weg dat de rechtbank de nadere toelichting van AFM op het bestreden besluit betreft bij de beoordeling van het beroep. Daarbij merkt de rechtbank op dat eiser voldoende tijd heeft gehad om een gedegen zienswijze op deze toelichting naar voren te brengen.

6.5.5. Hetgeen eiser heeft ingebracht tegen de ten overstaan van AFM afgelegde verklaringen van de enig bestuurder en aandeelhouder van [c] en de administrateur van [c] behoeft geen bespreking, nu AFM aan deze verklaringen geen doorslaggevende betekenis heeft toegekend.

6.5.6. Het standpunt van eiser dat AFM handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur door de administrateur van [c] niet en hem wel als beschikkingsbevoegd feitelijk leidinggevende aan te merken, onderschrijft de rechtbank niet. AFM heeft in dit verband opgemerkt dat zij op basis van de bij haar beschikbare informatie niet heeft kunnen vaststellen dat de administrateur beschikkingsbevoegd was. In de omstandigheid dat de administrateur toegang had tot de financiële administratie en de bankrekeningen van [c] en dat zij aanzienlijke provisies ontving, heeft AFM, anders dan eiser meent, geen grond hoeven zien voor de conclusie dat ook zij (feitelijk) zeggenschap had over de verboden gedragingen van [c] en het in haar macht had deze te voorkomen en/of te beëindigen. AFM heeft in dit verband in het bestreden besluit terecht gewezen op de e-mail van 30 september 2010 van de administrateur aan de echtgenote van de enig bestuurder en aandeelhouder van [c], waarin de administrateur te kennen geeft dat zij wacht op instructies van eiser ten aanzien van de winstverdeling.

6.5.7. Tot slot heeft eiser niet aannemelijk gemaakt dat hij maatregelen heeft getroffen om de verboden gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen. Dat, zoals ter zitting van 7 juli 2014 is gesteld, vanaf de zomer van 2010 – overeenkomstig artikel 2, eerst lid, aanhef, onder a en 4°, van de Vrijstellingsregeling Wft en het tweede lid van dit artikel – nog uitsluitend beleggingsobjecten voor een nominaal bedrag per beleggingsobject van ten minste € 50.000,- zijn aangeboden en dat in de daarbij ter beschikking gestelde documentatie het zogenoemde wildwestbordje is opgenomen, is niet met ter zake relevante stukken onderbouwd. Het in dit verband aan de in de voorlopige voorziening procedure overgelegde pleitnota van eisers gemachtigde gehechte overzicht van diverse e-mails is ontoereikend om als onderbouwing hiervan te kunnen worden aangemerkt. Bovendien laat deze eventuele wijziging in verkoopstrategie onverlet dat eiser geen maatregelen heeft genomen om de verboden gedragingen te voorkomen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat eiser de persoon binnen [c] was die de verkoop van grond aanstuurde en de strategie daaromtrent bepaalde.

6.6. Gezien het voorgaande faalt het betoog van eiser.

De hoogte van de boete

7. Eiser betoogt dat de opgelegde boete onevenredig hoog is.

7.1. Op grond van artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector valt een overtreding van artikel 2:55, eerste lid, van de Wft onder boetecategorie 3. Voor deze categorie geldt op grond van artikel 1:81, tweede lid, van de Wft het basisbedrag van € 2.000.000,-. AFM heeft geen aanleiding gezien dit basisbedrag gelet op de ernst of de duur van de overtreding te verhogen of te verlagen. Wel heeft AFM dit basisbedrag verhoogd met 25% wegens verhoogde verwijtbaarheid van eiser. Gelet op de omvang van het eigen vermogen van eiser heeft AFM aanleiding gezien het basisbedrag naar beneden bij te stellen tot € 125.000,-. Gezien de verdien capaciteit van eiser heeft AFM in het primaire besluit geen aanleiding gezien dit bedrag verder te matigen. Na herberekening van de verdien capaciteit (aannemelijk toekomstig inkomen) van eiser heeft AFM in het bestreden besluit aanleiding gezien het boetebedrag te matigen tot € 120.000,-.

7.2. De rechtbank volgt eiser niet in zijn standpunt dat AFM met betrekking tot de duur van de overtreding ten onrechte is uitgegaan van de periode 1 juni 2010 tot 23 november 2010. De stelling van eiser dat hij slechts tot medio september 2010 feitelijk betrokken is geweest bij de activiteiten van [c] verhoudt zich niet met de inhoud van het e-mailcontact dat hij daarna heeft gehad met medewerkers van [c]. Daarbij komt nog dat het managementcontract op basis waarvan eiser werkzaam was bij [c] eerst per 23 november 2010 is beëindigd. Voorts heeft AFM in de door eiser gestelde vakantieperiodes en ziekte geen aanleiding hoeven zien om uit te gaan van een kortere duur van de overtreding, reeds nu eiser ook tijdens zijn afwezigheid veelvuldig (zakelijk) e-mailcontact had met medewerkers van [c]. Voor het oordeel dat AFM het basisbedrag gezien de door haar vastgestelde duur van de overtreding had moeten matigen, ziet de rechtbank geen grond.

7.3. Grond voor matiging heeft AFM evenmin hoeven zien in de ernst van de overtreding. Zoals AFM terecht heeft opgemerkt, is sprake van een ernstige overtreding, nu [c] zich heeft onttrokken aan het toezicht van AFM, ten gevolge waarvan geen voorafgaande markttoetredingstoets heeft plaatsgevonden en de regels ter bescherming van consumenten niet zijn toegepast op [c]. Dat consumenten eigenaar zijn geworden van een stuk grond is, anders dan eiser meent, onvoldoende om hem te volgen in zijn standpunt dat consumenten niet zijn benadeeld. Het was consumenten immers niet te doen om het stuk grond, maar om het rendement dat zij met de aankoop van de grond als beleggingsobject zouden kunnen behalen. Met zijn stelling dat eerder door AFM onder het oude boetestelsel opgelegde boetes voor soortgelijke overtredingen ruim lager waren dan het toen geldende maximum, gaat eiser er voorts aan voorbij dat de hem opgelegde boete aanzienlijk lager is dan het thans geldende basisbedrag van € 2.000.000,-.

7.4. Verder heeft de mate van verwijtbaarheid, anders dan eiser meent, voor AFM geen grond hoeven vormen de boete te matigen. Integendeel, AFM heeft terecht vastgesteld dat sprake is van verhoogde verwijtbaarheid en daarin aanleiding mogen zien de boete met 25% van het basisbedrag te verhogen. Daarbij wijst de rechtbank op hetgeen zij hiervoor reeds in 6.5.1 heeft overwogen.

7.5. Evenmin ziet de rechtbank, gelet op het punitieve karakter van de boete, grond om eiser te volgen in zijn standpunt dat AFM in het door hem behaalde voordeel aanleiding had moeten zien tot matiging van het basisbedrag over te gaan. Daarbij neemt de rechtbank mede in aanmerking dat AFM bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de boete rekening heeft gehouden met de draagkracht van eiser.

7.6. Zoals volgt uit artikel 4, tweede lid, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector is de betekenis van de draagkracht beperkt tot de vraag of aanleiding bestaat een aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding evenredige boete te matigen. Daartoe kan aanleiding bestaan indien deze boete, gelet op de hoogte daarvan, onevenredige gevolgen heeft voor de beboete persoon. In dit licht bezien bestaat geen grond om eiser te volgen in zijn betoog dat AFM bij de vaststelling van zijn draagkracht niet bevoegd was toekomstig inkomen van eiser in aanmerking te nemen en rekening te houden met een betalingsregeling. Zowel eisers toekomstig inkomen als de mogelijkheid van een betalingsregeling kunnen immers relevant zijn voor de vraag of eiser door de hoogte van de boete onevenredig wordt getroffen en of deze al dan niet moet worden verlaagd. Dat de Hoge Raad in zijn door eiser genoemd arrest van 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:685) heeft overwogen dat het bestuursorgaan bij de vaststelling van de draagkracht acht moet slaan op de financiële positie van de beboete persoon ten tijde van het boetebesluit en dat de rechter, indien dit besluit aan zijn oordeel wordt onderworpen, zijn oordeel over de hoogte van de boete dient te vormen met inachtneming de op dat moment aannemelijk geworden draagkracht, sluit niet uit dat op dat moment aannemelijk toekomstig inkomen van de beboete persoon bij de vaststelling van de draagkracht in aanmerking wordt genomen. Zou de lezing van eiser van dit arrest worden gevolgd dan zou dit ernstig afbreuk doen aan het punitieve karakter van de boete. De door eiser vermelde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 6

februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ0786) betekent voorts niet dat AFM in zijn geval geen rekening heeft mogen houden met een betalingsregeling gedurende twee jaar. Anders dan het bestuursorgaan in de zaak die bij de Afdeling voorlag, heeft AFM berekend of gebruikmaking van een betalingsregeling door eiser gedurende twee jaar hem onevenredig zal treffen. Met AFM is de rechtbank van oordeel dat dit niet het geval is, waarbij niet uit het oog mag worden verloren dat het hier een punitieve sanctie betreft. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat door eiser niet is gesteld dat hij niet langer € 10.000,- bruto per maand aan inkomen heeft. De ter zitting van 7 juli 2014 overlegde – ongedateerde – koopovereenkomst betreffende percelen grond van eiser die volgens zijn eigen opgave een waarde van € 50.000,- vertegenwoordigen en thans blijkens die koopovereenkomst door eiser zouden zijn verkocht voor € 15.000,- leidt de rechtbank niet tot een ander oordeel. Met AFM is de rechtbank van oordeel dat aanleiding bestaat te betwijfelen of het in de koopovereenkomst genoemde bedrag van € 15.000,- de reële waarde van de percelen vertegenwoordigt. Allereerst valt op dat eiser eerst ter zitting van 7 juli 2014 een ongedateerde koopovereenkomst overlegt en dat de leveringsakte eerst zal worden verleden op 30 juli 2014 of zoveel eerder of later als partijen nader overeenkomen. Voorts is het verschil tussen € 50.000,- en € 15.000,- erg groot en bestaat, zoals ook AFM heeft opgemerkt, gelet op artikel 16.2 van de koopovereenkomst aanleiding om te veronderstellen dat eiser de koper persoonlijk kent, hetgeen eiser niet heeft weersproken. Verder is opvallend dat een door eiser aangezochte taxateur niet bereid is een officiële taxatie van de percelen uit te voeren. De daarvoor aangevoerde reden, te weten dat de taxatie zal worden gebruikt richting AFM en de taxateur de ervaring heeft dat AFM geen eenduidig beleid heeft om de waarde van percelen als die van eiser te bepalen, waardoor een taxatie veel tegenwerking voor het bedrijf van de taxateur tot gevolg kan hebben, kan de rechtbank niet plaatsen. De verkoop van de percelen voor een bedrag dat € 35.000,- lager ligt dan de door eiser zelf gedane opgave wekt tot slot eens te meer bevreemding, nu er geen reden is om aan te nemen dat eiser niet langer een maandelijks inkomen van € 10.000,- bruto heeft en hij de percelen eerder heeft gekwalificeerd als “appeltje voor de dorst”. Gezien het voorgaande ziet de rechtbank geen aanleiding eiser in de gelegenheid te stellen alsnog een taxatierapport van een onafhankelijk taxateur te verkrijgen, te minder nu eiser daartoe niet meer dan een inspanning in het vooruitzicht heeft gesteld.

7.7. Het door eiser, onder verwijzing naar de aan de enig bestuurder en aandeelhouder van [c] opgelegde boete van € 500,-, gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt. Zoals AFM heeft opgemerkt, is in beide gevallen geen aanleiding gezien het basisbedrag gelet op de ernst of de duur van de overtreding te verhogen of te verlagen, dit basisbedrag verhoogd met 25% wegens verhoogde verwijtbaarheid en vervolgens naar beneden bijgesteld tot € 125.000,-, in eisers geval na bezwaar uiteindelijk tot € 120.000,-. Het verschil in hoogte van de uiteindelijk opgelegde boete is uitsluitend gelegen in de beperkte draagkracht van de enig bestuurder en aandeelhouder van [c]. Hoewel het verschil in de hoogte van de opgelegde boete aanzienlijk is, wordt dit afdoende verklaard door het feit dat deze persoon, in tegenstelling tot eiser en zoals ook in het hem betreffende boetebesluit is opgenomen, over een negatief eigen vermogen beschikt en verder geen relevante inkomsten heeft.

De rechtbank ziet geen aanleiding deze vaststelling van de draagkracht in twijfel te trekken. Dat, zoals eiser opmerkt, de fiscus vereist dat een directeur-grootaandeelhouder, zoals deze persoon, zichzelf een minimumloon van € 43.000,- toekent, betekent niet dat hij ook daadwerkelijk een dergelijk inkomen heeft en laat onverlet dat de door eiser bedoelde persoon schulden heeft. Voor zover eiser vreest dat door het verschil in de hoogte van de boetes in de markt de perceptie zal ontstaan dat de enig bestuurder en aandeelhouder van [c] een veel minder groot verwijt dan eiser kan worden gemaakt, gaat eiser er naar het oordeel van de rechtbank aan voorbij dat zowel in het boetebesluit als in het persbericht betreffende de enig bestuurder en aandeelhouder van [c] uitdrukkelijk is opgenomen dat diens boete in beginsel € 125.000,- bedroeg en dat deze is gematigd wegens beperkte draagkracht. Hiermee heeft AFM de markt afdoende voorgelicht.

7.8. Gezien het voorgaande faalt het betoog van eiser.

De openbaarmaking van de boeteoplegging

8. Tot slot faalt bij gebrek aan enige concrete toelichting het betoog van eiser dat, nu de veelvuldig in het primaire besluit geciteerde e-mails persoonlijk getinte informatie bevatten en niet worden weggelakt, de door AFM voorgenomen wijze van publiceren onrechtmatig is.

9. Het beroep is ongegrond.

10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

» Noot

1. Deze uitspraak gaat over een boete van € 120.000 die de AFM heeft opgelegd aan de heer A als feitelijk leidinggever. Eén van de vragen die daarbij aan de orde komt is of sprake moet zijn van “kleurloos opzet” of van “boos opzet”. Daarmee gaat de rechtbank in op een actuele discussie die is ontstaan door het arrest van de Hoge Raad van 7 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:24).

2. De heer A (de werkelijke namen blijken uit het persbericht dat de AFM op 28 juli 2014 heeft uitgebracht, maar in het navolgende worden de afkortingen gehanteerd die in de uitspraak staan) heeft van 1 juni tot 23 november 2010 op basis van een managementcontract als verkoopleider gewerkt voor de BV C. Blijkens de uitspraak heeft C zonder vergunning van de AFM percelen grond aangeboden aan consumenten, waarbij werd gespeculeerd op een waardevermeerdering door een bestemmingswijziging. De AFM heeft geoordeeld dat C daarmee in strijd heeft gehandeld met art. 2:55, eerste lid van de Wet op het financieel toezicht (“Wft”) en heeft voor die overtreding aan A als feitelijk leidinggever een boete opgelegd. De AFM heeft ter bepaling van de hoogte van de boete het basisbedrag van € 2.000.000 eerst verhoogd met 25% vanwege de verwijtbaarheid. Vervolgens is het bedrag van € 2.500.000 verlaagd tot € 125.000 op grond van de draagkracht van A en later tot € 120.000. Ter vergelijking: aan de enig bestuurder van C heeft de AFM eveneens een boete opgelegd, maar die boete is vanwege zijn draagkracht verlaagd tot € 500.

3. In zijn zienswijze en in bezwaar heeft A gesteld dat hij niet als feitelijk leidinggever aan de overtreding kan worden aangemerkt omdat hij i) de relevante feitelijke handelingen niet zelf heeft verricht, ii) geen bevoegdheid had deze gedragingen van anderen te beëindigen en iii) geen boos opzet had op de overtreding. Ter onderbouwing van stelling ii overlegde A vier ondertekende verklaringen van voormalige medewerkers van C. De AFM liet die verklaringen in het boetebesluit buiten beschouwing en dat was de basis voor de bij uitspraak van 17 september 2013 getroffen voorlopige voorziening waarin de beslissing tot openbaarmaking van de boeteplegging werd geschorst tot zes weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar (Vzng. Rb. Rotterdam 17 september 2013, «JOR» 2014/38, m.nt. Roth). Op 20 maart 2014 nam de AFM een besluit op het bezwaar van A waarin de verklaringen werden besproken, maar onvoldoende werden geacht gezien het aanwezige schriftelijke bewijs waaruit volgens de AFM bleek dat A voldoende feitelijke invloed had op de handelingen die de overtredingen vormden om als feitelijk leidinggever aangemerkt te kunnen worden. Ten aanzien van het opzet, overwoog de AFM dat kleurloos opzet voldoende is. A stelde beroep in tegen de beslissing op bezwaar en vroeg een nieuwe voorlopige voorziening aan. Op 6 juni 2014 stuurde de AFM een nadere motivering op de beslissing op het bezwaar van A toe. Daarna werd op 7 juli 2014 het verzoek om voorlopige voorziening achter gesloten deuren behandeld. Een uitspraak op dit verzoek is kennelijk niet gedaan. Op het beroep is zonder nadere zitting uitspraak gedaan op 24 juli 2014.

4. Voordat ik inga op de opzet-eisen, eerst een korte opmerking over de “aanvullende motivering”. Zo’n aanvullend document leidt tot wijziging van de beslissing op bezwaar en vormt aldus een nieuw besluit. Op grond van artikel 6:19 Awb wordt dat nieuwe besluit van rechtswege meegenomen in de procedure die al loopt tegen het gewijzigde besluit. Bij veel bestuursrechtelijke besluiten is dat een pragmatische oplossing. Maar bij een bestraffende sanctie als de boete kunnen mijns inziens vragen worden gesteld bij de toelaatbaarheid van de hier gevolgde procedure. De strekking van artikel 8:72a Awb is dat de rechter die constateert dat het boetebesluit gebrekkig is, het boetebesluit moet vernietigen en zelf een besluit moet nemen over het al dan niet opleggen van een boete. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het bestuursorgaan niet in de gelegenheid mag worden gesteld, door middel van een bestuurlijke lus, geconstateerde gebreken aan een boetebesluit zelf te herstellen (Handelingen EK, 3 november 2009, EK 7-171). Van een bestuurlijke lus is in de hiervoor gepubliceerde uitspraak geen sprake. Maar de belangen van A worden door deze gang van zaken wel in negatieve zin geraakt. Zo heeft hij in zijn zienswijze en bezwaar niet op dit deel van de motivering kunnen reageren; daartoe kreeg hij pas de gelegenheid nadat hij een procedure voor de bestuursrechter was gestart.

5. Dan de opzet-eis. Voor bestraffing wordt in het algemeen een vorm van opzet vereist. Daarbij gaat het niet om motieven en precieze bedoelingen, maar om een ruimer begrip: doelgericht handelen (J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer 2012, vijfde druk, p. 214). Dit wordt wel aangeduid als “kleurloos opzet”. Deze hoofdlijn van kleurloos opzet heeft de Hoge Raad in 1952 (HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314) bevestigd: “dat mitsdien moet aangenomen worden, dat voor een misdrijf van art. 31 Deviezenbesl. 1945 alleen opzet bij den dader t.a.v. zijn gedraging in haar verschillende bestanddelen vereist is, niet ook zijn opzet t.a. der

onrechtmatigheid van die gedraging in haar geheel". Dit uitgangspunt is door de Hoge Raad vaak bevestigd (o.m. HR 24 april 2007, NJ 2007, 544, m.nt. Y. Buruma; HR 20 december 2011, NJ 2012, 31).

6. In de literatuur is uit recente jurisprudentie afgeleid dat deze lijn thans zou zijn verlaten. Daarbij wordt met name gewezen op een arrest van 7 januari 2014 (HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:24; zie C.M.I. van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMA langs de strafrechtelijke meetlat (Deel I)', *Tijdschrift voor Sanctierecht & compliance*, nr. 1 februari 2014, p. 19 e.v.). Op dit arrest heeft A kennelijk ook gewezen. De rechtbank geeft in de hiervoor gepubliceerde uitspraak een duidelijk oordeel over deze discussie met een korte motivering waaruit blijkt dat onderscheid gemaakt moet worden tussen overtreding van vergunningvoorschriften en overtreding van een wetbepaling. De rechtbank wijst erop dat de vraag of het opzet van de overtreder ook gericht was op het overtreden van de wettelijke norm waarin de vergunningplichtige handeling verboden is verklaard, door de Hoge Raad in het arrest van 7 januari 2014 niet aan de orde is gesteld. De rechtbank stelt nadrukkelijk voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken, opzet slechts gericht hoeft te zijn op de betreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).

7. In het arrest van 7 januari 2014 was aan de betrokkene, niet als feitelijk leidinggevende maar als overtreder, ten laste gelegd dat hij opzettelijk gedragingen had verricht in strijd met voorschriften verbonden aan de aan de betrokken onderneming verleende milieuvergunning. De Hoge Raad overwoog: "*Dat betekent bij het handelen in strijd met vergunningsvoorschriften, zoals hier aan de orde, dat het opzet van verdachte al dan niet in voorwaardelijke vorm op het overtreden van die vergunningsvoorschriften gericht moet zijn geweest.*" Het opzet moest aldus zowel zien op de gedragingen waarmee het vergunningvoorschrift werd geschonden als op schending van het vergunningvoorschrift. Daarvoor is kennis van de inhoud van de vergunning vereist. Er hoeft echter niet aangetoond te worden dat de overtreder wist dat hij door schending van het vergunningvoorschrift een wettelijke norm schond. Daarin zit het "kleurloze" van het vereiste opzet.

8. Indien een boete wordt opgelegd aan een feitelijk leidinggevende, is voor het bewijs op grond van het voorgaande van belang wat de overtreding is: gaat het om schending van een vergunningvoorschrift of om directe schending van een wettelijk voorschrift? In het laatste geval hoeft slechts opzet op de feitelijke gedragingen te worden aangetoond, in het eerste geval ook opzet op schending van het vergunningvoorschrift. In beide gevallen wordt geen opzet op schending van de (onderliggende) feitelijke norm vereist. Om het verschil duidelijk te maken een vergelijking. Het is verboden een groot aantal varkens te houden zonder vergunning. Wordt dit verbod geschonden, dan hoeft voor bestraffing slechts te worden aangetoond dat de varkens opzettelijk werden gehouden. Indien een vergunning voor het houden van bijvoorbeeld 3.000 varkens is verkregen, is het in strijd met het vergunningvoorschrift om meer dan 3.000 varkens te houden. Het handelen in strijd met vergunningvoorschriften is strafbaar gesteld. Voor bestraffing moet niet alleen worden aangetoond dat de varkens opzettelijk werden gehouden, maar ook dat daarmee opzettelijk de vergunningvoorschriften niet werden nageleefd (waarbij voorwaardelijk opzet voldoende is).

9. De juistheid van deze opvatting blijkt uit een arrest van 8 april 2014 (HR 8 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:851). Het arrest van 7 januari 2014 zag op handelen in strijd met vergunningvoorschriften. Het opzet moet in zo'n geval niet alleen zijn gericht op de feitelijke gedragingen, maar ook op schending van de in de vergunning neergelegde norm. Toch is ook dan nog sprake van kleurloos opzet: er hoeft niet aangetoond te worden dat de betrokkene de wettelijke norm kende die inhoudt dat het schenden van vergunningvoorschriften verboden is. Het arrest van 8 april 2014 zag op handelen in strijd met een bepaling uit het Besluit landbouw milieubeheer. De inhoudelijke norm stond in (de bijlage van) het Besluit opgenomen en handelen in strijd met die norm is strafbaar. In dat geval hoeft het opzet slechts gericht zijn op de feitelijke gedragingen. De eis van kleurloos opzet brengt mee dat niet hoeft te worden aangetoond dat de overtreder wist dat deze feiten in het Besluit verboden zijn.

10. Deze lijn wordt door de rechtbank nadrukkelijk onderschreven. Het is alleen jammer dat de rechtbank geen uitgebreidere overweging aan dit aspect heeft besteed, te meer nu in r.o. 6.5.1 in een veel langere passage uiteen wordt gezet waaruit blijkt dat A geacht moet worden op de hoogte te zijn geweest van de wederrechtelijkheid van de handelingen van C. Juist dat is blijkens het uiteengezette kader bij beboeting niet relevant.

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