

LEGAL UPDATE

AFM pakt door bij feitelijk leidinggevend

Datum: 9 mei 2018

Afgelopen maand publiceerde de Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) opnieuw een [boetebesluit](#) dat door haar is opgelegd aan degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van een financiële dienstverlener. In onze eerdere [Legal Update](#) schreven wij reeds over het opleggen van maatregelen aan de ‘feitelijk beleidsbepaler’ en degene die als ‘medepleger’ van de overtreding kwalificeert. Zowel in de boetebesluiten die wij behandelden in onze eerdere Legal Update als in het boetebesluit van afgelopen maand was de kwalificatie *feitelijk leidinggevende* noodzakelijk om door te pakken naar de hiervoor genoemde personen. In deze Legal Update wordt kort uiteen gezet wanneer er sprake is van het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van een rechtspersoon en aldus wanneer de AFM kan doorpakken naar natuurlijk personen.

Volgens vaste jurisprudentie kan van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake zijn indien de functionaris (bijvoorbeeld de dagelijks of feitelijk beleidsbepaler) – 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. Overigens is het niet noodzakelijk dat de functionaris wist dat de gedragingen een overtreding door de rechtspersoon zouden opleveren.

Het is voor de kwalificatie als feitelijk leidinggevende niet voldoende dat iemand ‘slechts’ bestuurder is van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan. Wel geeft het [College van Beroep voor het Bedrijfsleven](#) (“CBB”) aan dat, indien (een van) de feitelijke hoofdactiviteit(en) van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, wordt voldaan aan het criterium dat geldt voor feitelijk leidinggeven. Een bestuurder wordt volgens het CBB geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat de hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Als de bestuurder dit niet doet, dan aanvaardt hij de kans dat zich verboden gedragingen zullen voordoen.

Opvallend is nog dat in deze kwestie de dagelijks beleidsbepaler verweer voert tegen het doorpakken van de AFM naar de dagelijks beleidsbepaler door aan te voeren dat hij reeds in zijn vermogen wordt geraakt, omdat hij aandeelhouder van de rechtspersoon is. Het CBB oordeelt hierover dat de feitelijk leidinggever en de rechtspersoon zelfstandig dragers van rechten en plichten zijn, zodat bijvoorbeeld strijd met het ‘ne bis in idem’-beginsel niet aan de orde is. Niettemin is het mogelijk dat de feitelijk leidinggever twee keer in zijn vermogen wordt geraakt, omdat hij aandeelhouder is van de rechtspersoon (die ook beboet is door de AFM) en in zoverre dubbel wordt bestraft. Om die reden is het CBB van oordeel dat bij de beoordeling van de evenredigheid van de boete rekening moet worden gehouden met deze (mogelijk) ‘dubbele’ bestraffing.

Dit is een Legal Update van het team Banking & Finance.

Voor meer informatie:

Frank Richel
+31 30 25 95 652
frankrichel@vbk.nl