

Beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht aan de heer A.S. van der Kooij

Gelet op de artikelen 1:1, 2:11, 1:80, 1:81, 1:97 en 1:98 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), gelet op de artikelen 1 tot en met 4 en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna Bbbfs) en gelet op de artikelen 3:2, 3:4, tweede lid, 3:46, 4:87 en titel 5:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb),

BESLUIT De Nederlandsche Bank NV (hierna DNB) het volgende:

A) DNB legt aan de heer A.S. van der Kooij (hierna: de heer Van der Kooij), woonachtig in Nederland op het adres [REDACTED] te Bussum, een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80 van de Wft. Deze bestuurlijke boete wordt aan de heer Van der Kooij opgelegd vanwege het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door Stichting Vastgoedbelang Mouzon Capital Opera Living (hierna: de Stichting).

De bestuurlijke boete bedraagt **EUR 150.000,-**

Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [REDACTED] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer: 1240974.

B) DNB gaat over tot het openbaar maken van dit besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan de heer Van der Kooij samen met de in de bijlage opgenomen korte samenvatting. De openbaarmaking vindt plaats op de website van DNB nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop dit besluit aan de heer Van der Kooij bekend is gemaakt. Conform artikel 1:98 van de Wft maakt DNB het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete nogmaals openbaar, nadat het rechtens onaantastbaar is geworden.

Aan dit besluit liggen de navolgende overwegingen ten grondslag.

Wettelijk kader

1. In artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is bepaald dat het een ieder met zetel in Nederland verboden is zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank.

Artikel 1:1 Wft

Onder 'bank' wordt volgens artikel 1:1 Wft verstaan: 'degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen.'

In dit artikel worden verder de volgende in de Wft gehanteerde begrippen als volgt gedefinieerd:

‘besloten kring’:

‘Een kring, bestaande uit personen of vennootschappen waarvan een persoon of vennootschap opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt,

- a. die nauwkeurig is omschreven;
- b. waarvan de toetredingscriteria vooraf zijn bepaald, toetsbaar zijn en niet resulteren in het op eenvoudige wijze toetreden van niet tot de kring behorende personen of vennootschappen; en
- c. waarbinnen degenen die er deel van uitmaken in een op het tijdstip van het verkrijgen van de opvorderbare gelden reeds bestaande rechtsbetrekking staan tot de persoon of vennootschap die de gelden ter beschikking verkrijgt, op grond waarvan zij redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van diens financiële toestand.’

‘opvorderbare gelden’:

‘Gelden die op enig moment terugbetaald moeten worden, uit welke hoofde dan ook, en waarvan op voorhand duidelijk is welk nominaal bedrag moet worden terugbetaald.’

‘professionele marktpartij’:

- a. gekwalificeerde belegger;
- b. dochteronderneming van een gekwalificeerde belegger die wordt betrokken in het toezicht op geconsolideerde basis op de gekwalificeerde belegger; of
- c. andere bij algemene maatregel van bestuur als professionele marktpartij aangewezen persoon of vennootschap.’

Artikel 5:1, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Hierin is bepaald: ‘Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (Sr) is van overeenkomstige toepassing.’

Artikel 51, tweede lid, Sr

Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan 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 feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

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

Onderzoek

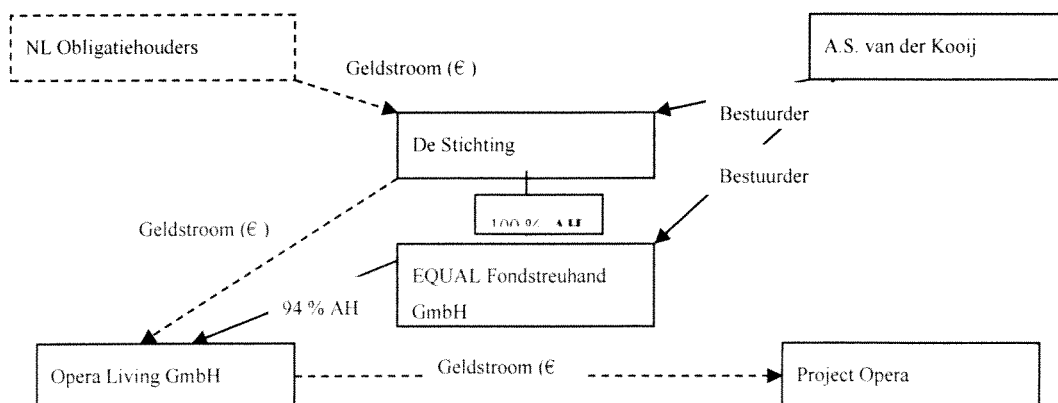
2. Op 12 januari 2011 heeft de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: de AFM) informatie aan DNB overgedragen. Hieruit blijkt dat de Stichting gelden heeft aangetrokken van investeerders waarna deze gelden deels zijn geïnvesteerd in het vastgoedproject 'Opera Living'. Deze gelden hebben deels gediend ter terugbetaling van de voorfinanciering van dit vastgoedproject, welke voorfinanciering is gedaan door de heer Van der Kooij via onder meer Equal Group B.V. Hierdoor is bij DNB het redelijke vermoeden ontstaan dat de Stichting in strijd heeft gehandeld met het in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft opgenomen verbod. Nadien is nader onderzoek gedaan naar een mogelijke overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Hierbij heeft er op 10 maart 2011 een bijeenkomst plaatsgevonden tussen de toezichthouders van de AFM en DNB en [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) en de heer Van der Kooij. In reactie op vragen van de AFM, gesteld per brief van 26 mei 2011, heeft de heer Van der Kooij informatie verstrekt over de voortgang van het project Opera Living. Dit heeft de heer Van der Kooij gedaan bij brief van 9 juni 2011, in de hoedanigheid van secretaris van de Stichting. Op 26 juni 2011 heeft er een bijeenkomst tussen toezichthouders van de AFM en DNB en de heer Van der Kooij namens de Stichting plaatsgevonden. Op de aanvullende vragen van de AFM, gesteld op 26 juli 2011, is door de heer Van der Kooij als bestuurder van de Stichting per e-mail op 9 augustus 2011 gereageerd. Op 13 januari 2012 heeft de heer Van der Kooij aan DNB de stand van zaken met betrekking tot de Stichting en de door de Stichting aangetrokken gelden telefonisch doorgegeven. Op 15 maart 2012 heeft een gesprek ten kantore van de Stichting plaatsgevonden tussen toezichthouders van DNB en de heer Van der Kooij.

Resultaten onderzoek

3. Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, de openbare registers inzake de Wft bij DNB, de door de AFM verstrekte gegevens en bescheiden, de door de Stichting verstrekte gegevens en bescheiden en de door de betrokken personen gegeven verklaringen is in ieder geval het volgende gebleken.
- De Stichting is opgericht op 2 februari 2010. Haar bezoekadres is Frederiksplein 51, 1017 XL te Amsterdam. De bestuurders van de Stichting van 2 februari 2010 tot heden betreffen de volgende personen:
 - van 02-02-2010 tot 17-11-2011 [REDACTED] (alleen/zelfstandig bevoegd)
 - van 02-02-2010 tot heden de heer A.S. van der Kooij (alleen/zelfstandig bevoegd)
 - van 10-02-2010 tot 01-02-2011 Eurogroei Beleggingen B.V. (gezamenlijk bevoegd met andere bestuurder (s))
 - De heer Van der Kooij heeft op 13 januari 2012 en op 15 maart 2012 verklaard dat hij samen met [REDACTED] initiatiefnemer is van het project Opera Living. Om de financiering van het project Opera Living rond te krijgen, diende er naast de van de FGH bank ontvangen gelden nog extra gelden te worden aangetrokken. Om Nederlandse beleggers te kunnen laten participeren in het project Opera Living is de Stichting opgericht. De heer Van der Kooij heeft met [REDACTED] het besluit genomen dit project door middel van de uitgifte van obligaties te financieren. Uit de leningsovereenkomst, gedateerd op 15 februari 2010, tussen de Stichting als geldgever, Opera Living GmbH als geldnemer en Equal Group B.V. als agent blijkt dat de Stichting is opgericht om te fungeren als uitgevende instelling van obligaties met als doel om

leningen tot een maximaal bedrag van EUR 3.200.000,- te verschaffen aan Opera Living GmbH. Deze overeenkomst is gedateerd op 15 februari 2010 en is door de heer Van der Kooij en [REDACTED] namens de Stichting getekend. Voorts heeft de heer Van der Kooij ook namens Opera Living GmbH en namens Equal Group B.V. getekend.

- Equal Group B.V. is gevestigd op het Frederiksplein 51 te Amsterdam en sinds de oprichting op 7 januari 1999 is de heer Van der Kooij enig bestuurder en enig aandeelhouder van deze besloten vennootschap.
- De Stichting is op 18 februari 2010 met Eurogroei Beleggingen B.V. (hierna: Eurogroei) een overeenkomst aangegaan waarbij is overeengekomen dat Eurogroei voor plaatsing van de leningen met bonusregeling aan de Stichting zal zorgen en tevens gedurende de plaatsingsperiode zitting zal nemen in de Stichting. Tijdens het telefoongesprek dat de heer Van der Kooij op 13 januari 2012 met DNB heeft gevoerd, is door de heer Van der Kooij aangegeven dat Eurogroei niet meer activiteiten heeft verricht dan beschreven in de overeenkomst tussen de Stichting en Eurogroei.
- De Stichting houdt alle aandelen van Equal Fondstreuhand GmbH. Laatstgenoemde is een Duitse rechtspersoon die op haar beurt 94% van de aandelen in Opera Living GmbH houdt. De heer Van der Kooij heeft verklaard dat hij sinds de oprichting bestuurder van deze rechtspersoon is. Voorts heeft de heer Van der Kooij verklaard dat hij ook bestuurder van Opera Living GmbH is. De Duitse projectleider is om praktische redenen medebestuurder van Opera Living GmbH. De resterende 6% van de aandelen van Opera Living GmbH wordt gehouden door de heer Van der Kooij ten behoeve van de initiatiefnemers van het project en is ondergebracht in Roma Holding B.V. een rechtspersoon waarvan [REDACTED], [REDACTED], sinds het ontstaan van de rechtspersoon op 11 april 2000, enig aandeelhouder en enig bestuurder is.
- Onderstaand organogram verduidelijkt de positionering van de Stichting. Het organogram geeft de situatie weer zoals door de heer Van der Kooij geschetst en zoals weergegeven in de brochure van het project Opera Living. In weerswil van het onderstaande organogram blijkt uit het Duitse Unternehmensregister opgesteld op 29 april 2010 dat Equal Real Estate GmbH enig aandeelhouder is van Equal Fondstreuhand GmbH. Door de heer Van der Kooij is echter aangegeven dat de situatie in het Unternehmensregister een oude situatie betreft waardoor van de onderstaande situatie zal worden uitgegaan.



- De Stichting heeft in twee tranches gelden aangetrokken door middel van uitgifte van obligatieleningen ter financiering van het (her-)ontwikkelingsproject Opera Living.
- Op datum van ondertekening van de overeenkomst verbindt de obligatiehouder zich aan de Stichting te participeren middels een obligatielening met bonusregeling. Het participatiebedrag dient na ondertekening van het inschrijfformulier gestort te worden op het bankrekeningnummer 15.61.73.158 t.n.v. Stichting Vastgoedbelang Mouzon Capital Opera Living t.b.v. Private Placement Opera Living.
- Eurogroei biedt de leningen met bonusregeling aan haar relaties aan. Er zijn geen specifieke vereisten gesteld aan de deelnemers; een ieder kan participeren.
- Voor beide tranches geldt dat deelname mogelijk is vanaf een bedrag van EUR 15.000,-. De deelnemer kan vanaf dit bedrag zelf de hoogte van het bedrag bepalen en aangeven of dit bedrag ten behoeve van tranche I of van tranche II is. De deelnemers aan tranche I ontvangen van de Stichting een vaste rente van 8% op jaarbasis, uitkeerbaar per maand. De obligatielening van tranche II kent een vast rentepercentage van 9% op jaarbasis, uitkeerbaar per maand. De obligatieleningen worden bij verkoop van de objecten binnen vijftien werkdagen na totstandkoming van de verkoop, waarbij de koopsom in zijn geheel is ontvangen, ingelost. De lening heeft een maximale looptijd van 24 maanden na uitgifte en aflossing zal geschieden binnen 24 maanden na uitbetaling van het participatiebedrag aan de Stichting. Bij aflossing zal de Stichting naast de rente een minimale bonusrente van 2% aan de deelnemers uitkeren. Deze bonusrente kan blijkens de obligatieleningovereenkomst en de brochure oplopen tot 14,5%.
- In tranche I is in de periode van 18 februari 2010 tot en met 7 oktober 2010 van 52 deelnemers een bedrag van EUR 1.020.000,- aangetrokken door middel van de uitgifte van obligaties. In tranche II is in de periode van 15 februari 2010 tot en met 14 oktober 2010 van 27 deelnemers een bedrag van EUR 2.100.000,- aangetrokken. In totaal is er van 79 deelnemers een bedrag van EUR 3.120.000,- aangetrokken.
- De 52 deelnemers aan tranche I zijn geen gekwalificeerde beleggers of dochterondernemingen van gekwalificeerde beleggers of andere bij algemene maatregel van bestuur als professionele marktpartij aangewezen personen of vennootschappen en deze deelnemers hebben ieder afzonderlijk voor niet meer dan EUR 45.000,- in een keer obligaties gekocht. De 27 deelnemers aan tranche II hebben allen voor een bedrag van minimaal EUR 50.000,- in een keer obligaties gekocht. Derhalve kwalificeren 52 van de 79 deelnemers als anderen dan professionele marktpartijen. De totale som ontvangen gelden van de anderen dan professionele marktpartijen bedraagt: EUR 1.020.000,-.
- Uit de overeenkomst tot geldlening tussen de Stichting en Opera Living GmbH blijkt dat de Stichting na iedere uitgifte van een obligatie aan een obligatiehouder deze gelden doorleent aan Opera Living GmbH. Uit de overeenkomst tot geldlening blijkt ook dat de voorwaarden voor wat betreft rente en terugbetaling van een lening in materieel opzicht gespiegeld zijn aan de rente- en betaalverplichtingen die zijn neergelegd in de obligatieleningovereenkomst die is gesloten tussen de Stichting en de obligatiehouders. Opera Living GmbH is aan de Stichting rente verschuldigd over de hoofdsom en de eventueel bijgeschreven rente vanaf de datum van beschikbaar stellen van de lening tot aan de datum waarop die lening wordt afgelost. Het rentepercentage voor de lening is 8% indien het de corresponderende obligaties van tranche I betreft en 9% indien het de corresponderende obligaties van tranche II betreft en wordt verschuldigd na afloop van de maand. Tevens wordt er na afloop van de looptijd van de lening een bonusrente van 2%

uitgekeerd aan de Stichting. De hoogte van de bonusrente is afhankelijk van de verkoopsom en kan oplopen tot 14,5%. Aflossing van de lening aan de Stichting zal geschieden uiterlijk vijf werkdagen na afloop van de looptijd van de corresponderende obligatie of nadat de verkoop van het project Opera Living heeft plaatsgevonden en de gehele koopsom is voldaan. Het aflossingsbedrag bestaat uit de hoofdsom inclusief bijgeschreven nog niet uitbetaalde rente, de basisrente en de bonusrente.

- Uit de dagafschriften over de periode 15 februari 2010 tot en met 19 mei 2011 van de [redacted] bankrekening [redacted] t.n.v. de Stichting, blijkt dat de Stichting een deel van de ontvangen gelden heeft uitgezet aan Opera Living GmbH. Het betreft een totaalbedrag van EUR 2.039.000,-. De eerste uitzetting van de gelden verkregen uit de eerste tranche heeft plaatsgevonden op 18 februari 2010 en de eerste uitzetting van de gelden verkregen uit de tweede tranche op 16 februari 2010. De laatste overboeking naar Opera Living GmbH heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2010. Het restant van de aangetrokken gelden is in de periode van 9 maart 2010 tot en met 4 april 2011 overgemaakt aan Equal Group B.V. Tevens is een klein deel aan Equal Fondstreuhand GmbH en Equal Real Estate GmbH overgeboekt.
- Op 15 maart 2012 was het gehele bedrag nog niet terugbetaald aan de Stichting en aan de deelnemers. Op 15 maart 2012 heeft DNB namelijk met de heer Van der Kooij gesproken en toen heeft de heer Van der Kooij verklaard dat op dat moment de uitgezette gelden nog niet aan de Stichting en derhalve ook niet aan de deelnemers waren terugbetaald. De heer Van der Kooij heeft toen aangegeven dat de gelden binnen twee weken na de eindoplevering op uiterlijk 23 maart 2012 overgemaakt zouden worden waarna de deelnemers binnen twee dagen hun inleg terug zouden ontvangen.
- Tijdens de zienswijzezitting die plaats heeft gevonden op 11 september 2012 heeft de heer Van der Kooij aangegeven dat de verkoop van het project Opera Living is vertraagd. Binnen veertien dagen na 11 september 2012 zal de bankgarantie worden ingelost en vervolgens zal er binnen een maand alsnog worden voldaan. Aan de obligatiehouders die niet akkoord gingen met de vertraging is uitbetaald. Volgens de heer Van der Kooij is er op 11 september 2012 een bedrag van EUR 1.500.000,- van een totale som van EUR 3.000.000,- uitgekeerd aan de obligatiehouders. Er zijn echter geen stukken verstrekt waaruit dit blijkt.
- De heer Van der Kooij deelde samen met [redacted] het kantoor van de Stichting aan het Frederiksplein 51 te Amsterdam. [redacted] en de heer Van der Kooij hielden elkaar regelmatig op de hoogte van de financiering van het project en van de activiteiten van de Stichting en de activiteiten van de Stichting zijn, blijkens de door de heer Van der Kooij afgelegde verklaringen, geschied met zijn instemming. De heer Van der Kooij heeft verklaard dat hij vooraf op de hoogte was van de uitgifte van obligaties onder de EUR 50.000,- en tevens heeft de heer Van der Kooij verklaard dat hij op de hoogte was van het feit dat de Stichting dit geld doorleende aan Opera Living GmbH.
- Sinds het overlijden van [redacted] op 17 november 2011 is de heer Van der Kooij de enige bestuurder van de Stichting.
- Initiatiefnemers ontvangen een deel van de opbrengst, omdat zij 6% van de aandelen in het project bezitten. De heer Van der Kooij heeft tijdens het telefoongesprek op 13 januari 2012 met DNB aangegeven dat [redacted] en hij de initiatiefnemers van het project zijn. De samenwerking tussen [redacted] en de heer Van der

Kooij is ondergebracht in Mouzon Capital Holding GmbH. [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) neemt ook deel in Mouzon Capital Holding GmbH. Het is de bedoeling dat na de verkoop van het project Opera Living 6% van de opbrengst zal worden overgemaakt naar Mouzon Capital Holding B.V. waarna de nabestaanden van de [REDACTED], [REDACTED] en de heer Van der Kooij via deze holding ieder eenzelfde aandeel van de opbrengst van het project Opera Living krijgen. De heer Van der Kooij heeft voorts aangegeven dat de [REDACTED] geen initiatiefnemer is en niet betrokken is geweest bij het project, maar dat hij als partner van Mouzon Capital Holding B.V. meedeelt in de opbrengst.

- De Stichting is niet in het bezit en is ook niet in het bezit geweest van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank. De Stichting is evenmin uitgezonderd van het verbod opgenomen in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.
- Tijdens het gesprek dat heeft plaatsgevonden op 15 maart 2012, heeft de heer Van der Kooij DNB er op gewezen dat [REDACTED] vooraf de beleggingsconstructie heeft voorgelegd aan de adviseur [REDACTED]. Deze had in algemene zin geen bezwaar tegen de constructie. Op de vraag van DNB of er advies is ingewonnen met betrekking tot de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft heeft de heer Van der Kooij geantwoord dat er nooit een specifiek onderzoek is gedaan naar de toelaatbaarheid van de constructie tegen de achtergrond van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Het advies dat in juli 2011 is ingewonnen was tevens niet specifiek, dit advies richtte zich op het aantrekken van gelden, niet op de financieringsconstructie als geheel.
- De heer Van der Kooij heeft op 15 maart 2012 verklaard dat hij tweemaal eerder in Duitsland projecten heeft gefinancierd met behulp van obligaties voor welke financieringen hij destijds toestemming heeft gevraagd aan de Duitse toezichthouder.
- Uit het verslag van de bijeenkomst met de AFM en DNB op 26 juli 2011 blijkt dat de heer Van der Kooij door DNB is gewezen op de mogelijkheid dat de Stichting is aan te merken als bank in de zin van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Door DNB is toen aangegeven dat nader onderzoek zal worden gedaan naar een vermoedelijke overtreding door de Stichting van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Tijdens het gesprek dat de heer Van der Kooij op 15 maart 2012 met de toezichthouders van DNB heeft gehad, is tevens door de toezichthouders van DNB aangegeven dat de Stichting mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtreedt.

Werkzaam zijn als bank

4. Onder 'bank' wordt volgens artikel 1:1 van de Wft verstaan: 'degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen.'

In het navolgende zullen de bestanddelen van 'bank', afzonderlijk worden beoordeeld.

a. buiten besloten kring

In artikel 1:1 van de Wft is, voor zover hier van belang, bepaald dat onder een 'besloten kring' wordt verstaan: 'een kring, bestaande uit personen of vennootschappen waarvan een persoon of vennootschap opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt, die nauwkeurig is omschreven; waarvan de toetredingscriteria vooraf zijn bepaald, toetsbaar

zijn en niet resulteren in het op eenvoudige wijze toetreden van niet tot de kring behorende personen of vennootschappen; en waarbinnen degenen die er deel van uitmaken in een op het tijdstip van het verkrijgen van de opvorderbare gelden reeds bestaande rechtsbetrekking staan tot de persoon of vennootschap die de gelden ter beschikking verkrijgt, op grond waarvan zij redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van diens financiële toestand.'

Van een 'besloten kring' is sprake indien cumulatief aan bovengenoemde drie voorwaarden is voldaan (TK 2004/2005, 29 708, nr. 10, p. 172).

Van een nauwkeurig omschreven kring van deelnemers waarmee de Stichting obligatieleningovereenkomsten heeft gesloten, is DNB niet gebleken. Blijkens de door de Stichting overgelegde informatie zijn de obligatieleningovereenkomsten gesloten met 79 verschillende deelnemers. Er zijn geen specifieke vereisten gesteld aan de deelnemers; een ieder kan participeren. Deelname is mogelijk vanaf EUR 15.000, - en de deelnemer kan zelf aangeven welk bedrag gestort zal worden, mits het een bedrag van EUR 15.000, - of hoger betreft. De deelnemer kan zelf aangeven ten behoeve van welke tranche wordt gestort. Van toetredingscriteria die niet resulteren in het op eenvoudige wijze toetreden van niet tot de kring behorende personen of vennootschappen is derhalve geen sprake. Tevens is geen sprake van reeds bestaande rechtsbetrekkingen tussen de deelnemers en de Stichting.

Wat betreft de deelnemers is er derhalve geen sprake van een nauwkeurig omschreven kring, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft. Gelet op het voorgaande concludeert DNB dat er in het onderhavige geval sprake is van 'buiten besloten kring' als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft.

b. anderen dan professionele marktpartijen

In artikel 1:1 van de Wft is, voor zover hier van belang, bepaald dat onder 'professionele marktpartij' wordt verstaan:

- a. gekwalificeerde belegger;
- b. dochteronderneming van een gekwalificeerde belegger die wordt betrokken in het toezicht op geconsolideerde basis op de gekwalificeerde belegger; of
- c. andere bij algemene maatregel van bestuur als professionele marktpartij aangewezen persoon of vennootschap.

Verder is in dit kader voor wat betreft het hierboven onder sub c. genoemde bestanddeel het volgende van belang. Uit artikel 3, tweede lid, van het Besluit definitiebepalingen Wft geldend in de periode tussen 15 december 2006 en 1 januari 2012 volgt dat 'Personen of vennootschappen van wie opvorderbare gelden worden aangetrokken, ter beschikking worden verkregen of ter beschikking worden gehouden, worden in hun rechtsverhouding tot degene die de opvorderbare gelden aantrekt, ter beschikking verkrijgt onderscheidenlijk ter beschikking heeft, aangewezen als professionele marktpartij in de zin van onderdeel c van de definitie van professionele marktpartij in artikel 1:1 van de wet, indien:

- a. de nominale waarde van de eerste vordering dan wel van de eerste gezamenlijk verworven vorderingen tezamen, binnen deze rechtsverhouding ten minste EUR 50.000,- bedraagt en dit bedrag ineens wordt verstrekt; of
- b. de eerste vordering dan wel de eerste gezamenlijk verworven vorderingen tezamen, binnen deze rechtsverhouding slechts kunnen worden dan wel zijn verworven voor een bedrag van ten minste EUR 50.000,- ineens'.

Uit de bovenstaande regelgeving volgt dat van een 'professionele marktpartij' onder meer kan worden gesproken, indien de inleg en de daadwerkelijke storting ineens ten minste EUR 50.000,- (tussen 15 december 2006 en 1 januari 2012) bedraagt.

In tranche I is van 52 deelnemers een bedrag van EUR 1.020.000,- aangetrokken door middel van de uitgifte van obligaties. De 52 deelnemers aan tranche I zijn geen gekwalificeerde beleggers of dochterondernemingen van gekwalificeerde beleggers of andere bij algemene maatregel van bestuur als professionele marktpartij aangewezen personen of vennootschappen en deze deelnemers hebben ieder afzonderlijk voor niet meer dan EUR 45.000,- in een keer obligaties gekocht. De 27 deelnemers aan tranche II hebben allen voor minimaal EUR 50.000,- in een keer obligaties gekocht.

Gezien het bovenstaande kwalificeren 52 van de 79 deelnemers niet als professionele marktpartij in de zin van artikel 1:1 van de Wft. Hieruit volgt dat de Stichting voor een bedrag van EUR 1.020.000,- gelden ter beschikking heeft verkregen van anderen dan professionele marktpartijen als bedoeld in artikel 1:1 Wft.

c. ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden

In artikel 1:1 van de Wft is, voor zover hier van belang, bepaald dat onder 'opvorderbare gelden' wordt verstaan: 'gelden die op enig moment terugbetaald moeten worden, uit welke hoofde dan ook, en waarvan op voorhand duidelijk is welk nominaal bedrag moet worden terugbetaald.'

Uit de door de Stichting ontvangen informatie c.q. bescheiden blijkt dat er in de periode van 18 februari 2010 tot en met 7 oktober 2010 van 52 deelnemers, die kwalificeren als anderen dan professionele marktpartijen, een bedrag van EUR 1.020.000,- is aangetrokken (tranche I). Uit de dagafschriften van de rekening van de Stichting blijkt dat de bedragen ook daadwerkelijk zijn ontvangen.

Uit de obligatieleningovereenkomst blijkt het volgende. Op datum van ondertekening van de overeenkomst verbindt de obligatiehouder zich aan de Stichting en dient deze te participeren middels een obligatielening met bonusregeling. De obligatielening van tranche I wordt ingelost bij verkoop van de objecten. Binnen vijftien werkdagen na totstandkoming van de verkoop waarbij de koopsom in zijn geheel is ontvangen zal worden afgelost. De lening heeft een maximale looptijd van 24 maanden na uitgifte. Daarna dient de Stichting de lening en de rente (voor tranche I geldt een rentepercentage van 8% per jaar) inclusief minimale bonusrente van 2% in te lossen. In ieder geval waren de obligatiehouders op 15 maart 2012 nog niet terugbetaald. Tijdens de zienswijzezitting

op 11 september 2012 heeft de heer Van der Kooij verklaard dat nog niet alle obligatiehouders zijn terugbetaald.

Gezien het bovenstaande heeft de Stichting gelden aangetrokken die op een duidelijk omschreven tijdstip terugbetaald moesten worden. Voor alle partijen is derhalve duidelijk wanneer het geleende bedrag inclusief rente en minimale bonus opeisbaar is. Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van DNB sprake van 'het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden' in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

d. Voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen

Onder 'kredietuitzettingen' wordt begrepen het verstrekken van nominaal opvorderbare gelden aan een ander, met het doel daardoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. Daarbij is er sprake van handelen 'voor eigen rekening' indien een rechtspersoon zelf het financieel risico loopt van zijn kredietuitzettingen dan wel zelf een winst of verlies gerelateerde vergoeding ontvangt met betrekking tot zijn kredietuitzettingen (TK 2004/2005, 29 708, nr. 10, p. 169).

Uit de overeenkomst tot geldlening blijkt dat de Stichting en Opera Living GmbH overeengekomen zijn dat het maximaal te lenen geldbedrag EUR 3.200.000,- bedraagt. De Stichting stelt na iedere uitgifte van een obligatie aan een obligatiehouder een lening beschikbaar aan Opera Living GmbH. Tevens is in deze overeenkomst tot geldlening vastgelegd dat de voorfinanciering ten belope van EUR 1.150.000,- na plaatsing van de obligaties door de Stichting zal worden ingelost, welke inlossing zal worden gezien als een deel van de rentedragende lening tussen de Stichting en Opera Living GmbH.

Uit de overeenkomst van geldlening tussen de Stichting en Opera Living GmbH blijkt dat de voorwaarden voor wat betreft rente en terugbetaling van een lening in materieel opzicht gespiegeld zijn aan de rente- en betaalverplichtingen die zijn neergelegd in de obligatieleningovereenkomst. Opera Living GmbH is aan de Stichting rente verschuldigd over de hoofdsom en de eventueel bijgeschreven rente vanaf de datum van beschikbaar stellen van de lening tot aan de datum waarop die lening afgelost wordt. Het rentepercentage voor de lening is 8% voor de obligaties van tranche I en 9% voor de obligaties van tranche II en wordt verschuldigd na afloop van de maand. Ook wordt er na afloop van de looptijd van de lening een bonusrente van 2% uitgekeerd aan de Stichting. De hoogte van de bonusrente is afhankelijk van de verkoopsom van het project Opera Living en kan oplopen tot 14,5%. Aflossing van de lening aan de Stichting zal geschieden uiterlijk vijf werkdagen na afloop van de looptijd van de corresponderende obligatie of nadat de verkoop van het project Opera Living heeft plaatsgevonden en de gehele koopsom is voldaan. Het aflossingsbedrag bestaat uit de hoofdsom inclusief bijgeschreven nog niet uitbetaalde rente, de basisrente en de bonusrente.

Uit de dagafschriften over de periode 15 februari 2010 tot en met 19 mei 2011 van de [REDACTED] bankrekening [REDACTED] t.n.v. de Stichting blijkt dat de Stichting in ieder geval EUR 2.039.000,- van het totaal van de aangetrokken gelden van EUR 3.120.000,- heeft uitgezet aan Opera Living GmbH. Het restant van de aangetrokken gelden is

overgemaakt aan Equal Group B.V. en een klein deel aan Equal Fondstreuhand GmbH en Equal Real Estate GmbH.

Omdat de inlossing van de voorfinanciering aan deze drie vennootschappen blijkens de overeenkomst tot geldlening dient te worden gezien als een deel van de rentedragende lening tussen de Stichting en Opera Living GmbH heeft de Stichting een totaalbedrag van EUR 3.120.000,- uitgezet aan Opera Living GmbH. Dat het volledige bedrag niet is overgemaakt op de rekening van Opera Living GmbH doet hier, gezien de voorwaarden uit de overeenkomst tot geldlening, niets aan af. De uitzettingen hebben plaatsgevonden in de periode van 16 februari 2010 tot en met 4 april 2011. Uit de zienswijze volgt dat de uitgezette gelden nog niet (volledig) zijn terugbetaald.

DNB concludeert dat de Stichting de nominaal opvorderbare gelden heeft uitgezet met als doel om op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. De Stichting loopt met de door haar uitgezette leningen zelf een financieel risico. Op basis van deze informatie concludeert DNB dat de Stichting voor eigen rekening kredietuitzettingen heeft verricht in de zin van de genoemde definitie van 'bank'.

e. bedrijf maken van

In de Eerste nota van wijziging (TK 29 708, nr. 10, p. 168-169) is aangegeven dat: 'degene die buiten besloten kring, al dan niet op termijn, opvorderbare gelden ter beschikking verkrijgt van anderen dan professionele marktpartijen en voor eigen rekening kredietuitzettingen verricht, geacht wordt hiervan «zijn bedrijf te maken», indien de bedoelde activiteit een zelfstandig identificeerbare activiteit betreft en de activiteit niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten.' In deze toelichting is verder aangegeven dat 'wel kan worden gezegd dat dat voor banken geldt dat in ieder geval sprake is van 'bedrijf maken van' indien 'geregeld en stelselmatig' opvorderbare gelden ter beschikking worden verkregen.'

Om de financiering van het project Opera Living rond te krijgen diende er naast de gelden ontvangen van de FGH bank nog extra gelden te worden aangetrokken. Zoals ook uit de leningsovereenkomst van 15 februari 2010 tussen de Stichting als geldgever, Opera Living GmbH als geldnemer en Equal Group B.V als agent blijkt is de Stichting hiertoe opgericht. Uit beschikbare bescheiden is verder gebleken dat de Stichting buiten besloten kring van 52 deelnemers, niet zijnde professionele marktpartijen, in totaal EUR 1.020.000,- heeft verkregen. Deze opvorderbare gelden zijn voor eigen rekening vervolgens uitgezet naar Opera Living GmbH ter investering in het vastgoedproject Opera Living. Gezien de omvang en de regelmaat van de activiteiten, de duur, de omvang van de transactiestromen en het aantal inleggers is hierbij sprake van een 'geregeld en stelselmatig' karakter.

Naar het oordeel van DNB is het doorlenen van het geld een zelfstandige activiteit verricht door de Stichting die niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten. De Stichting is enkel opgericht met als doel leningen te verschaffen aan Opera Living GmbH en deze activiteit heeft zij feitelijk ook verricht. De Stichting heeft verder geen andere activiteiten anders dan de financieringsactiviteiten. Daarbij komt dat de Stichting 'geregeld en stelselmatig' opvorderbare gelden ter beschikking heeft

verkregen en uit dien hoofde reeds sprake is van 'het bedrijf maken van' als bedoeld in de definitie van bank.

Conclusie

Gezien het bovenstaande is DNB van oordeel dat de Stichting in de periode vanaf de eerste aantrekking en uitzetting van de opvorderbare gelden van andere dan professionele marktpartijen op 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012, zijnde de datum waarop de heer Van der Kooij heeft aangegeven dat nog niet alle obligatiehouders zijn terugbetaald en ook de aan Opera Living GmbH verstrekte lening nog niet (volledig) is terugbetaald, kwalificeert als bank, zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wft.

Constatering overtreding door de Stichting

5. Uit hoofde van artikel 2:11, eerste lid, Wft is het - voor zover relevant - een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank. Er is sprake van 'in de uitoefening van een bedrijf' indien de activiteiten 'geregeld en stelselmatig' worden verricht. Op grond van de feiten zoals hiervoor genoemd, was er onmiskenbaar sprake van een geregeld en stelselmatig karakter, daarbij vooral in ogenschouw genomen het aantal obligatieleningovereenkomsten en uitzettingen en de omvang van de transactiest en. Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de Stichting is gevestigd op het Frederiksplein 51, 1017 XL te Amsterdam. De heer Van der Kooij heeft op 15 maart 2012 aangegeven dat dit nog steeds het bezoekadres van de Stichting is. Derhalve staat vast dat de Stichting gevestigd is in Nederland.

Verder heeft de Stichting zoals hiervoor genoemd naar het oordeel van DNB vanaf 18 februari 2010 tot heden, dan wel in ieder geval tot en met 11 september 2012, het bedrijf van bank uitgeoefend. De Stichting beschikte hierbij niet over de vereiste vergunning en was ook niet ex. artikel 2:11, tweede lid, van de Wft uitgezonderd van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Gelet hierop stelt DNB vast dat de Stichting in de periode van 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012, artikel 2:11, eerste lid, van de Wft heeft overtreden.

Overtreding als feitelijk leidinggever

6. DNB is van oordeel dat de heer Van der Kooij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, begaan door de Stichting in de periode van 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012. Dit wordt hieronder toegelicht.

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 5:1, derde lid, van de Awb jo. artikel 51, tweede lid, Sr in combinatie met jurisprudentie volgt dat:

'Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden 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. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.'

Toegesplitst op deze zaak betekent dit dat moet worden vastgesteld of de heer Van der Kooij:

- a. op de hoogte was van de gedragingen die leiden tot overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, althans bewust de aanmerkelijke kans hiertoe heeft aanvaard;
- b. bevoegd en redelijkerwijs gehouden was de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft te voorkomen en/of te beëindigen; en
- c. maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

Aan de drie genoemde voorwaarden is in dit geval voldaan, hetgeen hieronder zal worden toegelicht.

Ad. a

Dat de heer Van der Kooij op de hoogte was van de gedragingen die leiden tot overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, althans bewust de aanmerkelijke kans tot overtreding hiervan heeft aanvaard blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden in onderling verband beschouwd:

- Vanaf de oprichting van de Stichting op 2 februari 2010 tot heden is de heer Van der Kooij, deels samen met [REDACTED], statutair bestuurder geweest en is hij blijkens het handelsregister van de Kamer van Koophandel alleen/zelfstandig bevoegd tot het nemen van besluiten namens de Stichting. De heer Van der Kooij is samen met [REDACTED] initiatiefnemer van het project Opera Living en hij is direct betrokken geweest bij de overeenkomst van geldlening tussen de Stichting en Opera Living GmbH. Samen met [REDACTED] heeft de heer Van der Kooij het besluit genomen dit project door middel van de uitgifte van obligaties te financieren. Als initiatiefnemer beschikt de heer Van der Kooij samen met [REDACTED] over 6% aandeel in het project waardoor hij meedeelt in de winst bij verkoop van het project.
- Uit de leningsovereenkomst gedateerd op 15 februari 2010 tussen de Stichting als geldgever, Opera Living GmbH als geldnemer en Equal Group B.V als agent blijkt dat de Stichting is opgericht om te fungeren als uitgevende instelling van obligaties met als doel om leningen te verschaffen aan Opera Living GmbH. Deze overeenkomst is door de heer Van der Kooij en [REDACTED] namens de geldgever getekend. Voorts is door de heer Van der Kooij ook namens Opera Living GmbH en namens Equal Group B.V. getekend.
- Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de heer Van der Kooij sinds 1 oktober 2008 bestuurder is van Equal Group B.V. De heer Van der Kooij is sinds 7 januari 1999 enig aandeelhouder van Equal Group B.V. De Stichting houdt alle aandelen van Equal Fondsteurhand GmbH. Laatstgenoemde is een Duitse rechtspersoon die op haar beurt 94% van de aandelen in Opera Living GmbH houdt. De heer Van der Kooij heeft verklaard dat hij sinds de oprichting bestuurder van deze rechtspersoon is. Op 25 juli 2005 is Equal Fondstreuhand ingeschreven in het Unternehmensregister. Voorts heeft de heer Van der Kooij verklaard dat hij ook bestuurder van Opera Living GmbH is.
- De heer Van der Kooij deelde samen met [REDACTED] het kantoor aan het Frederiksplein 51 te Amsterdam en [REDACTED] en de heer Van der Kooij

hielden elkaar regelmatig op de hoogte van de financiering van het project Opera Living en de activiteiten van de Stichting. De heer Van der Kooij was vooraf op de hoogte van de uitgifte van obligaties onder de EUR 50.000,-. Hij was tevens op de hoogte van de ontvangst van het geld en de heer Van der Kooij was op de hoogte van het feit dat de Stichting dit geld doorleende aan Opera Living GmbH. Blijkens de door de heer Van der Kooij afgelegde verklaringen zijn de activiteiten van de Stichting met zijn instemming geschied.

- De heer Van der Kooij is op de hoogte van het feit dat de Stichting niet over een vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank beschikt en ook niet heeft beschikt.
- De heer Van der Kooij heeft over de periode van 18 februari 2010 tot heden feitelijk leiding gegeven aan de Stichting. In deze periode of in ieder geval tot 11 september 2012 is de Stichting in overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.
- Sinds het overlijden van [REDACTED] op 17 november 2011 is de heer Van der Kooij de enige bestuurder van de Stichting.
- Uit het verslag van de bijeenkomst met de AFM en DNB op 26 juli 2011 blijkt dat de heer Van der Kooij door DNB is gewezen op het bestaan van de mogelijkheid dat de Stichting is aan te merken als bank in de zin van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Door DNB is toen aangegeven dat nader onderzoek zal worden gedaan naar een vermoedelijke overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft, begaan door de Stichting. Tijdens het gesprek dat de heer Van der Kooij op 15 maart 2012 met de toezichthouders van DNB heeft gehad, is tevens door de toezichthouders van DNB aangegeven dat de Stichting mogelijk artikel 2:11, eerste lid, Wft overtreedt.

Ad. b

Dat de heer Van der Kooij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft te voorkomen en/of te beëindigen blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden in onderling verband beschouwd.

- Blijkens het handelsregister van de Kamer van Koophandel is de Stichting opgericht op 2 februari 2010. Sinds de oprichting is de heer Van der Kooij alleen/zelfstandig bevoegd besluiten te nemen namens de Stichting. Naast de heer Van der Kooij is [REDACTED] [REDACTED] alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder geweest tot zijn overlijden op 17 november 2011. Eurogroei is gezamenlijk/bevoegd bestuurder geweest van 10 februari 2010 tot 1 februari 2011. Met Eurogroei is op 18 februari 2010 overeengekomen dat Eurogroei voor plaatsing van de leningen met bonusregeling aan de Stichting zal zorgen en tevens gedurende de plaatsingsperiode zitting zal nemen in de Stichting. Tijdens het telefoongesprek dat de heer Van der Kooij op 13 januari 2012 met DNB heeft gevoerd, heeft de heer Van der Kooij aangegeven dat Eurogroei niet meer activiteiten heeft verricht dan beschreven in de overeenkomst tussen de Stichting en Eurogroei.
- De heer Van der Kooij heeft aangegeven dat [REDACTED] niet betrokken is geweest bij het project Opera Living en enkel een deel van de opbrengst van het aandeel van 6% ontvangt omdat hij deelneemt in Mouzon Capital Holding en het de bedoeling is dat ieder van de drie partners deelt in de opbrengst.
- Als bestuurder van de Stichting was de heer Van der Kooij bevoegd alleen/zelfstandig beslissingen te nemen. De heer Van der Kooij heeft met de wijze van financiering van het vastgoedproject ingestemd en heeft geen maatregelen genomen om te zorgen dat deze

constructie niet zou leiden tot overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Als een van de bestuurders van de Stichting is de heer Van der Kooij gehouden er zorg voor te dragen dat de Stichting geen overtredingen begaat.

- De heer Van der Kooij heeft in Duitsland tweemaal eerder projecten gefinancierd met behulp van obligaties voor welke financieringen de heer Van der Kooij destijds toestemming heeft gevraagd aan de Duitse toezichthouder. Voor de financiering van het project Opera Living heeft de heer Van der Kooij geen toestemming gevraagd aan DNB en evenmin informatie ingewonnen bij DNB.
- Vooraf is de beleggingsconstructie voorgelegd aan de adviseur [REDACTED]. Deze had in algemene zin geen bezwaar tegen de constructie. De heer Van der Kooij heeft op 15 maart 2012 aangegeven dat er geen specifiek onderzoek is gedaan naar de toelaatbaarheid van de constructie tegen de achtergrond van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Derhalve was het advies geen deugdelijk middel ter voorkoming van de overtreding. Het advies dat in juli 2011 is ingewonnen was tevens niet voldoende specifiek, dit advies richtte zich op het aantrekken van gelden, niet op de financieringsconstructie als geheel.
- Als bestuurder van de Stichting was de heer Van der Kooij redelijkerwijs gehouden onderzoek te doen naar de toelaatbaarheid van de constructie, zodat een overtreding van de wetgeving in het bijzonder van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft voorkomen had kunnen worden.
- De heer Van der Kooij heeft aangegeven dat [REDACTED] niet betrokken is geweest bij het project Opera Living en enkel een deel van de opbrengst van het aandeel van 6% ontvangt omdat hij deelneemt in Mouzon Capital Holding en het de bedoeling is dat ieder van de drie partners deelt in de opbrengst.

Ad. c

Dat de heer Van der Kooij maatregelen ter voorkoming en/of ter beëindiging van overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft achterwege heeft gelaten blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang beschouwd.

- De Stichting is niet in het bezit en is ook niet in het bezit geweest van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank. De Stichting is evenmin uitgezonderd van het verbod opgenomen in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.
- Als bestuurder van de Stichting was de heer Van der Kooij gehouden maatregelen ter voorkoming van een overtreding te nemen. Bovendien was de heer Van der Kooij op de hoogte van het feit dat in Duitsland toestemming van de toezichthouder nodig was. De heer Van der Kooij heeft echter geen specifiek advies ingewonnen over de toelaatbaarheid van de door de heer Van der Kooij en [REDACTED] opgezette beleggingsconstructie in het licht van artikel 2:11 van de Wft. Tijdens de duur van de overtreding heeft de heer Van der Kooij geen actie ondernomen die leidde of kon leiden tot het beëindigen van de overtreding. De overtreding wordt pas beëindigd of is beëindigd met de verkoop van het project Opera Living of na aflopen van de looptijd van de leningen, mits de Stichting dan de gelden aan de obligatiehouders terugbetaalt.
- In juli 2011 is door de heer Van der Kooij advies gevraagd aan [REDACTED]. Het had in de rede gelegen dit advies aan DNB voor te leggen, althans met DNB in contact te treden naar aanleiding van de inhoud van dat advies. Dit heeft de heer Van der Kooij echter nagelaten.

- Nadat DNB de heer Van der Kooij op 26 juli 2011 er op heeft gewezen dat de Stichting mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtreedt, kon de heer Van der Kooij de overtreding weliswaar niet meer voorkomen maar kon de heer Van der Kooij de overtreding wel zo snel mogelijk beëindigen. Op 15 maart 2012 is niet gebleken dat de heer Van der Kooij tot dan toe maatregelen had genomen die hebben geleid tot beëindiging van de overtreding. Tijdens de zienswijzezitting op 11 september 2012 heeft de heer Van der Kooij verklaard dat nog niet alle obligatiehouders zijn terugbetaald.

Conclusie

Uit bovenstaande volgt dat aan de genoemde voorwaarden a, b en c is voldaan en derhalve de heer Van der Kooij vanaf 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, begaan door de Stichting.

Bevoegdheid tot handhavend optreden

7. Bij overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is DNB onder meer bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke boete op grond van artikel 1:80 van de Wft. Voor het treffen van deze maatregel is in dit geval nog het volgende van belang.
8. DNB voert een vast beleid bij het uitoefenen van haar bevoegdheden tot het treffen van handhavingsmaatregelen (zie www.dnb.nl voor de Beleidsregel Handhavingsbeleid van de Autoriteit van de Financiële Markten en De Nederlandsche Bank van 10 juli 2008). Dit beleid heeft onder andere als uitgangspunt dat overtredingen niet worden gedoogd en dat in beginsel handhavend dient te worden opgetreden zodra DNB een overtreding heeft geconstateerd. In de belangenafweging bij een besluit tot het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete beoordeelt DNB de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Bij deze belangenafweging wordt ook de zienswijze van de overtreder betrokken.

Belangenafweging

9. Voor de vraag of vanwege de geconstateerde overtreding een bestuurlijke boete moet worden opgelegd aan de heer Van der Kooij beoordeelt DNB in de belangenafweging de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.
10. Met betrekking tot de ernst van de overtreding overweegt DNB als volgt. Het doel van de Wft is onder meer het waarborgen van de soliditeit van financiële ondernemingen, de stabiliteit van de financiële sector, ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, zorgvuldige behandeling van cliënten, bescherming van de consument en de integriteit van het financiële stelsel. Om deze doelstellingen van de Wft te bereiken is onder meer voorzien in gereguleerde toetreding tot de markt door middel van een vergunningstelsel en in de uitoefening van toezicht door in casu DNB. Het verrichten van vergunningplichtige activiteiten zonder vergunning, zoals in casu het zonder vergunning van DNB uitoefenen van het bedrijf van bank, en daarmee het overtreden van de verbodsbepaling ex artikel 2:11, eerste lid, van de Wft wordt beschouwd als een ernstige en zware, zo niet als de zwaarste, overtreding (TK 2007/2008, 31 458, nr. 3, p. 3). De Stichting heeft zich onttrokken aan het toezicht van DNB door vanaf 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september

2012 actief te zijn op een geregleerde markt zonder de daarbij toepasselijke markttoetredingsbepalingen in acht te nemen. De Stichting heeft daarmee de doelstelling van de Wft doorkruist. De overtreding is bovendien gezien de duur, het aantal transacties en de omvang van de transactiestromen aanzienlijk. DNB beschouwt deze overtreding dan ook als een ernstige overtreding.

11. Met betrekking tot de verwijtbaarheid van de overtreding overweegt DNB dat de Stichting in ieder geval in de periode vanaf 18 februari 2010 tot heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012 actief is geweest op de financiële markten zonder in achtneming van de daarvoor geldende wet- en regelgeving. De Stichting en de heer Van der Kooij als feitelijk leidinggever behoorden nu de Stichting actief was op de financiële markten, op de hoogte te zijn van de toepasselijke regelgeving. Ten aanzien van deze overtreding treft de heer Van der Kooij een grote mate van verwijtbaarheid nu onder de leiding van de heer Van der Kooij de Stichting bewust werkzaam is geweest als bank in de zin van artikel 1:1 jo 2:11, eerste lid, van de Wft, zonder te beschikken over de vereiste vergunning, althans door zich niet voldoende op de hoogte te stellen van de toepasselijke regelgeving de heer Van der Kooij bewust het risico heeft aanvaard daarmee in strijd te handelen. De heer Van der Kooij heeft als zelfstandig bevoegd bestuurder van de Stichting en als initiatiefnemer van het project Opera Living voorafgaand aan de activiteiten van de Stichting geen gedegen onderzoek gedaan naar de toelaatbaarheid van de beleggingsconstructie en de heer Van der Kooij heeft geen andere concrete maatregelen genomen ter voorkoming van de overtreding. De ingewonnen adviezen waren onvoldoende specifiek en derhalve geen deugdelijk middel ter voorkoming van de overtreding. Door na te laten gedegen advies in te winnen of andere concrete maatregelen te nemen, heeft de heer Van der Kooij als bestuurder en feitelijk leidinggever van de Stichting niet de maatregelen genomen die nodig waren om de overtreding te voorkomen. Daarbij komt dat de heer Van der Kooij, nadat hij op de hoogte was van de overtreding, nagelaten heeft om de overtreding te beëindigen. Gezien het bovenstaande is DNB van mening dat de heer Van der Kooij een grote mate van verwijtbaarheid treft ten aanzien van de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

Zienswijze

12. Bij brief van 25 juli 2012, [REDACTED] heeft DNB de heer Van der Kooij in kennis gesteld van het voornemen om vanwege de geconstateerde overtredingen over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. De heer Van der Kooij is in de gelegenheid gesteld de zienswijze betreffende dit voornemen naar keuze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken. Na diverse uitstelverzoeken van de kant van de heer Van der Kooij heeft de mondelinge zienswijzezitting plaatsgevonden op 11 september 2012.
13. Onder randnummer 3 van de schriftelijke zienswijze wordt ingegaan op een aantal punten die betrekking hebben op de achtergrond van de totstandkoming van het vastgoedproject en de Stichting. Gesteld wordt dat deze punten in het voornemen niet goed tot hun recht zijn gekomen. Als eerste wordt opgemerkt dat de heer Van der Kooij geen initiatiefnemer is tot oprichting van de Stichting. Ten tweede wordt aangegeven dat de functie van de Stichting onder andere was om zekerheden te houden in het belang van de

obligatiehouders. Deze functie wordt in het boetevoornemen onderbelicht. Als derde punt wordt naar voren gebracht dat de stichting geen financieel risico heeft gelopen door geld uit te zetten middels een lening. De Stichting heeft bovendien enkel een vordering gehad op Opera Living GmbH en niet op Equal Fondstreuhand GmbH, Equal Real Estate GmbH of Equal Group B.V. Als vierde wordt opgemerkt dat het bestuur van de Stichting geen bezoldiging ontving.

Met betrekking tot het eerste punt merkt DNB het volgende op. Uit de statuten van de Stichting blijkt dat de heer Van der Kooij niet de formele oprichter van de Stichting is. De heer Van der Kooij is echter wel een van de twee initiatiefnemers tot oprichting van de Stichting. Op 13 januari 2012 en op 15 maart 2012 heeft de heer Van der Kooij verklaard dat hij samen met [REDACTED] initiatiefnemer is van het project Opera Living. Om het project te financieren diende er nog extra gelden te worden aangetrokken. De initiatiefnemers hebben samen besloten het project door middel van de uitgifte van obligaties te financieren. Om gelden aan te kunnen trekken van Nederlandse beleggers is de Stichting opgericht. Derhalve beschouwt DNB de heer Van der Kooij weliswaar niet als formele oprichter van de Stichting maar wel als één van de initiatiefnemers tot oprichting van de Stichting.

Ten aanzien van het tweede punt merkt DNB het volgende op. Op 15 maart 2012 heeft de heer Van der Kooij verklaard dat de functie van de Stichting het financieren van het project Opera Living is. Dit is de primaire functie van de Stichting. De Stichting heeft als gevolg van deze functie maar een beperkt aantal taken die verband houdt met de financiering van het project Opera Living. In de obligatieleningovereenkomst die is gesloten tussen de Stichting en de obligatiehouders is als voorwaarde opgenomen dat de Stichting zorg zal dragen voor een tweetal zekerheden ten behoeve van de obligatiehouders. Het houden van deze zekerheden in het belang van de obligatiehouders maakt derhalve deel uit van het takenpakket van de Stichting, echter dit doet niets af aan de primaire functie van de Stichting, te weten het financieren van het project Opera Living.

Ten aanzien van het derde punt dat wordt aangevoerd merkt DNB op, dat zij op dit punt onder punt 16. van deze beschikking nader zal ingaan. Ten aanzien van het vierde punt zij het volgende opgemerkt. Het feit dat de bestuurders van de Stichting wel of geen bezoldiging ontvingen is niet relevant voor het vaststellen van de overtreding. Volledigheidshalve merkt DNB op dat [REDACTED] en de heer Van der Kooij meedelen in de opbrengst van het project Opera Living, omdat zij als initiatiefnemers 6% aandeel in het project bezitten.

14. Onder randnummer 4.1 wordt aangegeven dat niet duidelijk is welke omstandigheid aanleiding voor DNB heeft gevormd om tot onderzoek over te gaan. Indien die omstandigheid is gelegen in de anonieme brief die de AFM heeft ontvangen had deze brief zonder bijkomende omstandigheden geen aanleiding mogen vormen tot onderzoek aan de zijde van de AFM en/of DNB.

Zoals in het voornemen en tevens onder punt 2. van deze beschikking is aangegeven, heeft de AFM op 12 januari 2011 informatie aan DNB overgedragen. Die informatie was voldoende grond voor DNB om nader onderzoek naar de activiteiten van de Stichting te verrichten.

15. Onder randnummers 5.1 tot en met 5.7 van de schriftelijke zienswijze is, hier kort en zakelijk weergegeven, aangegeven dat de Stichting de obligaties heeft uitgegeven in overeenstemming met gedragstypische (zorgplicht)regels.

Ten aanzien van dit standpunt wil DNB het volgende opmerken. Instellingen die opereren op de financiële markten zijn aan regels van prudentieel- én gedragstoezicht onderworpen. Zoals in artikel 1:25 van de Wft is vastgelegd, houdt de AFM toezicht op het gedrag van ondernemingen. DNB is krachtens artikel 1:24 van de Wft belast met prudentieel toezicht. Indien de AFM opmerkt dat de Stichting heeft gehandeld in overeenstemming met gedragstypische regels geeft zij daarmee geen oordeel over het al dan niet handelen in strijd met de prudentiële regels. Derhalve is het al dan niet voldoen aan gedragstypische (zorgplicht)regels in het licht van de onderhavige overtreding thans niet relevant.

16. Onder randnummers 6.1 tot en met 6.18 van de schriftelijke zienswijze wordt, hier kort en zakelijk weergegeven, betoogd dat er geen sprake is van het 'voor eigen rekening' verrichten van kredietuitzettingen waardoor de Stichting niet kwalificeert als bank. Betoogd wordt dat er geen sprake is van winst- of verliesgerelateerde vergoeding en dat de Stichting geen financieel risico heeft gelopen omdat de Stichting als een doorgeefluik heeft gefungeerd. Onder randnummer 6.8 wordt aangegeven dat de obligatiehouders dit ook zo hebben begrepen met als uiterste consequentie dat zij geen vordering hebben op de Stichting indien de Stichting niet door Opera Living GmbH wordt betaald. Ter onderbouwing van dit standpunt zijn tijdens de zienswijzezitting vier overeenkomsten tussen de Stichting, Opera Living GmbH en een obligatiehouder overgelegd waarin is vastgelegd dat de obligatiehouder geen aanspraak jegens de Stichting kan maken indien de Stichting niet door Opera Living GmbH wordt betaald. Tevens wordt aangevoerd dat de Stichting geen winstoogmerk heeft en het stichtingsbestuur geen vergoeding ontvangt. Alle gelden die de Stichting binnen krijgt worden parallel uitgeleend aan Opera Living GmbH. Het gehele financiële risico komt voor rekening van Opera Living GmbH en alle kosten worden doorberekend aan Opera Living GmbH zodat de Stichting uiteindelijk met de balans op nul eindigt. Betoogd wordt dat uit het voorgenomen boetebesluit niet duidelijk blijkt waaruit het financiële risico voor de Stichting precies bestond. Mogelijk wordt gedoeld op het geld dat naar Equal Group B.V., Equal Fondstreuhand GmbH en Equal Real Estate GmbH is uitgezet. Dit zijn echter geen uitzettingen omdat een uitzetting voor eigen rekening een vordering impliceert. Opera Living GmbH had een schuld aan Equal Fondstreuhand GmbH, Equal Real Estate GmbH en aan Equal Group B.V. De Stichting heeft enkel een vordering op Opera Living GmbH.

DNB is met betrekking tot de bovenstaande punten een andere mening toegedaan. Zoals onder punt 4. onder d. van deze beschikking reeds is overwogen, is er sprake van handelen 'voor eigen rekening' indien de rechtspersoon zelf het financieel risico loopt

van de kredietuitzettingen dan wel zelf een winst of verlies gerelateerde vergoeding ontvangt met betrekking tot de kredietuitzettingen. Op basis van de overeenkomst van geldlening die is gesloten tussen de Stichting en Opera Living GmbH zijn de bedragen die de Stichting heeft verworven door middel van de uitgifte van obligaties doorgeleend aan Opera Living GmbH. Uit de overeenkomst tot geldlening blijkt dat de Stichting en Opera Living GmbH overeengekomen zijn dat het maximaal te lenen geldbedrag EUR 3.200.000,- bedraagt. Opera Living GmbH is aan de Stichting rente verschuldigd over de hoofdsom en de eventueel bijgeschreven rente vanaf de datum van beschikbaar stellen van de lening tot aan de datum waarop die lening afgelost wordt. Het rentepercentage voor de lening is 8% voor de obligaties van tranche I en 9% voor de obligaties van tranche II en wordt verschuldigd na afloop van de maand. Ook wordt er na afloop van de looptijd van de lening een bonusrente van 2% uitgekeerd aan de Stichting. De hoogte van de bonusrente is afhankelijk van de verkoopsom van het project Opera Living en kan oplopen tot 14,5%. Aflossing van de lening aan de Stichting zal geschieden uiterlijk vijf werkdagen na afloop van de looptijd van de corresponderende obligatie of nadat de verkoop van het project Opera Living heeft plaatsgevonden en de gehele koopsom is voldaan. Het aflossingsbedrag bestaat uit de hoofdsom inclusief bijgeschreven nog niet uitbetaalde rente, de basisrente en de bonusrente.

In tegenstelling tot wat door de heer Van der Kooij is betoogd is DNB, op grond van voorafgaande, van mening dat de Stichting met betrekking tot de kredietuitzetting een winst gerelateerde vergoeding ontvangt.

Ook deelt DNB het standpunt niet dat de Stichting geen financieel risico loopt. Bij de beoordeling hiervan is naar de mening van DNB niet relevant dat de Stichting geen winstoogmerk heeft en de bestuurders onbezoldigd zijn. Het financiële risico dat de Stichting loopt door gelden aan te trekken en deze vervolgens door te lenen, wordt op basis van de initiële obligatieleningsovereenkomsten of op basis van de overeenkomst tot geldlening niet afgewenteld op de obligatiehouders of op Opera Living GmbH; dit financiële risico draagt de Stichting zelf. Dat de Stichting er zelf ook van uitging dat zij op basis van de obligatieovereenkomsten zelfstandig verplichtingen jegens de obligatiehouders heeft, blijkt uit artikel 12 van de overeenkomst tot geldlening tussen o.a. Opera Living GmbH als geldnemer en de Stichting als geldgever. Daarin is opgenomen dat de geldnemer Opera Living GmbH een borgstelling afgeeft aan alle obligatiehouders ten behoeve van de verplichtingen die de geldgever (de Stichting) jegens hen heeft. Het feit dat door de Stichting alle kosten worden doorberekend aan Opera Living GmbH alsook dat deze laatste een borgstelling heeft afgegeven aan alle obligatiehouders doet aan de conclusie dat de Stichting financieel risico loopt niet af. Ook het feit dat de Stichting DNB inmiddels vier in september 2012 ondertekende (herziene) obligatieovereenkomsten heeft doen toekomen waarin is opgenomen dat de obligatiehouder geen aanspraak kan maken op enig betaling jegens de Stichting indien zij niet door Opera Living GmbH wordt betaald en dat bij betalingsonmacht van de Stichting de obligatiehouder zich rechtstreeks kan verhalen op Opera Living GmbH, maakt dit niet anders. Deze overeenkomsten zijn gezien de datum waarop de overeenkomsten zijn afgesloten en mede gelet op de onderhavige procedure naar het oordeel van DNB opmerkelijk. Aan de overeenkomsten kan geen terugwerkende kracht worden toegekend. Bovendien is er van de vier overeenkomsten die aan de schriftelijke zienswijze zijn

toegevoegd maar één gesloten met een niet professionele marktpartij die heeft deelgenomen aan de eerste tranche. De andere drie overeenkomsten zijn gesloten met obligatiehouders die deelnemen aan de tweede tranche en dus met professionele marktpartijen.

Tot slot wordt opgemerkt dat de door de Stichting aan Equal Group B.V., Equal Fondstreuhand GmbH en Equal Real Estate GmbH betaalde bedragen door DNB niet worden gezien als afzonderlijke uitzettingen maar als onderdeel van de verstrekking van een lening aan Opera Living GmbH.

DNB is op basis van het bovenstaande en op basis van hetgeen eerder in de beschikking onder punt 4. onder d. is opgemerkt van mening dat de Stichting voor eigen rekening kredietuitzettingen heeft verricht met als doel om op geld waardebare voordelen te verkrijgen. De onder randnummers 6.1 tot en met 6.18 aangevoerde punten kunnen derhalve niet leiden tot de conclusie dat de Stichting niet kwalificeert als bank.

17. Onder randnummers 6.19 tot en met 6.22 van de schriftelijke zienswijze wordt, hier kort en zakelijk weergegeven, betoogd dat er geen sprake is van het 'bedrijf maken van' het aantrekken en uitzetten van de kredieten waardoor de Stichting niet kwalificeert als bank. Aangevoerd wordt dat het aantrekken en uitzetten van de gelden uitsluitend dient ter ondersteuning van het vastgoedproject ook al wordt die activiteit ontplooid in een andere juridische entiteit. Derhalve is geen sprake van 'bedrijf maken van'. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt een passage uit de nota van wijziging bij het wetsvoorstel van de Wft aangehaald. Verder wordt aangevoerd dat hierbij van belang is dat de Stichting niet 'geregeld en stelselmatig' gelden heeft aangetrokken.

Zoals in deze beschikking reeds onder punt 4. onder e. is opgemerkt, is DNB van mening dat het aantrekken en uitzetten van de gelden een zelfstandig identificeerbare activiteit van de Stichting betreft. Uit de akte van oprichting, de overeenkomst tot samenwerken die op 1 februari 2010 is gesloten tussen Opera Living GmbH, Mouzon Capital Holding GmbH, de Stichting en Equal Real Estate GmbH en uit het verslag van het gesprek dat op 15 maart 2012 tussen de heer Van der Kooij en DNB heeft plaatsgevonden, blijkt dat de functie van de Stichting beperkt is tot een aantal taken die verband houden met de financiering van het project Opera Living. Er is derhalve geen sprake van andere hoofdactiviteiten dan het aantrekken en uitzetten van gelden ter financiering van het vastgoedproject Opera Living. Daarbij komt dat gezien de omvang en de regelmaat van de activiteiten, de duur, de omvang van de transactiestromen en het aantal inleggers er sprake is van een 'geregeld en stelselmatig' karakter en uit dien hoofde reeds sprake is van 'het bedrijf maken van' als bedoeld in de definitie van bank.

DNB wil daarbij nog het volgende opmerken. Indien een onderneming gelden aantrekt en deze binnen concern weer uitzet, geldt onder strikte in artikel 3:2, van de Wft opgenomen voorwaarden dat het verbod van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft niet van toepassing is. Indien uit zou worden gegaan van het betoog dat onder de randnummers 6.19 tot en met 6.22 is gevoerd, zou artikel 3:2 van de Wft in feite zinledig worden en zou dit tot gevolg hebben dat het beoogde beschermingsbereik van artikel 2:11, van de Wft niet wordt

bereikt. De Wft heeft tot doel het beschermen van de belangen van crediteuren die gelden aan kredietinstellingen toevertrouwen. Gezien het beschermingskarakter van deze wet dient voorkomen te worden dat de toepassing van de Wft via gekunstelde constructies wordt omzeild (zie hiervoor ook HR 24 juni 2005, LJN: AT6005). De onder randnummer 6.19 tot en met 6.22 aangevoerde punten kunnen dan ook naar het oordeel van DNB niet leiden tot de conclusie dat de Stichting niet kwalificeert als bank.

18. Onder de randnummers 7.1 tot en met 7.6, wordt, hier kort en zakelijk weergegeven, naar voren gebracht dat er geen sprake is van kredietuitzettingen, omdat de Stichting geen uitzettingen heeft gedaan buiten de eigen onderneming. Derhalve kwalificeert de Stichting niet als bank. Betoogd wordt aan de hand van twee uitspraken (HR 24 juni 2005, LJN: AT6005 en Rb Arnhem 24 mei 2012, JOR 2012, 252) dat het begrip onderneming materieel dient te worden uitgelegd. In de uitspraak van de Hoge Raad wordt uiteengezet dat het mogelijk is dat verschillende (rechts)personen, hoewel het juridisch zelfstandige entiteiten zijn, feitelijk 'één onderneming' vormen. Twee ondernemingen kunnen derhalve onder omstandigheden één kredietinstelling zijn. Aangevoerd wordt dat de obligatieopbrengst van de Stichting geheel binnen de eigen onderneming is uitgezet. Tot deze onderneming behoort Opera Living GmbH. Derhalve zijn er geen uitzettingen buiten de eigen onderneming gedaan waardoor er geen sprake is van uitzettingen.

Zoals reeds is opgemerkt onder punt 4. onder d. van deze beschikking wordt onder de term kredietuitzetting blijkens de kamerstukken (TK 2004/2005, 29 708, nr. 10, p. 169) begrepen het verstrekken van nominaal opvorderbare gelden aan een ander, met het doel daarvoor voor de geldgever of voor aan hem gerelateerde partijen op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. In de schriftelijke zienswijze wordt niet gesproken over 'een ander' maar wordt stilgestaan bij de definitie van 'één onderneming'. DNB begrijpt deze grief aldus dat betoogd wordt dat de gelden binnen de eigen onderneming zijn uitgezet waardoor er geen sprake is van uitzettingen aan 'een ander'. Naar het oordeel van DNB is er echter geen sprake van een zodanige verwevenheid tussen de Stichting en Opera Living GmbH dat gesproken zou kunnen worden van één onderneming. Gezien de eerdere verklaringen van de heer Van der Kooij en [REDACTED] en gezien de informatiebrochure is het juist de bedoeling geweest om twee verschillende ondernemingen te creëren. In de brochure staat bijvoorbeeld dat er is gekozen voor de stichtingstructuur om te voorkomen dat de investeerders als Duits belastingplichtige kunnen worden aangemerkt en om eventuele belangenverstremming of aansprakelijkheden uit andere projecten te vermijden. Ook uit de feitelijke gang van zaken blijkt niet van een zodanige verwevenheid van de Stichting met Opera Living GmbH dat geconcludeerd kan worden dat zij tezamen één onderneming drijven.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 24 juni 2005 wordt bovendien het volgende overwogen: *'De WTK heeft tot doel het beschermen van de belangen van crediteuren die gelden aan kredietinstellingen toevertrouwen. Gezien het beschermingskarakter van deze wet dient voorkomen te worden dat de toepassing hiervan via gekunstelde constructies wordt omzeild. Iedere onderneming of instelling die de facto haar bedrijf maakt van het ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en van het voor eigen rekening*

verrichten van kredietuitzettingen of beleggingen is een kredietinstelling in de zin van deze wet. (HR 14 juni 2005, LJN: AT6005 r.o. 4.3). Door in casu uit te gaan van een zodanige verwevenheid tussen de Stichting en Opera Living GmbH dat sprake is van 'één onderneming' wordt de bescherming van de belangen van crediteuren juist beperkt. Een dergelijke interpretatie zou in dit geval niet in lijn zijn met het doel van de wetgeving, immers de crediteuren zouden minder bescherming genieten omdat de toepassing van de Wft juist zou worden omzeild.

De onder randnummer 7 genoemde punten kunnen gezien de bovenstaande overwegingen niet leiden tot de slotsom dat de Stichting de gelden binnen de eigen onderneming heeft uitgezet. DNB is van mening dat de Stichting en Opera Living GmbH twee verschillende ondernemingen zijn die niet kunnen worden aangemerkt als één onderneming. Naar het oordeel van DNB heeft de Stichting uitzettingen gedaan buiten de eigen onderneming en derhalve aan 'een ander' waardoor er sprake is van kredietuitzettingen. De onder randnummers 7.1 tot en met 7.6 aangevoerde punten kunnen derhalve niet leiden tot de conclusie dat de Stichting niet kwalificeert als bank.

19. Onder randnummers 8 tot en met 9.13 van de schriftelijke zienswijze wordt, hier kort en zakelijk weergegeven, betoogd dat de heer Van der Kooij weliswaar formeel bestuurder is, maar dat hij niet degene is die feitelijk leiding heeft gegeven aan de Stichting. Aangegeven wordt dat [REDACTED] degene was die feitelijk leiding heeft gegeven, bijgestaan door Eurogroei. De heer Van der Kooij heeft geen enkele feitelijke handeling of rechtshandeling verricht namens de Stichting. De heer Van der Kooij heeft derhalve geen feitelijk leiding gegeven aan de overtreding door de Stichting. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt stilgestaan bij de interne taakverdeling tussen de [REDACTED] en de heer Van der Kooij. Aangevoerd wordt dat het structureren van de obligatie-emissie het initiatief was van [REDACTED]. De heer Van der Kooij heeft geen bemoeienis gehad met de obligatie-emissie, laat staan dat hij daar aan leiding heeft gegeven. Ter onderbouwing van deze stelling wordt verwezen naar een verklaring van [REDACTED], oud notarieel medewerker en destijds gedetacheerd bij de Stichting en naar een aantal e-mails die zijn bijgevoegd bij de schriftelijke zienswijze. Uit deze stukken blijkt dat [REDACTED] en de heer Van der Kooij elkaar over en weer over de activiteiten van de Stichting informeerden. Uit de selectie van e-mails die is overgelegd blijkt dat [REDACTED] de heer Van der Kooij met name informeerde over de obligaties en de plaatsing.

Zoals reeds onder punt 6. overwogen is DNB met betrekking tot hetgeen hierboven wordt aangevoerd een andere mening toegedaan. DNB is van mening dat de heer Van der Kooij niet alleen formeel (alleen/zelfstandig) bestuurder is maar dat kan worden geconcludeerd dat de heer Van der Kooij ook feitelijk leiding heeft gegeven aan de Stichting en aan de overtreding begaan door de Stichting. Het feit dat de heer Van der Kooij geen oprichter van de Stichting is doet hier niets aan af.

Daarbij komt dat tijdens het gesprek met DNB en met de AFM op 10 maart 2011 de heer Van der Kooij heeft verklaard dat hij een vastgoedachtergrond heeft en regelmatig tegen mooie projecten aanloopt. Opera Living is een mooi project waar hij, blijkens zijn

verklaring tijdens het gesprek met DNB op 15 maart 2012, zelf tegen aan is gelopen. De heer Van der Kooij heeft verklaard dat hij samen met [REDACTED] het project Opera Living in de huidige beleggingsconstructie heeft ondergebracht; zij zijn gezamenlijk tot het besluit gekomen om het project Opera Living op deze wijze te financieren.

De heer Van der Kooij heeft aangegeven dat hij meer betrokken is geweest bij de vastgoedkant en [REDACTED] meer bij de structurering en finance. Er was echter regelmatig contact waarbij de twee bestuurders elkaar op de hoogte hielden van elkaars werkzaamheden en bovendien deelden zij het kantoor. Naast de feiten en omstandigheden zoals opgenomen onder punt 6. ad a. blijkt ook uit de e-mailwisselingen die zijn bijgevoegd als bijlagen bij de schriftelijke zienswijze dat zij goed op de hoogte waren van elkaars werkzaamheden. Op 15 maart 2012 heeft de heer Van der Kooij verklaard dat het takenpakket van de Stichting slechts uit een beperkt aantal taken bestond. Deze taken hielden verband met de financiering van het project Opera Living. Hoewel er volgens de heer Van der Kooij een zekere taakverdeling bestond tussen de heer Van der Kooij en [REDACTED], was de heer Van der Kooij blijkens onder meer zijn verklaringen goed op de hoogte van de activiteiten van de Stichting en de activiteiten van de Stichting zijn geschied met zijn instemming.

Voor wat betreft de rol van Eurogroei merkt DNB op dat de heer Van der Kooij heeft verklaard dat de rol van Eurogroei niet groter is geweest dan het in de markt zetten van de emissie en verstrekken van informatie aan potentiële investeerders. Uit onder meer de door de heer Van der Kooij bij de zienswijze gevoegde stukken blijkt dat de communicatie met betrekking tot de Stichting met name plaatsvond tussen de heer van der Kooij en [REDACTED]. Verder is gebleken dat de initiatiefnemers, waar de heer Van der Kooij deel van uitmaakt, een deel van de opbrengst van het project Opera Living ontvangen omdat zij 6% van de aandelen in het project bezitten. Deze aandelen zijn ondergebracht in Roma Holding B.V., een rechtspersoon waar [REDACTED], [REDACTED], sinds het ontstaan van de rechtspersoon aandeelhouder en enig bestuurder is. Eurogroei maakt geen deel uit van de initiatiefnemers.

De communicatie tussen DNB en de AFM en de Stichting is via de heer Van der Kooij verlopen ook toen [REDACTED] nog medebestuurder van de Stichting was. De heer Van der Kooij heeft verklaard dat [REDACTED] maar kort ziek is geweest en dat de heer van der Kooij na het overlijden van [REDACTED] de enige bestuurder van de Stichting is. De communicatie met DNB zag op diverse aspecten van de Stichting zoals onder meer de tekst van het informatiememorandum, de rekening van de Stichting, de uitbetaling van de obligaties, de nieuwsbrieven die verstuurd zijn aan de obligatiehouders en de terugbetaling van de obligatiehouders. Uit de verschillende gespreksverslagen met de AFM en met DNB blijkt dat de heer Van der Kooij goed op de hoogte is van alle facetten van de Stichting.

De nieuwsbrieven die zijn gestuurd naar de obligatiehouders zijn door [REDACTED] en door de heer Van der Kooij getekend en in één geval ook alleen door de heer

Van der Kooij. De overeenkomst tot geldlening, gedateerd op 15 februari 2010, is door de heer Van der Kooij drie maal getekend. De heer Van der Kooij heeft getekend namens de Stichting als geldgever, namens Opera Living GmbH als geldnemer en namens Equal Group B.V. als agent.

Uit de bovenstaande feiten en omstandigheden blijkt ondubbelzinnig dat de heer Van der Kooij niet uitsluitend formeel maar ook feitelijk leiding heeft gegeven aan de Stichting en aan de door de Stichting begane overtreding. Dat er sprake is van een zekere taakverdeling tussen de heer Van der Kooij en [REDACTED] doet hier, gezien de bovenstaande feiten en omstandigheden waaruit de betrokkenheid van de heer Van der Kooij bij alle gedragingen van de Stichting duidelijk blijkt, niets aan af.

20. In de schriftelijke zienswijze wordt onder randnummers 9.14 tot en met 9.22 betoogd dat de heer Van der Kooij niet op de hoogte was van de verboden gedragingen althans niet bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. Ter onderbouwing van dit standpunt wordt een uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 28 januari 2009, LJN BH1791 aangehaald. In de aangehaalde uitspraak was er sprake van een overtreding die binnen de bevoegdheidssfeer van een commissaris van een onderneming viel. Desondanks werd de commissaris door het Hof vrijgesproken, omdat niet uit het dossier bleek dat hij op de hoogte was van de bewuste overtreding.

Allereerst wordt opgemerkt dat de onderhavige casus wezenlijk verschilt van de casus die in het arrest van het hof Amsterdam van 28 januari 2009 aan de orde is. Ten eerste bestaat er een formeel verschil in functie tussen een bestuurder en een commissaris. Ten tweede is het feitencomplex in de aangehaalde uitspraak wezenlijk anders dan het feitencomplex dat in de onderhavige zaak aan de orde is. Ten derde is de aard van het delict verschillend. Derhalve gaat de gemaakte vergelijking niet op en kan de aangehaalde uitspraak niet leiden tot de conclusie dat de heer Van der Kooij niet als feitelijk leidinggever aan overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft begaan door de Stichting kan worden aangemerkt.

DNB is van mening dat op basis van de onder punt 6. en punt 20. van deze beschikking genoemde feiten en omstandigheden geconcludeerd kan worden dat de heer Van der Kooij wel op de hoogte was van de verboden gedraging begaan door de Stichting, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedraging zich zou voordoen. Het vastgoedproject Opera Living is aangekocht en er is bewust voor de financieringsconstructie door middel van uitgifte van obligaties gekozen om zo de financiering rond te kunnen krijgen. De heer Van der Kooij was op de hoogte van de activiteiten van de Stichting en van de gedragingen van de Stichting die gezamenlijk tot overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft hebben geleid. Deze gedragingen hebben, blijkens de verklaringen die de heer Van der Kooij op 13 januari 2012 en op 15 maart 2012 heeft gegeven, bewust plaatsgevonden. De gehele financieringsconstructie was bewust op deze wijze opgetuigd. Als initiatiefnemer van het project Opera Living en als feitelijk bestuurder van de Stichting heeft de heer Van der Kooij persoonlijke bemoeienis gehad met de handelingen verricht door de Stichting en was de heer Van der Kooij op de hoogte van de gedraging van de Stichting. Deze gedraging is verboden en

door zich er niet van te vergewissen of de gedraging in overeenstemming was met de wet heeft de heer Van der Kooij de aanmerkelijke kans aanvaard dat de Stichting de verboden gedraging, overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft, zou begaan. Een rechtspersoon dient zichzelf op de hoogte te stellen van de voor hem in verband met de uitoefening van het bedrijf van belang zijnde wetgeving, dan wel zichzelf van juridisch advies hieromtrent te voorzien (HR 22 augustus 2006, LJN:AX5738, Rb Rotterdam, 7 april 2011 LJN: BQ1181). Als bestuurder van een instelling die zich begeeft op de financiële markten dient de heer Van der Kooij op de hoogte te zijn van de wettelijke voorschriften. Een taakverdeling tussen de heer Van der Kooij en [REDACTED] kan in dit geval niet leiden tot het afschuiven van de verantwoordelijkheid met betrekking tot één van de gedragingen van de Stichting op [REDACTED]. De heer Van der Kooij draagt als bestuurder en feitelijk leidinggever aan de Stichting een eigen verantwoordelijkheid om te zorgen dat de Stichting geen overtredingen begaat. Zoals reeds eerder opgemerkt, mocht hij derhalve niet blindelings vertrouwen op het door zijn medebestuurder gestelde inzake de rechtmatigheid van de financieringsconstructie, dit temeer nu hij zelf juridisch is geschoold.

21. Onder de randnummers 10.1 tot en met 10.7 van de schriftelijke zienswijze wordt aangevoerd dat [REDACTED] voor de oprichting van de Stichting juridisch advies heeft ingewonnen. De heer Van der Kooij heeft in juli 2011 advies bij [REDACTED] ingewonnen. De heer Van der Kooij had geen reden om aan het advies te twifelen. [REDACTED] had reeds eerder geadviseerd en was bekend met de wijze waarop de obligatielening was gestructureerd en de wijze waarop de gelden door de Stichting zouden worden aangewend.

Weliswaar wordt gesteld dat reeds voor de oprichting van de Stichting advies is ingewonnen maar er zijn geen stukken verstrekt waaruit blijkt dat [REDACTED] voorafgaand aan het optuigen van de financieringsconstructie juridisch advies heeft ingewonnen. Tijdens de zienswijzezitting op 11 september 2012 is nogmaals gevraagd of het advies is vastgelegd en of dit document aan DNB zou kunnen worden verstrekt. De heer Van der Kooij heeft aangegeven dat het advies niet terug is gevonden en dat onbekend is in welke vorm het advies is gegeven en wat de precieze inhoud van het advies is. DNB sluit niet uit dat [REDACTED] voorafgaand aan de activiteiten van de Stichting op bepaalde punten (juridisch) advies heeft ingewonnen, dit advies kan echter niet gelden als een deskundig advies nu niet blijkt dat advies is ingewonnen met betrekking tot de gehele financieringsconstructie. Ook is er geen reikwijdte vraag voorgelegd aan bijvoorbeeld DNB of aan de AFM. Tevens is geen specifiek advies gevraagd over de financieringsconstructie in het licht van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Derhalve kan de heer Van der Kooij geen geslaagd beroep doen op afwezigheid van alle schuld. De [REDACTED] heeft in een e-mail van 27 januari 2010 aan de heer Van der Kooij bevestigd dat de 'legal check' was gedaan en dat deze akkoord was. In zijn reactie op de e-mail heeft de heer Van der Kooij aangegeven dat het van belang is dat de legal check goed zit. Als jurist moet de heer Van der Kooij zich zeker bewust zijn geweest van de risico's indien geen goed juridisch advies is ingewonnen. Gezien het belang van gedegen juridisch advies had de heer Van der Kooij er niet zonder meer op mogen vertrouwen dat voldoende deskundig advies was ingewonnen. Het had in de rede

gelegen om bij de betreffende toezichthouder, in casu DNB navraag te doen of een vergunning was vereist.

Ten aanzien van het advies dat in juli 2011 door [REDACTED] is gegeven, zij het volgende opgemerkt. Dit advies richt zich enkel op het aantrekken van opvorderbare gelden. De gedraging wordt niet als geheel bekeken. De vraagstelling lijkt zich ook enkel te richten op het aantrekken van de gelden. Derhalve luidt de conclusie van [REDACTED]: *‘ervan uitgaande dat Mouzon Capital of de Stichting in het kader van deze aanbieding geen andere diensten zal verlenen geldt derhalve geen vergunningsplicht uit hoofde van de Wft’*. Omdat de Stichting niet alleen de gelden aantrekt maar deze vervolgens ook uitzet zou deze constructie als geheel moeten worden bekeken en met betrekking tot deze constructie zou juridisch advies moeten worden ingewonnen. Dit is echter naar het oordeel van DNB niet adequaat gebeurd.

Door niet op de hoogte te zijn van de geldende regelgeving en door hierover geen adequaat advies in te winnen heeft de heer Van der Kooij bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de Stichting een verboden gedraging zou begaan. De heer Van der Kooij wordt derhalve geacht opzettelijk de verboden gedraging te hebben bevorderd. Desondanks meent DNB gezien het voorgaande dat er reden bestaat om het basisbedrag van de bestuurlijke boete te matigen met 25% vanwege verminderde verwijtbaarheid.

22. Onder randnummer 11 van de schriftelijke zienswijze wordt opgemerkt dat de motivering met betrekking tot de wijze van handhaven onvoldoende is. Betoogd wordt dat DNB niet had moeten handhaven in formele zin. De voorgenomen boete is bovendien in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en met het subsidiariteitsbeginsel. Dit is onder meer het geval omdat de heer Van der Kooij zich altijd coöperatief en transparant heeft opgesteld. Bovendien moet rekening worden gehouden met de rol van [REDACTED].

DNB stelt in dit kader voorop dat artikel 2:11 van de Wft een markttoetredingsbepaling is. In het handhavingsbeleid van DNB en AFM wordt benadrukt dat bij overtreding van markttoetredingsbepalingen eerder handhavend wordt opgetreden dan bij onder toezicht staande instellingen. In beginsel wordt steeds overwogen (ook) tegen de feitelijk leidinggevers op te treden. Door zonder vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen heeft de Stichting zich aan het toezicht van DNB onttrokken. De overtreding is aangevangen op 18 februari 2010 en duurt tot op heden voort, of heeft in ieder geval tot en met 11 september 2012 voortgeduurd. DNB acht de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft een ernstige overtreding en naar de mening van DNB is sprake van een verwijtbare overtreding. DNB heeft rekening gehouden met de relevante omstandigheden van het geval bij de keuze voor het inzetten van een boete als handhavingsinstrument en is van oordeel dat in casu het opleggen van een bestuurlijke boete noodzakelijk is en zij hier in alle redelijkheid toe over kan gaan. Het feit dat de heer Van der Kooij heeft meegewerkt aan het onderzoek maakt dit gezien de medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb niet anders. De omstandigheid dat [REDACTED] tijdens de duur van de overtreding ook formeel bestuurder is geweest en een deel van de taken van de Stichting heeft uitgevoerd doet naar het oordeel van DNB niets af aan de overige feiten en omstandigheden in onderling verband

beschouwd op basis waarvan DNB van mening is dat de heer Van der Kooij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft begaan door de Stichting.

23. Onder randnummer 12 wordt aangevoerd dat het voornemen tot het opleggen van een boete in strijd wordt geacht met de evenredigheid vanwege het ontbreken van een indicatie over de hoogte van de boete. Het recht van hoor en wederhoor is geschonden nu de heer Van der Kooij zich niet kan uitlaten over de omvang van de voorgenomen boete.

Met betrekking tot hetgeen onder randnummer 12 wordt aangevoerd, merkt DNB het volgende op. DNB is niet reeds bij het boetevoornemen gehouden om aan te geven op welk bedrag zij voornemens is de boete vast te stellen. De zienswijze dient er immers mede toe dat DNB nadere financiële- en andere informatie kan verkrijgen van de overtreder die tot een afwijking van het basisbedrag kunnen nopen.

24. De schriftelijke zienswijze welke mondeling is toegelicht door heer Van der Kooij en zijn raadsman ████████ brengt DNB niet tot een ander oordeel. DNB blijft van mening dat de overtreding terecht is vastgesteld en dat het opleggen van een bestuurlijke boete noodzakelijk en gerechtvaardigd is.
25. Bij de hierboven beschreven ernstige overtreding die DNB verwijtbaar acht, zijn geen belangen betrokken die DNB ertoe bewegen af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete. Wel ziet DNB reden om tot matiging over te gaan. Dit zal nader worden uitgewerkt bij punt 27.

Bestuurlijke boete

26. Bij de vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete zal rekening worden gehouden met het navolgende. Voor voornoemde overtreding met categorie-indeling 3, geldt op grond van artikel 1:81 van de Wft en artikel 10 van het Bbbfs een basisbedrag van EUR 2.000.000,-. Bij bepaling van de hoogte van de bestuurlijke boete houdt DNB op grond van artikel 2 van het Bbbfs rekening met de ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. Het basisbedrag van de boete kan op basis hiervan verlaagd of verhoogd worden. Verder houdt DNB bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete rekening met de financiële draagkracht van de overtreder.
27. In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat het door de wetgever vastgestelde basisbedrag van de bestuurlijke boete van EUR 2.000.000,- evenredig is aan de ernst van de overtreding. Zoals reeds onder punt 10. van deze beschikking is overwogen is DNB van mening dat er sprake is van een ernstige overtreding die in ieder geval vanaf 18 februari 2010 tot en met heden of in ieder geval tot en met 11 september 2012 heeft voortgeduurd. Daarbij moet worden opgemerkt dat in de periode van 15 maart 2012 tot en met 11 september 2012 een deel van de gelden is terugbetaald aan de obligatiehouders. In totaal is er van 52 deelnemers die kwalificeren als anderen dan professionele marktpartijen een bedrag van EUR 1.020.000,- aangetrokken en dit bedrag is vervolgens doorgeleend aan Opera Living GmbH. Op 11 september 2012 is er volgens

de verklaring van de heer Van der Kooij een bedrag van EUR 1.500.000,- op een totale som van EUR 3.000.000,- uitgekeerd aan de obligatiehouders.

DNB ziet geen aanleiding om het basisbedrag op basis van de ernst en duur van de overtreding naar boven of naar beneden bij te stellen. Zoals reeds onder punt 21. van deze beschikking overwogen ziet DNB reden om de bestuurlijke boete met 25% te matigen op grond van de mate van verwijtbaarheid van de heer Van der Kooij. De bestuurlijke boete komt hiermee op EUR 1.500.000,-. Gezien de omvang van de aangetrokken gelden en de overige omstandigheden is DNB van mening dat in casu een boete ter hoogte van dit bedrag niet proportioneel is. Om tot een evenredige boete te komen gaat DNB derhalve over tot verdere matiging van het boetebedrag naar EUR 150.000,-.

Ongeacht de boetecategorie dient DNB op grond van artikel 4, eerste lid, Bbbfs na het vaststellen van de hoogte van het boetebedrag rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. Nu de heer Van der Kooij geen gegevens heeft verstrekt die inzage konden geven in zijn financiële draagkracht en DNB ook anderszins geen gegevens bekend zijn omtrent zijn financiële positie zal derhalve geen matiging op grond van zijn draagkracht plaatsvinden. DNB gaat er daarom toe over aan de heer Van der Kooij een bestuurlijke boete op te leggen van **EUR 150.000,-**.

Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [REDACTED] ten name van De Nederlandsche Bank NV, Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer: 1240974. Hierbij wordt opgemerkt dat de bestuurlijke boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente (momenteel 3%), welke wordt gerekend vanaf de dag waarop sedert de bekendmaking van het boetebesluit zes weken zijn verstreken.

Openbaarmaking bestuurlijke boete

28. In artikel 1:97, eerste lid, onder b, van de Wft is bepaald dat de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete na bekendmaking openbaar maakt, indien de bestuurlijke boete is opgelegd terzake een overtreding van een bepaling die in de algemene maatregel van bestuur op basis van artikel 1:81, eerste lid, van de Wft beboetbaar is gesteld met tariefnummer 3. In artikel 10 van het Bbbfs is voor artikel 2:11, eerste lid, van de Wft bepaald dat overtreding daarvan beboetbaar is volgens tariefnummer 3. Het uitgangspunt is derhalve dat het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete na bekendmaking door DNB openbaar wordt gemaakt. Ingevolge artikel 1:97, tweede lid, van de Wft geschiedt de openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon bekend is gemaakt.
29. Ingevolge artikel 1:97, vierde lid, van de Wft blijft de openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete achterwege indien de openbaarmaking daarvan in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door DNB uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. In artikel 1:24, eerste lid, van de Wft is bepaald dat prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de

- stabiliteit van de financiële sector. In het tweede lid van dit artikel is onder meer bepaald dat DNB, op grondslag van deze wet, tot taak heeft het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen.
30. DNB neemt in aanmerking dat zij een bestuurlijke boete oplegt aan de heer Van der Kooij vanwege het feitelijk leiding geven aan het overtreden door de Stichting van het verbod van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank. Het openbaar maken van deze informatie heeft normaliter niet tot gevolg dat de soliditeit van financiële ondernemingen dan wel de stabiliteit van de financiële sector in gevaar komt of zou kunnen komen, zodat de openbaarmaking ook geen strijd oplevert of zou kunnen opleveren met het doel van prudentieel toezicht. Dit kan anders zijn als sprake is van bijzondere omstandigheden. In dit geval zijn dergelijke feiten of omstandigheden echter niet bekend bij DNB. In de zienswijze zijn evenmin feiten en omstandigheden aangedragen die zouden maken dat openbaarmaking van de bestuurlijke boete strijd opleveren of zouden kunnen opleveren met het doel van prudentieel toezicht. Gelet hierop meent DNB dat openbaarmaking van de bestuurlijke boete niet in strijd is of zou kunnen zijn met het doel van het prudentieel toezicht.
 31. Verder wordt opgemerkt dat in artikel 1:98 van de Wft is bepaald dat DNB, onverminderd artikel 1:97 Wft een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge de Wft openbaar maakt, nadat het rechtens onaantastbaar is geworden, tenzij de openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door DNB uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft.
 32. De doelen van de openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97, eerste lid, van de Wft zijn het waarschuwen van het publiek, het verschaffen van inzicht in de handhavingspraktijk van de toezichthouders en de preventieve werking. Met inachtneming van deze doelen bepaalt DNB de wijze van openbaar maken. Het besluit wordt, samen met de in de bijlage opgenomen korte samenvatting, gepubliceerd op de website van DNB nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon bekend is gemaakt. Daarnaast wordt de boete gepubliceerd nadat het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete rechtens onaantastbaar is geworden, hetgeen betekent dat de mogelijkheden tot het indienen van bezwaar en beroep zijn uitgeput. De website vermeldt het besluit met de bijbehorende overwegingen, maar zal eventuele vertrouwelijke gegevens die daarin kunnen zijn opgenomen achterwege laten.

Tegen deze beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete en tot het openbaar maken van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking bezwaar worden gemaakt bij:

De Nederlandsche Bank NV
T.a.v. de Divisie Juridische zaken, afd. Toezicht en wetgeving
Postbus 98
1000 AB Amsterdam

Ingevolge artikel 1:85 van de Wft wordt met het instellen van bezwaar en beroep de verplichting tot betaling opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op dat beroep is beslist.

Ingevolge artikel 1:97, derde lid, van de Wft, wordt het besluit tot openbaarmaking opgeschort tot de uitspraak van de voorzieningenrechter, indien hangende het bezwaar wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Awb. Indien de heer Van der Kooij om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt DNB dit telefonisch mee te delen aan [REDACTED] of bij [REDACTED] afwezigheid aan [REDACTED] en dit schriftelijk te bevestigen.

Amsterdam, 9 november 2012
De Nederlandsche Bank NV

[REDACTED]
directeur

Bijlage: Tekst samenvatting bij publicatie boetebesluit

DNB legt een bestuurlijke boete op van EUR 150.000,- aan de heer A.S. van der Kooij, wegens feitelijk leidinggeven aan een overtreding door Stichting Vastgoedbelang Mouzon Capital Opera Living

Datum: .. november 2012

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft op 9 november 2012 een bestuurlijke boete van EUR 150.000,- opgelegd aan de heer A.S. van der Kooij, wonende te Bussum vanwege het feitelijk leidinggeven aan het zonder vergunning van DNB uitoefenen van het bedrijf van bank door Stichting Vastgoedbelang Mouzon Capital Opera Living (hierna: de Stichting), gevestigd te Amsterdam.

Overtreding

DNB heeft vastgesteld dat de Stichting vanaf 18 februari 2010 tot en met 7 oktober 2010 door middel van uitgifte van obligaties opvorderbare gelden heeft aangetrokken buiten besloten kring en van andere dan professionele marktpartijen. Vervolgens zijn die gelden over de periode van 18 februari 2010 tot en met 4 april 2011 voor eigen rekening van de Stichting uitgezet naar een vastgoed b.v. die in die periode niet tot hetzelfde concern behoorde als de Stichting. De Stichting is niet in het bezit en is ook niet in het bezig geweest van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank.

Gelet hierop stelt DNB vast dat de Stichting in de periode van 18 februari 2010 tot en met heden, in ieder geval tot en met 11 september 2012, artikel 2:11, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht heeft overtreden. Naar het oordeel van DNB heeft de heer A.S. van der Kooij feitelijk leiding gegeven aan deze overtreding.

Boetehoogte

Het basisbedrag voor overtreding van dit wetsartikel is EUR 2.000.000. Bij het bepalen van de hoogte van deze boete dient DNB in haar overwegingen rekening te houden met de ernst en duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid, de feiten en de bijzondere omstandigheden van het geval en de draagkracht van de heer A.S. van der Kooij.

Lees hier het volledige boetebesluit

Voor nadere informatie kan contact worden opgenomen met de Informatiedesk van DNB: 0800 - 020 1068 (gratis).