

Beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht aan mevrouw E. Heymans

Gelet op de artikelen 1:1, 2:11, 3:2, 1:80 tot en met 1:85, 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, 5:1, derde lid, 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 mevrouw E. Heymans (hierna: mevrouw Heymans), wonende te Hamont (België) aan de \_\_\_\_\_ een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80 van de Wft. Deze bestuurlijke boete wordt aan de mevrouw Heymans opgelegd vanwege het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast Asia Retail Bonds B.V. (hierna: ECC Southeast).

De bestuurlijke boete bedraagt **EUR 100.000,-**.

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 \_\_\_\_\_ ten name van De Nederlandsche Bank NV, Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer:

- B) DNB gaat conform artikel 1:97 van de Wft over tot het openbaar maken van dit besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan mevrouw Heymans samen met de in de bijlage opgenomen korte samenvatting. Het besluit en de korte samenvatting zullen op de website van DNB worden openbaargemaakt nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop dit besluit aan mevrouw Heymans bekend is gemaakt.

Aan dit besluit liggen de navolgende overwegingen ten grondslag.

#### **Wettelijk kader**

1. Artikel 2:11 van de Wft  
Op grond van artikel 2:11 van de Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door DNB verleende vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen. In het tweede lid van dit artikel is vervolgens bepaald dat het eerste lid niet van toepassing is op degene die gelden ter beschikking verkrijgt als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft.

Onder 'bank' wordt volgens de definitie in artikel 1:1 van de Wft het volgende 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;"

De in de definitie van 'bank' gehanteerde begrippen worden in artikel 1:1 van de Wft 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 3:2 van de Wft

Hierin is het volgende opgenomen:

- '1. Het in dit deel bepaalde met betrekking tot het uitoefenen van het bedrijf van bank is niet van toepassing op het, zonder een door de Nederlandsche Bank of door een toezichthoudende instantie van een andere lidstaat verleende vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank, buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen als gevolg van het aanbieden van effecten in overeenstemming met het ingevolge hoofdstuk 5.1 bepaalde, voor zover degene die de gelden ter beschikking verkrijgt zorg draagt voor:
- a. een onvoorwaardelijke garantie voor alle verplichtingen ontstaan door het ter beschikking verkrijgen van die gelden, welke onvoorwaardelijke garantie is afgegeven door een onderneming met een geconsolideerd eigen vermogen dat gedurende de gehele looptijd van de garantie positief is, van welke onderneming degene die de gelden ter beschikking verkrijgt dochtermaatschappij is;

- b. een overeenkomst, aangegaan met een onderneming waarvan degene die de gelden ter beschikking verkrijgt dochtermaatschappij is en die een geconsolideerd eigen vermogen heeft dat gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst positief is, op grond van welke overeenkomst de onvoorwaardelijke verplichting bestaat voor die onderneming om degene die de gelden ter beschikking verkrijgt steeds van voldoende fondsen te voorzien om aan zijn verplichtingen te voldoen; of  
een garantstelling voor alle verplichtingen ontstaan door het ter beschikking verkrijgen van die gelden die is verstrekt door:
  - 1°. een bank die een door de Nederlandsche Bank of een toezichthoudende instantie in een andere lidstaat verleende vergunning heeft; of
  - 2°. een bank met zetel in een door Onze Minister aan te wijzen staat die geen lidstaat is waar toezicht op het uitoefenen van het bedrijf van bank wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die dit deel beoogt te beschermen.
2. Het eerste lid is slechts van toepassing voor zover degene die de gelden ter beschikking verkrijgt, deze voor ten minste 95 procent van zijn balanstotaal als krediet uitzet binnen het concern waartoe hij behoort. Onder een concern wordt verstaan de gezamenlijkheid van een rechtspersoon en haar dochtermaatschappij.
3. De Nederlandsche Bank kan op aanvraag geheel of gedeeltelijk, al dan niet voor bepaalde tijd, ontheffing verlenen van dit artikel, indien de aanvrager aantoont dat daaraan redelijkerwijs niet kan worden voldaan en dat de doeleinden die dit artikel beoogt te bereiken anderszins worden bereikt.

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

'Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: 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 te samen.

## Onderzoek DNB

*Aanleiding en verloop van het onderzoek*

2. Op 24 november 2011 heeft de Stichting Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) aan DNB informatie overgedragen over ECC Southeast. Daaruit bleek dat ECC Southeast gelden aantrekt van het publiek door obligaties uit te geven en dat zij gelden uitleent aan een andere entiteit, genaamd ECC Chiang Mai Project 1 Limited (een rechtspersoon naar

Thais recht, opgericht op 18 januari 2008) (hierna: ECC Chiang Mai). ECC Chiang Mai investeert deze gelden in een Thais vastgoedproject: het Chiang Mai Promenada project.

Mede op basis van de informatie van de AFM en de informatie op de website [www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com) (geraadpleegd op 7 mei 2012) is bij DNB het vermoeden ontstaan dat ECC Southeast in strijd handelt met het in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft opgenomen verbod. Door DNB is vervolgens een onderzoek gestart naar de vermoedelijke overtreding door ECC Southeast van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Op 13 juni 2012 heeft DNB aan ECC Southeast een informatieverzoek gestuurd waarbij zij het vermoeden heeft geuit dat ECC Southeast artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtreedt. In het kader van het onderzoek heeft DNB onder andere bij brief van 9 juli 2012 aanvullende informatie van ECC Southeast ontvangen.

Bij brief van 6 september 2012 heeft DNB alle bestuurders – dit zijn de heren Kwant en Van Lieburg en mevrouw Heymans – van ECC Investment Management B.V. (hierna: ECC IM), die op haar beurt enig bestuurder is van ECC Southeast, uitgenodigd voor een gesprek. Daarbij heeft DNB aangegeven dat zij voornemens is ook onderzoek te doen naar de betrokkenheid van de bestuurders en/of feitelijk leidinggevenden bij de vermoedelijke overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast.

Op 24 september 2012 en 12 oktober 2012 heeft DNB ten kantore van DNB gesproken met twee van de drie bestuurders van ECC IM, de heer Kwant respectievelijk de heer Van Lieburg.

ECC Southeast heeft op vrijdagmiddag 26 oktober 2012 aan DNB ter informatie een exemplaar van het prospectus "ECC Southeast Asia Retail Bonds B.V. Emissie V" toegezonden en hierbij laten weten dat zij voornemens is deze emissie per 1 november 2012 open te stellen. Daarnaast werd op de website van ECC Southeast melding gemaakt van Emissie IV, die eveneens zou worden opengesteld per 1 november 2012. Op 26 oktober 2012 heeft DNB telefonisch contact gezocht met de heer Van Lieburg en hem vragen gesteld over dit tot dan toe voor DNB onbekende voornemen tot het aantrekken van nieuwe gelden. Tijdens dit telefoongesprek heeft de heer Van Lieburg bevestigd dat ECC Southeast voornemens was zowel Emissie IV als V op donderdag 1 november 2012 open te stellen.

Daarop is op 29 oktober 2012 een onderzoek ter plaatse uitgevoerd door toezichthouders van DNB ten kantore van ECC Southeast te Eindhoven. Tijdens dit onderzoek is eveneens door ECC Southeast bevestigd dat zij voornemens is de emissies IV en V per 1 november 2012 open te stellen.

Bij brief van 29 oktober 2012 heeft DNB ECC Southeast bericht dat zij heeft vastgesteld dat (i) ECC Southeast in ieder geval in de periode van 26 mei tot en met 27 januari 2012 uit hoofde van emissie III (a en b) in totaal 328 obligatieovereenkomsten met anderen dan professionele marktpartijen heeft afgesloten voor een totaalbedrag van EUR 2.600.000,-, (ii) in ieder geval in de periode 16 juni 2011 tot en met 29 juli 2011 door ECC Southeast

vijf kredietuitzettingen hebben plaatsgevonden naar ECC Chiang Mai voor een totaalbedrag van EUR 1.930.862,20 (THB 81.667.112), (iii) DNB van oordeel is dat ECC Southeast in ieder geval in de periode vanaf 16 juni 2011 tot 29 oktober 2012 kwalificeert als bank zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wft.

Vanwege de vaststelling van de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft en de voorgenomen openstelling van de emissies IV en V per 1 november 2012 waarbij (opnieuw) gelden zouden worden aangetrokken van het publiek, heeft DNB

Tegen beide besluiten heeft ECC Southeast bezwaar gemaakt en de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht om voorlopige voorzieningen te treffen tegen de uitvoering van beide besluiten. In deze procedures heeft ECC Southeast ook het bestaan van de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft betwist. Deze procedures hebben geleid tot verschillende uitspraken van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam. In genoemde uitspraken heeft de voorzieningenrechter – voor zover relevant – overwogen dat DNB terecht tot het oordeel is gekomen dat ECC Southeast handelt in strijd met artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

Op 6 december 2012 heeft DNB dagafschriften van ECC Southeast ontvangen waaruit volgt dat de aangetrokken gelden uit hoofde van emissie IV op 19 november 2012 zijn terugbetaald aan de inleggers.

Op 21 februari 2013 heeft DNB een brief met bijlagen ontvangen waaruit volgt dat de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast op 16 februari 2013 is beëindigd door terugbetaling door ECC Chiang Mai aan ECC Southeast van de leningen die deze heeft verstrekt.

*Resultaten van het onderzoek*

3. Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, de openbare registers inzake de Wft bij DNB, de ontvangen gegevens van de AFM, de website [www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com), de verklaringen van de bestuurders van ECC IM en de door ECC Southeast verstrekte gegevens en bescheiden is in ieder geval het volgende gebleken:

- ECC Southeast is opgericht op 15 juli 2010 en gevestigd op de Augustijnendreef 2 te Eindhoven. ECC IM is sinds de oprichting tot heden bestuurder en enig aandeelhouder van ECC Southeast.
  - De activiteiten van ECC Southeast hebben tot in ieder geval 16 februari 2013 bestaan uit:
    - Het aangaan, beheren c.q. uitvoeren van de afgesloten obligatieleningen;
    - Het (indirect) beleggen van vermogen in onroerende zaken gelegen in Thailand;
    - Het aangaan, beheren c.q. uitvoeren van aan ECC Chiang Mai verstrekte geldleningen.
  - Bestuurders van ECC IM zijn de heer Kwant, mevrouw Heymans en de heer Van Lieburg. Uiteindelijk aandeelhouder van ECC IM, en derhalve ECC Southeast, is ECCIP Holding B.V. met als bestuurder de heer Kwant. ECC IM is 100% dochter van ECC Invest Holding B.V. die op haar beurt 100 % dochter is van ECCIP Holding B.V..
  - ECCIP Holding B.V., houdt indirect via ECC International Projects B.V. en Promenada Chiang Mai Ltd, ca. 58,28% aandelen in ECC Chiang Mai. ECC Southeast houdt een belang in ECC Chiang Mai van 5,14% (direct) en 5,3105% (indirect via Promenada CNX Invest II B.V. en Promenada CNX Invest B.V.).
  - ECC Southeast heeft vanaf 12 augustus 2010 vijf emissies uitgegeven (emissies I tot en met V) waarbij onder andere de volgende obligaties zijn aangeboden:
    - van EUR 75.000,- per stuk bij emissie I
    - van EUR 15.000,- en EUR 25.000,- per stuk bij emissie II
    - van EUR 5.000,-, EUR 25.000 en EUR 50.000,- per stuk bij emissie III
    - van EUR 5.000,- per stuk met een minimale deelname van EUR 10.000,- bij emissie IV. (bij de uitgifte van emissie IV was het prospectus nog niet gereed)
    - van EUR 50.000,- bij emissie V.
- In totaal zijn onder emissies I tot en met V 750 obligatieovereenkomsten gesloten voor een totaalbedrag van EUR 14.775.000,- met zowel professionele als niet-professionele marktpartijen. Genoemde emissies zijn blijkens de (concept) prospectussen en website [www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com) uitgegeven met het oog op het financieren van een vastgoedproject (winkelcentrum) in Thailand. Dit project is ondergebracht in ECC Chiang Mai.
- ECC Southeast heeft in ieder geval vanaf 25 januari 2011 uit hoofde van emissies II tot en met IV in totaal met 247 niet professionele beleggers obligatieovereenkomsten gesloten voor in totaal een bedrag van tenminste EUR 4.990.000,00 en ECC Southeast heeft deze bedragen ook daadwerkelijk ontvangen. Ten aanzien van deze 247 deelnemers geldt dat zij voor de eerste vordering (in geval meerdere malen is deelgenomen aan een emissie van ECC Southeast) die is ontstaan op ECC Southeast nooit meer dan EUR 50.000,- ineens hebben betaald.
  - Met betrekking tot de obligaties onder emissies II en III geldt dat ECC Southeast een terugbetalingsverplichting heeft van het nominale bedrag, waarbij de looptijd volgens ECC Southeast 3 jaar is, en aan obligatiehouders een vaste rentevergoeding variërend van 7% tot 11% per jaar is verschuldigd. Deze ingelegde gelden zijn tot heden, althans ten tijde van het opmaken van het rapport van 26 november 2013, nog niet terugbetaald aan de obligatiehouders.
  - Uit de website "eccinvest.com", door DNB geraadpleegd op 27 oktober 2012 en 30 oktober 2012, is gebleken dat ECC Southeast van plan was een emissie IV (obligaties van EUR 5.000,-, minimale deelname EUR 10.000,-) uit te geven. Hierbij werd de

mogelijkheid geboden om via de website per direct (vrijblijvend) obligaties uit hoofde van emissie IV te reserveren.

- Tijdens het door DNB met de heer Van Lieburg gevoerde telefoongesprek op 26 oktober 2012 is door ECC Southeast aangegeven dat zij voornemens is om emissie IV met ingang van 1 november 2012 open te stellen. Dit laatste is eveneens door ECC Southeast bevestigd tijdens het onderzoek van DNB ten kantore ECC Southeast dat op 29 oktober 2012 heeft plaatsgevonden. Tijdens dat onderzoek ter plaatse bleek ook dat het prospectus met betrekking tot emissie IV nog niet gereed was. Desondanks blijkt dat in periode vanaf 17 oktober 2012 tot en met 31 oktober 2012 in totaal EUR 295.000,- door ECC Southeast is ontvangen in het kader van emissie IV. Deze gelden zijn op 19 november 2012 door ECC Southeast weer terugbetaald aan de betrokken inleggers.
- Zoals onder andere volgt uit het prospectus voor emissie III is een substantieel deel van de gelden aangetrokken met het oogmerk deze door te lenen aan ECC Chiang Mai. ECC Southeast heeft, hetgeen ook uit de bankafschriften blijkt, in ieder geval in de periode van 16 juni 2011 tot en met 29 juli 2011 een totaalbedrag van EUR 1.930.862,20 (THB 81.667.112,-) als krediet uitgezet bij ECC Chiang Mai:

• 16 juni 2011	• EUR 395.673,23
• 28 juni 2011	• EUR 344.200,67
• 05 juli 2011	• EUR 473.260,55
• 19 juli 2011	• EUR 179.239,13
• 29 juli 2011	• EUR 538.488,66

- De door ECC Southeast verstrekte geldleningen (krachtens zogenaamde 'shareholder loan agreements' die zijn ondertekend door de heer Kwant op 10 juni 2011 en 20 juli 2011) hebben alle een rente van 5% op jaarbasis en zijn eerst op 15 en 16 februari 2013 terugbetaald aan ECC Southeast.
- ECC Southeast is niet in bezit en ook niet in het bezit is geweest van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen van het bedrijf van bank als bedoeld in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.
- Uit door ECC Southeast verstrekte stukken volgt dat de totale omvang van de door ECC Southeast aangetrokken gelden van niet-professionele marktpartijen in de periode van 25 januari 2011 tot heden, althans tenminste tot 16 februari 2013\* het volgende verloop heeft gekend:

Verloop aangetrokken gelden		Van	tot
TOTAAL EMISSIES II & III	€ 4.990.000,00	25-01-11	17-10-12
TOTAAL EMISSIES II,III,IV	€ 5.285.000,00	17-10-12	19-11-12
TOTAAL EMISSIES II & III	€ 4.990.000,00	19-11-12	Heden*

### **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 voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen.'

In het navolgende zullen de verschillende bestanddelen van 'bank' afgezet tegen de activiteiten van ECC Southeast 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).

Blijkens de door ECC Southeast overgelegde informatie zijn de obligatieovereenkomsten gesloten met verschillende partijen, veelal natuurlijke personen. Voorts blijkt uit de aanbiedingen op de website [www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com) en de prospectussen voor de verschillende emissies dat de mogelijkheid tot het aankopen van obligaties open stond voor een ieder. Van een nauwkeurig omschreven kring van partijen als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft waarmee ECC Southeast leenovereenkomsten heeft gesloten is dan ook geen sprake. ECC Southeast heeft dit overigens ook niet gesteld en DNB is hiervan ook overigens niets gebleken.

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.

Voor wat betreft het hierboven onder sub c. genoemde bestanddeel is het volgende van belang. Uit artikel 3, tweede lid, van het Besluit definitiebepalingen Wft geldend in de periode van 15 december 2006 tot 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 € 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 € 50.000 ineens". (na 1 januari 2012 is het bedrag van € 50.000,- verhoogd tot € 100.000,-)

Het bovenstaande komt er op neer dat van een 'professionele marktpartij' onder meer kan worden gesproken, indien de (eerste) inleg en de daadwerkelijke storting ineens ten minste EUR 50.000,- (van 15 december 2006 tot 1 januari 2012) bedragen. Met ingang van 1 januari 2012 dient blijkens de geldende bepaling sprake te zijn van een inleg en daadwerkelijke storting ineens van ten minste EUR 100.000,-. Op overeenkomsten betreffende het aantrekken, het ter beschikking verkrijgen of het ter beschikking hebben van opvorderbare gelden die zijn aangegaan voor 1 januari 2012 blijft het tweede lid, zoals dat onmiddellijk voorafgaand aan dat tijdstip luidde, van toepassing.

Uit door ECC Southeast ontvangen informatie, blijkt dat ECC Southeast in ieder geval in de periode van 25 januari 2011 tot en met 31 oktober 2012 uit hoofde van emissies II tot en met IV met 247 niet professionele marktpartijen obligatieovereenkomsten heeft gesloten voor in totaal een bedrag van tenminste EUR 4.990.000,- en ECC Southeast deze bedragen ook daadwerkelijk heeft ontvangen. Ten aanzien van deze inleggers geldt dat zij voor de eerste vordering (in geval meerdere malen is ingelegd voor een obligatie) die is ontstaan op ECC Southeast nooit meer dan EUR 50.000,- ineens hebben betaald (en na 1 januari 2012 aangegane obligatieovereenkomsten met een inleg en storting ineens van minder dan EUR 100.000,-) welke overeenkomsten zijn aangegaan met (rechts)personen niet zijnde gekwalificeerde beleggers of een dochteronderneming van een gekwalificeerde belegger die wordt betrokken in het toezicht op geconsolideerde basis op de gekwalificeerde belegger, althans dit is DNB niet gebleken. De voornoemde overeenkomsten zijn evenmin gesloten met andere bij algemene maatregel van bestuur als professionele marktpartij aangewezen personen of vennootschappen, althans dit is DNB evenmin gebleken.

Gelet hierop kwalificeren tenminste 247 inleggers van emissies van II tot en met IV niet als professionele marktpartijen in de zin van artikel 1:1 van de Wft. Hieruit volgt dat ECC Southeast gelden ter beschikking heeft (verkregen) van anderen dan professionele marktpartijen als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft.

*c. ter beschikking krijgen 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 van ECC Southeast ontvangen informatie c.q. gegevens en bescheiden blijkt dat ECC Southeast in ieder geval in de periode van 25 januari 2011 tot en met 31 oktober 2012 uit hoofde van emissies II tot en met IV met 247 niet professionele marktpartijen obligatieovereenkomsten heeft afgesloten voor een totaal bedrag van tenminste EUR 4.990.000,-. Met betrekking tot emissies II en III geldt dat ECC Southeast een terugbetalingsverplichting heeft van het nominale bedrag aan de obligatiehouders, waarbij de looptijd (naar verwachting van ECC Southeast) 3 jaar is, en aan hen een vaste rentevergoeding variërend van 7% tot 11% per jaar is verschuldigd. Deze ingelegde gelden met betrekking tot emissies II en III zijn tot heden, althans tot het opmaken van het rapport op 26 november 2013, nog niet terugbetaald aan de obligatiehouders. De onder emissie IV ingelegde gelden zijn op 19 november 2012 aan de inleggers terugbetaald.

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*

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat onder 'kredietuitzettingen' wordt 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. Indien aan het tegoed een meer dan verwaarloosbare rentevergoeding is gekoppeld kan daarin een aanwijzing worden gevonden voor het streven naar op geld waardeerbare voordelen, aldus de wetgever. Daarbij is 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. Een rechtspersoon of natuurlijke persoon die zijn winst uiteindelijk als dividend aan anderen ten goede laat komen, handelt in beginsel met een winst oogmerk en dus voor eigen rekening. (*Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 169*)

Uit de van ECC Southeast ontvangen informatie c.q. gegevens en bescheiden blijkt dat door ECC Southeast in ieder geval in de periode van 16 juni 2011 tot en met 29 juli 2011 vijf kredietuitzettingen hebben plaatsgevonden naar ECC Chiang Mai voor een totaalbedrag van EUR 1.930.862,20 (THB 81.667.112,-). De door ECC Southeast

uitgezette leningen hebben alle een rente van 5% op jaarbasis. Zoals ECC Southeast bij brief van 21 februari 2013 heeft aangegeven zijn deze leningen eerst op 15 en 16 februari 2013 door ECC Chiang Mai terugbetaald aan ECC Southeast.

Uit de door ECC Southeast overgelegde stukken en bescheiden, en in het bijzonder het prospectus bij emissie III en de 'shareholder loan agreements', volgt dat ECC Chiang Mai zich verbindt tot nakoming van de geldleningsovereenkomsten zonder dat derden garant staan voor het financiële risico dat ECC Southeast loopt op de kredietuitzettingen. Zo is in het prospectus opgenomen dat "het Fonds (ECC) [...] de verplichtingen van de obligatieleningen draagt en dient te zorgen voor de rentebetaling en aflossing aan de obligatiehouders." (p. 28 van het Prospectus van emissie III). Dat betekent dat alleen ECC Southeast zelf verplichtingen heeft jegens de obligatiehouders en met de door haar uitgezette leningen ook een financieel risico loopt. Verder ontvangt ECC Southeast voor de kredietuitzettingen een substantiële – en daarmee meer dan verwaarloosbare – rente van 5% op jaarbasis. DNB concludeert dat ECC Southeast daarmee gelden heeft uitgezet met het doel om op geld waardeerbare voordelen te verkrijgen. Het feit dat ECC Southeast zelf een rente van 7% tot 11 % vergoedt aan haar obligatiehouders doet niet af aan het winst gerelateerde karakter van de rentevergoeding van 5%.

Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van DNB sprake van 'het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen' in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

*e. bedrijf maken van*

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat aan de voorwaarde 'bedrijf maken van' is voldaan indien (i) de bedoelde activiteit zelfstandig identificeerbaar is en (ii) niet uitsluitend dient ter ondersteuning van de hoofdactiviteiten. Er is volgens de wetgever in ieder geval sprake van 'bedrijf maken van' in de definitie van bank wanneer door de onderneming geregeld en stelselmatig opvorderbare gelden ter beschikking worden verkregen. (*Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 168-169, Kamerstukken II 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 229*).

ECC Southeast heeft in de periode vanaf 25 januari 2011 reeds uit hoofde van emissies II tot en met IV met 247 niet-professionele marktpartijen obligatieovereenkomsten gesloten voor een totaal bedrag van tenminste EUR 4.990.000,-. Gelet op de omvang en de regelmaat van de activiteiten, de duur, de omvang van de transactiestromen en het aantal inleggers, concludeert DNB dat sprake is van geregeld en stelselmatig ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden en derhalve van bedrijfsmatig handelen.

Op grond van de hiervoor genoemde feiten is naar het oordeel van DNB bovendien sprake van een zelfstandig identificeerbare activiteit. Het aantrekken van opvorderbare gelden en het vervolgens uitzetten daarvan vormden de feitelijke hoofdactiviteit van ECC Southeast. Zoals door haar bestuurders is verklaard bestaan de activiteiten van ECC Southeast uit het "beheren c.q. uitvoeren van de afgesloten obligatieleningen, het beleggen van vermogen in onroerende zaken in Thailand en het beheren c.q. uitvoeren van de aan ECC Chiang Mai verstrekte geldlening". ECC Southeast is blijkens haar

activiteiten geen holdingmaatschappij. Die rol wordt vervuld door ECCIP Holding B.V., waarvan ECC Chiang Mai een van de werkmaatschappijen is. ECC Southeast is later opgericht en fungeert blijkens de activiteiten die zij uitvoert als een financieringsmaatschappij waarbij gelden worden aangetrokken via het aanbieden van effecten en het vervolgens uitzetten of anderszins investeren van de verkregen gelden in ECC Chiang Mai. Dat ECC Southeast de gelden alleen uitzet naar ECC Chiang Mai, is in dit verband niet relevant (vgl. Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436, rov. 4.6).

Voor de kwalificatie van 'bedrijf maken van' is evenmin relevant dat ECC Southeast een atypische financieringsstructuur hanteert waarbij zij meer rente betaalt aan de obligatiehouders dan zij zelf verkrijgt op de door haar verstrekte leningen aan ECC Chiang Mai. Voor de vraag of de activiteiten van een onderneming als 'bedrijfsmatig' moet worden gekwalificeerd, is immers niet maatgevend of de activiteiten worden uitgeoefend met een winstoogmerk, nog daargelaten dat de rentevergoeding van 5% op de kredietuitzettingen aan ECC Chiang Mai onmiskenbaar een winst gerelateerd karakter heeft. (*Kamerstukken II*, 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 229)

Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van DNB sprake van 'het bedrijf maken van' in de zin van artikel 1:1 van de Wft.

#### *Conclusie*

Gezien het bovenstaande is DNB van oordeel dat ECC Southeast in de periode vanaf in ieder geval 16 juni 2011 tot 16 februari 2013 kwalificeert als bank, zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wft.

#### **Overtreding artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast**

5. Uit hoofde van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is het – voor zover relevant – een ieder met een 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 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, waarbij vooral het aantal obligatieovereenkomsten en uitzettingen en de omvang van de transactiestromen in ogenschouw worden genomen. ECC Southeast is gevestigd c.q. heeft haar zetel op de Augustijnendreef 2 te Eindhoven en daarmee in Nederland. Op grond van de hiervoor genoemde feiten heeft DNB vastgesteld dat ECC Southeast in ieder geval vanaf 16 juni 2011 tot en met 16 februari 2013 het bedrijf van bank als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft heeft uitgeoefend. ECC Southeast beschikte hierbij niet over de vereiste vergunning en was ook niet op grond van artikel 2:11, tweede lid, van de Wft uitgezonderd van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, althans is DNB hiervan niet gebleken. Voor zover de activiteiten van ECC Southeast vergelijkbaar zouden zijn met de activiteiten van een concernfinancieringsmaatschappij –

hetgeen DNB overigens niet is gebleken – voldoet ECC Southeast op geen enkele manier aan de voorwaarden voor een uitzondering op de vergunningplicht zoals neergelegd in artikel 3:2 van de Wft. Van een onvoorwaardelijke garantie, een instandhoudingsovereenkomst of een bankgarantie als bedoeld in artikel 3:2, eerste lid, van de Wft is DNB niet gebleken. Door ECC Southeast is daar ook geen beroep op gedaan. Gelet hierop stelt DNB vast dat ECC Southeast in de periode van 16 juni 2011 tot en met 16 februari 2013 artikel 2:11, eerste lid, van de Wft heeft overtreden.

#### **Feitelijk leidinggeven aan de overtreding**

6. DNB is van oordeel dat u in ieder geval vanaf 16 juni 2011 tot 16 februari 2013 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast. Dit wordt hieronder toegelicht.

Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 5:1, derde lid, van de Wft jo. artikel 51, tweede lid, Sr in combinatie met de jurisprudentie<sup>1</sup>, 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 u:

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

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

#### **Ad a.**

Uit gegevens en bescheiden die DNB tijdens het onderzoek naar de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast heeft verkregen, uw eigen

<sup>1</sup> HR 19 november 1985, NJ 1986, 125/126 (Slavenburg I) en HR 16 december 1986, NJ 1987, 321/322 (Slavenburg II). Deze toetsingscriteria zijn bevestigd bij uitspraken van o.a. HR 21 januari 1992, NJ 1992, 414, HR 1 juni 1993, NJ 1994, 53 en HR 8 juni 1999, NJ 1999, 579. Ook de rechtbank Rotterdam gaat uit van deze toetsingscriteria: Rb. Rotterdam 27 september 2012, LJN BX8528; Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:272; Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436.

verklaring en de verklaringen van uw medebestuurders (de heer Kwant en de heer Van Lieburg) is gebleken dat u op de hoogte was van de gedragingen van ECC Southeast die leiden tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, althans bewust de aanmerkelijke kans hiertoe heeft aanvaard. De feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, zoals uitvoerig beschreven in onderdeel II van het rapport van 26 november 2013 als bedoeld in artikel 5:48 juncto 5:53 Awb liggen aan deze vaststelling ten grondslag. Deze feiten en omstandigheden zijn de volgende:

- Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is gebleken dat u sinds 1 augustus 2010 bestuurder bent van ECC IM en met één van de andere bestuurders gezamenlijk bevoegd bent de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Verder is gebleken dat u samen met de heer Van Lieburg verantwoordelijk bent voor de dagelijkse gang van zaken binnen ECC IM en ECC Southeast vanuit het kantoor in Nederland.
- U bent daarnaast bestuurder, althans bestuurder geweest, van ECC Chiang Mai en u bezit een aandeel van 10% in ECCIP Holding B.V..
- ECC IM is sinds de oprichting van ECC Southeast tot heden bestuurder van ECC Southeast en verricht blijkens de prospectussen (van emissies I tot en met III), de concepten en de definitieve management- en beheerovereenkomst van 11 juli 2011 de volgende werkzaamheden: het managen van de zaken van ECC Southeast, het optreden als bestuurder van ECC Southeast en alle verdere daarmee verbandhoudende of daaraan bevorderlijke werkzaamheden.
- De taken en activiteiten van ECC Southeast bestonden tot in ieder geval 16 februari 2013 uit (i) het aangaan, beheren c.q. uitvoeren van de afgesloten obligatieleningen, (ii) het (indirect) beleggen van vermogen in onroerende zaken gelegen in Thailand en (iii) het aangaan, beheren c.q. uitvoeren van aan ECC Chiang Mai verstrekte geldleningen.
- In de beantwoording van het informatieverzoek van DNB van 13 juni 2012 is door ECC Southeast bij brief van 10 juli 2012 aangegeven dat u vanaf de oprichtingsdatum van ECC Southeast tezamen met de heren Kwant en Van Lieburg leiding heeft gegeven aan ECC Southeast.
- Het initiatief tot het uitgeven van obligaties aan niet professionele marktpartijen inzake emissies II tot en met IV is mede door u genomen. In de brief van 10 juli 2012 heeft ECC Southeast over emissie I en II het volgende verklaard: *"Het Initiatief is genomen door de directie van ECC SARB [ECC Southeast, opm. DNB] in samenspraak met de CFO. De directie wordt gevormd door Tjeert Kwant (CEO), Esther Heymans en Martin van Lieburg (CFO)."* Verder is in de prospectussen van emissies I tot en met III het volgende aangegeven: *"ECC Investment Management B.V. is als initiatiefnemer verantwoordelijk voor de inhoud en samenstelling van dit Prospectus."*
- Het initiatief om gelden te lenen aan ECC Chiang Mai is eveneens mede door u genomen. In de brief van 10 juli 2012 heeft ECC Southeast hierover het volgende verklaard: *"De structurering van de financiering van het project in Chiang Mai is in een eerder stadium genomen door de directie van ECC SARB [ECC Southeast, opm. DNB] op grond van adviezen van externe adviseurs."*
- U was als (indirect) bestuurder van ECC Southeast tezamen met uw medebestuurders verantwoordelijk voor de inhoud en de samenstelling van de prospectussen voor emissies I tot en met III en de daarbij gevoegde documenten. In de brief van 10 juli

2012 heeft ECC Southeast over de prospectussen voor emissie I en II het volgende verklaard: *"Het prospectus is door derden, in opdracht van bovengenoemden [de heer Kwant, de heer Van Lieburg en mevrouw Heymans, opm. DNB] opgesteld."* Verder wordt in de prospectussen met betrekking tot emissies I, II en III door de beheerder ECC IM met betrekking tot de inhoud van de prospectus onder andere het volgende verklaard: *"ECC Investment Management B.V. is als initiatiefnemer verantwoordelijk voor de inhoud en samenstelling van dit Prospectus."*

- Daarnaast was u ook op de hoogte van het aantrekken van gelden via emissie IV en heeft u daaraan uw goedkeuring gegeven. U heeft in het gesprek op 8 januari 2013 met de toezichthouders bevestigd dat de plannen om emissie IV uit te geven ook aan het bestuur van ECC Southeast, waar u onderdeel van uitmaakt, zijn voorgelegd. U heeft hierover het volgende verklaard: *"Ja, die is ook voorbij gekomen. De hoofdpunten, de structuur, de coupon grootte, rendement en de totale hoofdsom van de emissie."* Volgens u is dit in oktober 2012 gebeurd, net voor het moment dat de een aantal kernpunten van emissie IV op de website is geplaatst.
- In het gesprek met de toezichthouder op 8 januari 2013 heeft u verklaard dat u verantwoordelijk was voor de (inhoud van de) website van ECC Southeast ([www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com)) waarop de prospectussen en overige informatie met betrekking tot de uitgifte van de emissies op werden gepubliceerd. Daarbij heeft u ook kennis genomen van de informatie die van de andere bestuurders afkomstig is en die op de website wordt geplaatst. U heeft in ieder geval de informatie met betrekking tot de uitgifte van de emissie IV op de website geplaatst.
- Uit het voorgaande volgt dat u, tezamen met uw medebestuurders, betrokken bent geweest bij en zeggenschap had over de keuze voor de uiteindelijke investeringsstructuur van ECC Southeast en de uitvoering daarvan. U heeft aan deze investeringsstructuur actief bijgedragen vanuit het kantoor in Nederland waarbij gelden werden verkregen van niet-professionele marktpartijen door ECC Southeast en die gelden vervolgens werden doorgeleend aan ECC Chiang Mai op grond van een tweetal shareholder loan agreements.
- Ten overvloede wijst DNB er nog op dat u niet alleen op de hoogte was van de gedragingen die leiden tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft maar dat u vóór het verkrijgen van gelden van niet-professionele marktpartijen en vóór het verstrekken van de geldleningen aan ECC Chiang Mai ook op de hoogte was van de toepasselijke verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft en de uitzondering daarop van artikel 3:2 van de Wft, althans had u hiervan op de hoogte moeten zijn als één van de bestuurders van ECC Southeast en daarmee mede verantwoordelijke voor de inhoud en samenstelling van de prospectussen. Dit blijkt onder meer uit de concept management- en beheersovereenkomst van 22 juli 2010 die is bijgevoegd bij het prospectus van emissie I waarin een garantiebepaling als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft met betrekking tot de uitzondering op artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is opgenomen en de concept management- en beheersovereenkomst van 23 december 2010 die is bijgevoegd bij het prospectus van emissie II waarin eveneens naar artikel 3:2 van de Wft wordt verwezen. In de definitieve management- en beheersovereenkomst van 11 juli 2011 is afgezien van het opnemen van een bepaling over de toepasselijkheid van de uitzondering als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft. U was als directielid van ECC

Southeast tezamen met uw medebestuurders eindverantwoordelijk voor de inhoud van deze management- en beheersovereenkomsten. Uit het aanvankelijk laten opnemen van de garantie bepaling als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft blijkt dat u zich ervan bewust was, althans had behoren te zijn, dat ECC Southeast voor (een deel van) haar activiteiten in beginsel over een bankvergunning diende te beschikken, tenzij aan de vereisten van artikel 3:2 van de Wft werd voldaan. U wist bovendien, althans had behoren te weten, dat de uitzondering van artikel 3:2 van de Wft überhaupt niet van toepassing was aangezien u er onder andere van op de hoogte was dat ECC IM niet beschikte over een positief geconsolideerd eigen vermogen, hetgeen een van de vereisten is voor de uitzondering van artikel 3:2 van de Wft.

- U was op de hoogte van het feit dat ECC Southeast niet over een vergunning van DNB voor het uitoefenen van het bedrijf van bank beschikte.
- ECC Southeast is er reeds op 13 juni 2012 op gewezen dat zij mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad. DNB heeft u er bovendien op in ieder geval 6 september 2012 persoonlijk op gewezen dat ECC Southeast mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad.

Ad b.

Dat u bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de gedragingen die leiden tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast te voorkomen en/of beëindigen, blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd.

- Uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is gebleken dat u sinds 1 augustus 2010 bestuurder bent van ECC IM en met één van de andere bestuurders gezamenlijk bevoegd bent de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Verder is gebleken dat u sinds de oprichting van ECC Southeast samen met de heer Van Lieburg verantwoordelijk bent voor de dagelijkse gang van zaken binnen ECC IM en ECC Southeast vanuit het kantoor in Nederland.
- Zoals DNB onder a) uiteen heeft gezet bent u mede bepalend geweest voor de keuze van de uiteindelijk gekozen investeringsstructuur voor ECC Southeast.
- Als één van de bestuurders en initiatiefnemers van de investeringsstructuur van ECC Southeast was u redelijkerwijs gehouden onderzoek te (laten) doen naar de toelaatbaarheid van de activiteiten van ECC Southeast zodat een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft had kunnen worden voorkomen en/of had kunnen worden beëindigd. Hiervan is DNB echter niet gebleken.
- U was als één van de bestuurders van ECC Southeast mede verantwoordelijk voor de inhoud van de prospectussen en de overeenkomsten in het kader daarvan, waaronder de shareholder loan agreements en de (concept)management- en beheersovereenkomsten. Bovendien was u verantwoordelijk voor de website van ECC Southeast waarop de informatie met betrekking tot de verschillende emissies werd geplaatst.
- U heeft geen maatregelen genomen om te zorgen dat de investeringsstructuur van ECC Southeast niet zou leiden tot een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Als



één van de bestuurders van ECC Southeast bent u gehouden er zorg voor te dragen dat ECC Southeast geen overtredingen begaat.

- ECC Southeast is er reeds op 13 juni 2012 op gewezen dat zij mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad. DNB heeft u er bovendien op in ieder geval 6 september 2012 persoonlijk op gewezen dat ECC Southeast mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad. Desondanks heeft u mede besloten om over te gaan tot uitgifte van emissie IV, terwijl het bij emissie IV om eenzelfde investeringsstructuur ging als emissie II. U heeft daarmee bijgedragen aan de uitbreiding van de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft.

#### Ad c.

Dat u maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten blijkt uit de volgende feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd.

- DNB heeft geconstateerd dat de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is aangevangen op in ieder geval 16 juli 2011 en heeft voortgeduurd tot 16 februari 2013.
- Gelet op uw verantwoordelijkheden als bestuurder had u specifiek een afweging dienen te maken naar de toelaatbaarheid van de activiteiten van ECC Southeast tegen de achtergrond van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft op het moment dat aan de voorgenomen kredietuitzettingen uitvoering zou worden gegeven. Nu u daarvan geen blijk heeft gegeven heeft u de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft niet voorkomen en heeft u de overtreding laten voortduren.
- Door tezamen met uw medebestuurders goedkeuring te geven aan emissie IV en informatie hierover op de website [www.eccinvest.com](http://www.eccinvest.com) te plaatsen heeft u bovendien aan de uitbreiding van de overtreding bijgedragen.
- Uit de door u en de andere twee bestuursleden gegeven (schriftelijke) verklaringen en de door ECC overgelegde gegevens en bescheiden is niet gebleken dat u voorafgaand aan het toezichtbezoek door DNB op 29 oktober 2012 enige poging heeft ondernomen om de overtreding te voorkomen en/of een einde te maken aan de overtreding door ECC Southeast.

#### *Conclusie feitelijk leidinggeven*

Op grond van het voorgaande staat naar het oordeel van DNB vast u in ieder geval vanaf 16 juni 2011 tot 16 februari 2013 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. U was op de hoogte van de investeringsstructuur van ECC Southeast die heeft geleid tot de overtreding van 2:11, eerste lid, van de Wft. Als één van de initiatiefnemers van de investeringstructuur van ECC Southeast en als (indirect) bestuurder van ECC Southeast lag in uw macht deze overtreding te voorkomen en/of te beëindigen. U heeft echter nagelaten daartoe maatregelen te treffen. Met de uitgifte van emissie IV heeft u – terwijl u er door DNB op was gewezen dat ECC Southeast mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad – de overtreding juist in omvang laten toenemen.

**Bevoegdheid tot handhavend optreden**

7. Bij het feitelijk leidinggeven aan de 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](http://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 indien 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, duur 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 aan u een bestuurlijke boete moet worden opgelegd beoordeelt DNB de ernst, duur en verwijtbaarheid van die 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 dit geval DNB. Het verrichten van vergunningplichtige activiteiten zonder daartoe over een vergunning te beschikken, zoals in het onderhavige geval het zonder vergunning van DNB uitoefenen van het bedrijf van bank en daarmee het overtreden van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft wordt beschouwd als een ernstige en zware, zo niet de zwaarste, overtreding van de Wft (*Kamerstukken II, 2007/08, 31 458, nr. 3, p. 3*). ECC Southeast heeft zich aan het toezicht van DNB onttrokken door vanaf in ieder geval 16 juni 2011 tot 16 februari 2013 actief te zijn op een gereguleerde markt zonder de daarbij toepasselijke markttoetredingsbepalingen in acht te nemen. ECC Southeast heeft daarmee de doelstellingen van de Wft doorkruist. De overtreding is bovendien gezien de duur, het aantal transacties en de omvang van de transactiestromen aanzienlijk in omvang. DNB beschouwt de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft door ECC Southeast dan ook als ernstig. U heeft aan deze ernstige overtreding feitelijk leidinggegeven.
11. Met betrekking tot de verwijtbaarheid van de overtreding overweegt DNB dat ECC Southeast in ieder geval in de periode vanaf 16 juni 2011 tot 16 februari 2013 actief is geweest op de financiële markten zonder in achtneming van de daarvoor geldende wet-

en regelgeving. U bent in deze periode als feitelijk leidinggever betrokken geweest bij ECC Southeast. Als bestuurder van ECC IM bent u nauw betrokken geweest bij alle activiteiten van ECC Southeast. ECC Southeast en u als feitelijk leidinggever behoorden nu ECC Southeast actief was op de financiële markten op de hoogte te zijn van de toepasselijke regelgeving. Ten aanzien van de overtreding heeft ECC Southeast verwijtbaar gehandeld nu zij in ieder geval vanaf 16 juni 2011 werkzaam is geweest als bank in de zin van artikel 1:1 van de Wft zonder te beschikken over de vereiste vergunning van DNB, althans heeft zij door zich niet voldoende op de hoogte te stellen van de toepasselijke regelgeving bewust het risico genomen en aanvaard dat zij in strijd met artikel 2:11, eerste lid, van de Wft zou handelen. Bovendien heeft ECC Southeast, terwijl zij er door DNB op was gewezen dat zij met haar activiteiten mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtreedt, er niet alleen voor gekozen de overtreding in stand te laten, maar er ook voor gekozen om een nieuwe emissie open te stellen voor niet-professionele marktpartijen, namelijk emissie IV. Hiermee heeft ECC Southeast de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft uitgebreid, althans welbewust het risico aanvaard dat zij de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft zou uitbreiden. Het enkele feit dat ECC Southeast in het kader van de verschillende emissies aan verscheidene adviseurs advies zou hebben gevraagd over de toepasselijkheid van de Wft in zijn algemeenheid en ECC Southeast er daarbij naar eigen zeggen nooit op is gewezen dat mogelijk sprake zou zijn van een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft doet niet af aan de verwijtbaarheid van de overtreding. DNB stelt in dit verband voorop dat het de eigen verantwoordelijkheid van ECC Southeast is om zich aan de wet te houden. Zij kan zich daarvoor niet achter haar adviseurs verschuilen (CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275, rov. 5.1, CBb 25 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:4, rov. 2.3, V.z. Rb. Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5156). Bovendien heeft DNB ECC Southeast bij herhaling om informatie en bescheiden gevraagd met betrekking tot (de strekking van) de adviezen die ECC Southeast stelt te hebben ingewonnen bij de betrokken adviseurs. Tot op heden heeft ECC Southeast echter nagelaten om stukken over te leggen waaruit blijkt dat voorafgaand en ten tijde van de overtreding terzake van de verbodsbepaling als bedoeld in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, om advies is gevraagd, en zo ja, wat de inhoud van het advies was. Evenmin heeft ECC Southeast stukken verstrekt die inzicht bieden in welke informatie zij zelf aan de adviseurs heeft verstrekt. DNB houdt het er dan ook voor dat ECC Southeast geen advies heeft ingewonnen ter zake van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft in relatie tot de activiteiten van ECC Southeast.

U heeft als één van de initiatiefnemers van de investeringsstructuur van ECC Southeast en als bestuurder van ECC Southeast voorafgaand aan de activiteiten van ECC Southeast geen onderzoek gedaan naar de toelaatbaarheid van de investeringsstructuur van ECC Southeast en u heeft geen andere maatregelen genomen ter voorkoming en/of beëindiging van de overtreding. Nadat u er door DNB op bent gewezen dat ECC Southeast mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad heeft u mede besloten om over te gaan tot uitgifte van emissie IV. Daarmee heeft u eraan bijgedragen dat de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast is uitgebreid. Gezien het bovenstaande is

DNB van oordeel dat het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft u kan worden verweten.

### Zienswijze

12. Bij brief van 27 november 2013, met kenmerk 2013/694074 heeft DNB u in kennis gesteld van het voornemen om vanwege het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. U bent daarbij in de gelegenheid gesteld uw zienswijze betreffende dit voornemen naar keuze mondeling of schriftelijk op 12 december 2013 kenbaar te maken. Nadat uw gemachtigde DNB heeft verzocht tot uitstel van de op 12 december 2012 geplande zienswijzezitting, heeft uw gemachtigde op 16 januari 2014 een (gezamenlijke) mondelinge zienswijze gegeven op de boetevoornemens voor ECC Southeast en haar drie feitelijk leidinggevendenden. Omdat tijdens de zienswijzezitting geen gegevens met betrekking tot uw draagkracht zijn overgelegd, heeft DNB u – via uw gemachtigde – bij e-mail van 6 februari 2014 nogmaals in de gelegenheid gesteld deze gegevens aan DNB toe te sturen. Van die gelegenheid heeft u geen gebruik gemaakt.

Hieronder wordt uw zienswijze – samengevat – weergegeven en zal DNB hierop reageren.

### *Overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft*

13. In de zienswijze heeft u zich op het standpunt gesteld dat ECC Southeast artikel 2:11, eerste lid, van de Wft niet heeft overtreden. Volgens u is er geen sprake van bancaire activiteiten en ter onderbouwing van die stelling heeft u aangegeven dat er inmiddels een deskundige is benaderd die – mocht het tot bezwaar komen – nog uiteen zal zetten dat ook gelet op de ratio en de ontstaansgeschiedenis van het bankverbod geen sprake kan zijn van overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast. Het bankverbod beoogt een dubbel crediteurenrisico te beschermen en daar is volgens u in het onderhavige geval geen sprake van. Ter onderbouwing van de stelling dat geen sprake is van overtreding van het bankverbod heeft u tijdens de zienswijzezitting naar het beroepschrift in de procedure over van en het advies van 10 mei 2013 verwezen.

DNB stelt voorop dat in het beroepschrift in de procedure tegen slechts in algemene zin wordt toegelicht waarom ECC Southeast artikel 2:11, eerste lid, van de Wft niet zou hebben overtreden. ECC Southeast betwist in haar beroepschrift dat zij heeft voldaan aan de bestanddelen 'bedrijf maken van' en 'voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen'. Bij de bespreking van de bestanddelen van het bedrijf maken van bank als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft in randnummer 4 heeft DNB reeds uitvoerig toegelicht waarom deze bestanddelen met de activiteiten van ECC Southeast zijn vervuld. Hetgeen ECC Southeast over deze bestanddelen in haar beroepschrift tegen heeft opgemerkt nopen DNB niet tot een ander oordeel.

Omdat DNB geen kennis heeft kunnen nemen van het door u aangekondigde deskundigenrapport kan DNB uw in dit verband gedane, niet onderbouwde, stelling dat de ratio van het bankverbod zou zijn gelegen in het beschermen tegen een dubbel crediteurenrisico niet beoordelen. DNB gaat hieraan dan ook voorbij.

Voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van het advies van 10 mei 2013 hecht DNB eraan op te merken dat dit advies eerst een paar maanden nadat ECC Southeast op 16 februari 2013 de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft heeft beëindigd is opgesteld in het kader van de herstructurering van emissie IV. Daarnaast merkt DNB op dat dit advies op een wezenlijk onderdeel verschilt van het nagenoeg gelijklopende advies van 8 maart 2013 van dat ECC Southeast in het kader van de beëindiging van de overtreding aan de toezichhouders van DNB heeft overgelegd. In het advies van 8 maart 2013 wordt kort gezegd uitgegaan van een structuur waarbij ECC Southeast de opbrengsten van de door haar uitgegeven obligaties investeert door aankoop van verschillende soorten aandelen in het kapitaal van Promenada CNX Invest III B.V. (Promenada) en het storten van agio op een deel van die aandelen. Promenada zal op haar beurt een belang krijgen in ECC Chiang Mai ten behoeve van emissie IV. In het advies van 10 mei 2013 wordt eveneens uitgegaan van de hierbovengenoemde structuur, maar daarnaast zal door Promenada óók nog een aandeelhouderslening worden verstrekt aan ECC Chiang Mai.

Over de inhoud van het advies van van 10 mei 2013 merkt DNB het volgende op. In randnummer 3.4 van het advies van 10 mei 2013 wordt uitgegaan van 'groepstructuur zoals in het prospectus beschreven' en eigen uitspraken van de heer Van Lieburg over deze structuur. Nog daargelaten dat het DNB niet duidelijk is welke structuur hiermee precies wordt bedoeld, wordt in het advies potentieel wel een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft aangenomen (zie randnummer 3.2 van het advies), maar wordt dat ten onrechte afgedaan met het argument dat een winst oogmerk zou zijn vereist om aan de definitie van bank en in het bijzonder het bestanddeel 'bedrijf maken van' te voldoen. Zoals reeds in randnummer 4 onder e van dit besluit is toegelicht is dat uitgangspunt onjuist (vgl. Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436). In aanvulling daarop wijst DNB erop dat onder een van de voorlopers van de Wft - de Wet toezicht kredietwezen 1992) (hierna: Wtk 1992) - al duidelijk was dat de beantwoording van de vraag of sprake is van het 'bedrijf maken van' niet afhankelijk is van de vraag of dat wordt gedaan met het oogmerk om winst te maken. In de toelichting op de Beleidsregel 2005 Kernbegrippen Markttoetreding en Handhaving Wtk 1992 is met betrekking tot het bestanddeel 'bedrijf maken van' expliciet vermeld dat de intentie om winst te maken daarvoor niet aanwezig hoeft te zijn (*Stcrt.* 31 december 2004, nr. 254, p. 31, toelichting op artikel 5). Bovendien gaat in het advies uit van de onjuiste veronderstelling dat ECC Southeast kwalificeert als holdingmaatschappij. In dit verband merkt DNB op dat tussen ECC Southeast en ECC Chiang Mai hoe dan ook geen moeder-dochterverhouding bestaat nu ECC Southeast slechts een aandeel van 5% heeft in ECC Chiang Mai. Uw stelling dat uit het advies van Allen & Overy van 10 mei 2013 zou volgen dat geen sprake is van een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft slaagt daarom niet.

*Feitelijk leidinggeven*

14. U heeft in uw zienswijze aangegeven dat u niet kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast. Daartoe voert u in algemene zin aan dat in uw geval niet aan de zogenaamde Slavenburg-criteria is voldaan. Volgens u is DNB ten onrechte alleen uitgegaan van uw formele betrokkenheid bij ECC Southeast.

Zoals DNB hiervoor al uiteen heeft gezet was u als één van de initiatiefnemers op de hoogte van de investeringsstructuur van ECC Southeast die heeft geleid tot de overtreding van 2:11, eerste lid, van de Wft. U was bovendien als bestuurder gezamenlijk bevoegd om besluiten te nemen ten aanzien van ECC Southeast zodat het in uw macht lag deze overtreding te voorkomen en/of te beëindigen. U heeft echter nagelaten daartoe maatregelen te treffen. Dat u advies zou hebben gevraagd aan verschillende adviseurs en daarmee maatregelen heeft genomen om de overtreding te voorkomen, stuit af op het feit dat u – ondanks herhaald verzoek van DNB daartoe – heeft nagelaten stukken over te leggen waaruit blijkt dat terzake van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, om advies is gevraagd en zo ja, wat de inhoud van dat advies was. Evenmin heeft u stukken verstrekt die inzicht bieden in welke informatie door ECC Southeast zelf aan de adviseurs is verstrekt. Met de uitgifte van emissie IV heeft u – terwijl u er door DNB op bent geweest dat ECC Southeast mogelijk artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtrad – de overtreding juist in omvang laten toenemen. Gelet op het voorgaande staat vast dat u feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Deze vaststelling is geheel in overeenstemming met de criteria die in de Slavenburg-arresten en latere jurisprudentie zijn geformuleerd voor het feitelijk leidinggeven. Eén van de omstandigheden die bij de vaststelling van het feitelijk leidinggeven door DNB is meegewogen, is dat u als bestuurder van ECC Southeast bevoegd en redelijkerwijs gehouden was de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft te voorkomen en/of te beëindigen en u daartoe maatregelen achterwege heeft gelaten. Dat betekent echter niet dat DNB enkel naar uw formele betrokkenheid bij ECC Southeast heeft gekeken, zoals genoegzaam blijkt uit de feiten en omstandigheden die in randnummer 6 zijn besproken.

U heeft in uw zienswijze opgemerkt dat DNB ten onrechte uitgaat van een risico-aansprakelijkheid voor feitelijk leidinggevend en u geen opzet op de verboden gedraging heeft gehad.

Zoals hiervoor is aangegeven is volgens vaste jurisprudentie sprake van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging van een rechtspersoon indien (i) de functionaris maatregelen ter voorkoming dan wel beëindiging van de gedraging achterwege laat, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden is (beschikkingscriterium) en (ii) hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. In dat geval wordt de betrokken functionaris geacht de verboden gedraging opzettelijk te bevorderen (aanvaardingscriterium). Toegespitst op het onderhavige geval is DNB nagegaan in hoeverre (i) u op de hoogte was van de gedragingen die hebben geleid tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft door ECC Southeast, althans hiertoe bewust

de aanmerkelijke kans heeft aanvaard, (ii) u bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en (iii) u maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Dat aan die drie voorwaarden is voldaan is onder randnummer 6 reeds uitvoerig besproken. DNB verwijst dan ook naar dit randnummer. Anders dan u in uw zienswijze heeft gesteld hoeft voor het feitelijk leidinggeven de opzet slechts te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen en niet op de wederrechtelijkheid daarvan. Dat betekent dat de opzet gericht dient te zijn op de uitvoeringshandelingen van ECC Southeast met betrekking tot de bankactiviteiten als bedoeld in artikel 1:1 Wft en niet op het overtreden van de in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft neergelegde verbodsbepaling (Rb. Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:272, rov. 4.3, Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014: 1436). Anders dan u kennelijk meent is voor feitelijk leidinggeven dus niet relevant of u op de hoogte was van het feit dat de activiteiten van ECC Southeast *verboden* waren.

U heeft verder opgemerkt dat u in het boetevoornemen een feitelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de bestuurders mist. Ook gaat DNB er in het boetevoornemen volgens u aan voorbij dat het gaat om de wetenschap van de verboden gedraging die bij een functionaris persoonlijk aanwezig is. De wetenschap van de ene bestuurder kan volgens u niet worden toegerekend aan de andere bestuurder.

Met de stelling dat DNB heeft nagelaten een feitelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de bestuurders te maken, gaat u er aan voorbij dat aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast door verschillende personen feitelijk leiding kan worden gegeven (Rb. Rotterdam 27 september 2012, ECLI:RBROT:2012:BX8528). In randnummer 6 heeft DNB uiteengezet wat precies uw feitelijke rol met betrekking tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is geweest. Uit die feiten en omstandigheden volgt ook dat u, evenals uw medebestuurders, persoonlijk op de hoogte was van de gedragingen die leiden tot de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Bij die vaststelling is het niet relevant of u persoonlijk op de hoogte was van het feit dat de activiteiten van ECC Southeast verboden waren.

#### *Verwijtbaarheid*

15. U heeft zich in de zienswijze op het standpunt gesteld dat het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft u niet kan worden verweten. Daartoe voert u, kort en zakelijk weergegeven, aan dat ECC Southeast zich door meerdere adviseurs heeft laten bijstaan. Eén van die adviseurs, heeft zich geprofileerd als Wft expert en heeft in brede zin geadviseerd over de toepasselijkheid van de Wft. DNB gaat ten onrechte voorbij aan de zorgplicht die op notarissen rust. Volgens u had \_\_\_\_\_ zelf moeten nagaan of al dan niet een vergunning was benodigd voor de activiteiten van ECC Southeast. Verder heeft u aangevoerd dat u op het hiervoor besproken advies van \_\_\_\_\_ van 10 mei 2013 mocht vertrouwen.

Zoals DNB in randnummer 11 reeds heeft overwogen heeft u, met uitzondering van het bij de zienswijze overgelegde advies van van 10 mei 2013, nagelaten om stukken over te leggen waaruit blijkt dat voorafgaand en ten tijde van de overtreding terzake van de verbodsbepaling als bedoeld in artikel 2:11, eerste lid, van de Wft, om advies is gevraagd, en zo ja, wat de inhoud van het advies was. Evenmin heeft u stukken verstrek die inzicht bieden in welke informatie ECC Southeast aan de door u genoemde adviseurs heeft verstrekt. DNB kan dan ook niet nagaan in hoeverre de informatie die aan is verstrekt voor de notaris aanleiding had moeten zijn om u erop te wijzen dat het bankverbod van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft op ECC Southeast van toepassing was. Bovendien gaat u er aan voorbij dat DNB ECC Southeast al op 13 juni 2012 heeft gewezen op de mogelijke overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft. Dat nadien geen (aanvullend) advies meer is gevraagd en ECC Southeast nog tot 16 februari 2013 door is gegaan met haar illegale activiteiten, waaraan u feitelijk leiding heeft gegeven, dient geheel voor uw eigen rekening en risico te blijven en doet op geen enkele manier af aan de verwijtbaarheid van de overtreding en het feitelijk leidinggeven daaraan (Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014: 1436, rov. 6).

Uw stelling dat het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, Wft u niet kan worden verweten omdat u mocht vertrouwen op het advies van stuut af op het feit dat dit advies pas is op 10 mei 2013 is uitgebracht en derhalve dateert van ná de beëindiging van de overtreding op 16 februari 2013.

U heeft verder gesteld dat DNB ten onrechte heeft geconcludeerd dat uit de inhoud van de concept management- en beheersovereenkomst van 22 juni 2010 zou blijken dat u op de hoogte was van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft en de uitzondering daarop zoals neergelegd in artikel 3:2 van de Wft. In dat verband wijst u erop dat u niet bekend was met de concept- management en beheersovereenkomst van 22 juni 2010. Bij uw zienswijze heeft u een andere versie van de concept management- en beheersovereenkomst overgelegd. Deze versie dateert van 23 december 2010. Daarbij heeft u aangegeven dat u slechts met die versie bekend was. Volgens u volgt uit die versie dat ECC Southeast in het geheel niet is onderworpen aan de Wft. U heeft er dan ook terecht op vertrouwd dat ECC Southeast niet vergunningplichtig was.

DNB kan dit betoog niet volgen. De concept management- en beheersovereenkomst van 22 juli 2010 is als bijlage bij het prospectus van emissie I gevoegd. DNB acht het dan ook ongelofwaardig dat u niet op de hoogte was van dit concept, temeer u directielid van ECC Southeast tezamen met uw medebestuurders eindverantwoordelijk was voor de inhoud van de prospectussen en de daarbij gevoegde documenten waaronder de desbetreffende management- en beheersovereenkomst. Uit het aanvankelijk opnemen van de garantiebepaling als bedoeld in artikel 3:2 van de Wft in de concept management- en beheersovereenkomst blijkt dat u zich ervan bewust was, althans bewust van had moeten zijn, dat ECC Southeast voor (een deel van) haar activiteiten in beginsel over een bankvergunning diende te beschikken, tenzij aan de vereisten van artikel 3:2 van de Wft werd voldaan. Bovendien wordt ook in de concept management- en beheersovereenkomst van 23 december 2010 gesproken over de uitzondering van artikel 3:2 van de Wft, zodat



ook op grond van die versie kan worden vastgesteld dat u van de verbodsbepaling van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft en de uitzondering daarop zoals neergelegd in artikel 3:2 van de Wft op de hoogte was, althans had moeten zijn. Dat in de definitieve versie van de management- en beheersovereenkomst de passage over artikel 3:2 van de Wft in het geheel is verdwenen maakt dit niet anders.

*Algemene bezwaren tegen de handhavingsmaatregelen van DNB*

16. U heeft, kort en zakelijk weergegeven, aangegeven dat u verontwaardigd bent over de disproportionele reactie van DNB in het onderhavige dossier. Naast gericht aan ECC Southeast heeft DNB ook nog het voornemen opgevat tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan ECC Southeast en haar drie feitelijk leidinggevenden, waaronder uzelf. Die stapeling van handhavingsmaatregelen is naar uw mening disproportioneel. Volgens u stelt DNB alles in het werk om ECC Southeast en haar bestuurders te bestraffen. Bij het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete zou volgens u rekening moeten worden gehouden met het feit dat ECC Southeast veel kosten heeft gemaakt om de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft te beëindigen door onder andere . onderzoek te laten doen naar de vraag of ECC Southeast haar financiële verplichtingen kan nakomen en het verscherpte toezicht van de Raad van Commissarissen van ECC Southeast.

Verder zou rekening moeten worden gehouden met het feit dat er geen investeerders zijn benadeeld. In dat verband heeft u opgemerkt dat het project waarvoor de obligaties zijn uitgegeven in september 2013 is afgerond. U heeft verder aangegeven dat u er geen enkel vertrouwen in heeft dat uw zienswijze door DNB serieus zal worden meegenomen bij de beoordeling of al dan niet tot het opleggen van een boete moet worden overgegaan.

DNB deelt het uw standpunt dat sprake is van disproportionele handhavingsmaatregelen niet. De overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft is een ernstige overtreding. Door het uitoefenen van bankactiviteiten zonder daarvoor over een vergunning te beschikken wordt afbreuk gedaan aan de doelen van de Wft waaronder het waarborgen van ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, bescherming van consumenten, de stabiliteit van financiële ondernemingen en de integriteit van het financiële stelsel. Door de wetgever wordt het verrichten van vergunningplichtige activiteiten zonder over een vergunning te beschikken als een ernstige en zware, zo niet de zwaarste, overtreding van de Wft beschouwd. (Kamerstukken II 2007/2008, 31 458, nr. 3, p. 3). Gelet op de doelen van het prudentieel toezicht treedt DNB streng op tegen illegale marktpartijen zoals ECC Southeast en haar feitelijk leidinggevenden. Vanwege de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding acht DNB het daarom passend om, naast de eerder getroffen herstelmaatregelen, een bestuurlijke boete aan ECC Southeast en haar feitelijk leidinggevenden op te leggen.

Dat u als bestuurder van ECC Southeast naar aanleiding van het verschillende stappen heeft ondernomen om de overtreding te beëindigen en de overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast op 16

februari 2013 ook daadwerkelijk is beëindigd doordat de aan ECC Chiang Mai verstrekte leningen zijn terugbetaald, maakt niet dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid.

Uw stelling dat ECC Southeast schade heeft geleden als gevolg van is weliswaar gesteld maar niet gemotiveerd. Nog daargelaten dat de eventuele schade die ECC Southeast zou hebben geleden niet relevant is voor de vraag of aan u een boete moet worden opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven, volstaat DNB met de opmerking dat zij uw zienswijze niet deelt. Daarbij is relevant dat naar het oordeel van DNB geen sprake is. Dat geen investeerders zouden zijn benadeeld is door u eveneens gesteld maar niet gemotiveerd. DNB volstaat daarom ook hieromtrent met de opmerking dat zij deze zienswijze niet deelt. Dit geldt te meer nu DNB tot op heden niet is gebleken dat ECC Southeast de obligatieleningen al aan de obligatiehouders heeft terugbetaald. Los daarvan doet een en ander niet af aan de bevoegdheid van DNB een bestuurlijke boete op te leggen.

Aan uw verwijt dat DNB uw zienswijze niet serieus zal meewegen bij het al dan niet opleggen van een boete gaat DNB voorbij. In het onderhavige besluit reageert DNB op hetgeen naar voren is gebracht tijdens de zienswijzezitting. De argumenten die naar voren zijn gebracht tijdens de zienswijzezitting worden op die manier dus ook meegenomen in de definitieve besluitvorming. Daarbij merkt DNB op dat u ervoor heeft gekozen om tijdens de zienswijze zitting slechts in heel algemene zin uw bezwaren tegen de voorgenomen boete kenbaar te maken. U heeft nagelaten uw algemene stelling dat geen sprake is van een overtreding van artikel 2:11, eerste lid, van de Wft door ECC Southeast met concrete gegevens en bescheiden te onderbouwen. Dit geldt evenzeer voor uw stellingen ten aanzien van het feitelijk leidinggeven aan de overtreding en voor uw beroep op het ontbreken van de verwijtbaarheid als gevolg van de adviezen die u stelt te hebben ingewonnen over de toelaatbaarheid van de activiteiten van ECC Southeast.

#### *Openbaarmaking van het boetebesluit*

17. Volgens u wijkt DNB met de voorgenomen openbaarmaking op grond van artikel 1:97 van de Wft af van haar eigen beleid. Dit beleid komt er volgens u op neer dat boetes niet openbaar worden gemaakt. Bovendien valt niet in te zien waarom de markt bijna twee jaar na de overtreding nog gewaarschuwd moet worden.

DNB stelt voorop dat zij op grond van artikel 1:97, eerste lid, van de Wft verplicht is het onderhavige besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete na bekendmaking

openbaar te maken. Gelet hierop ontgaat het DNB waarop u het betoog baseert dat DNB beleid zou hebben dat erop neerkomt dat zij niet tot het publiceren van boetes over zou gaan. Uitgangspunt van het wettelijke systeem van artikel 1:97, eerste en vierde lid, van de Wft is dat publicatie alleen achterwege blijft indien dit strijd oplevert met de doelen van het door DNB uit te oefenen toezicht. In het onderhavige geval is naar het oordeel van DNB geen sprake van feiten of omstandigheden die maken dat de openbaarmaking van de bestuurlijke boete in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het prudentieel toezicht.

gericht aan  
ECC Southeast doet niets af aan de *verplichting* om op grond van artikel 1:97 Wft tot publicatie van het boetebesluit over te gaan. Bovendien zijn, naast het waarschuwen van het publiek, de doelen van openbaarmaking het verschaffen van inzicht in de handhavingspraktijk van de toezichthouder en de generaal preventieve werking.

*Hoogte van de boete en draagkracht*

18. U heeft aangevoerd dat bij het bepalen van de hoogte van de boete zou moeten worden meegewogen dat DNB

Verder heeft u aangegeven dat u geen draagkrachtverweer kan voeren omdat in de kennisgeving tot het opleggen van een bestuurlijke boete geen indicatie is gegeven over de hoogte van de boete. Daarom heeft u DNB verzocht om alsnog een boetevoornemen te sturen waarin een indicatie van de boetehoogte is gegeven. Pas op dat moment zal u beslissen of u al dan niet een draagkrachtverweer zal voeren.

DNB ziet dan ook  
geen aanleiding om te hoogte van de boete in dat verband te matigen.

Voorts merkt DNB op dat zij niet is gehouden om reeds bij het boetevoornemen aan te geven op welk bedrag zij voornemens is de boete vast te stellen (vgl. Rb. Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436, rov. 7.3). De mogelijkheid tot het geven van een zienswijze op het boetevoornemen dient er juist toe om nadere financiële- en andere informatie te verkrijgen die tot afwijking van het basisbedrag van EUR 2.000.000,- kunnen nopen. Hoewel DNB u bij e-mail van 6 februari 2014 nogmaals in de gelegenheid heeft gesteld om gegevens met betrekking tot uw draagkracht over te leggen, heeft u van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. DNB heeft daarom bij het bepalen van de hoogte van de boete geen rekening kunnen houden met uw draagkracht.

19. De namens u gegeven zienswijze brengt DNB niet tot een ander oordeel. DNB blijft van oordeel dat ECC Southeast artikel 2:11, eerste lid, van de Wft heeft overtreden en u aan deze overtreding feitelijk leiding heeft gegeven. Het is naar het oordeel van DNB gerechtvaardigd en noodzakelijk om u hiervoor een bestuurlijke boete op te leggen.

**Bestuurlijke boete**

20. DNB heeft besloten om aan u een boete op te leggen omdat u feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van ECC Southeast. ECC Southeast heeft in de periode vanaf in ieder geval 16 juni 2011 tot en met 16 februari 2013 artikel 2:11, eerste lid, van de Wft overtreden. Voor deze overtreding met categorie-indeling 3 geldt op grond van artikel 1:81 van de Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (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 bestuurlijke 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 feitelijk leidinggever.
21. In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat de door de wetgever vastgestelde basisbedrag van de bestuurlijke boete van EUR 2.000.000,- evenredig is aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding. Zoals hiervoor reeds is overwogen is DNB van mening dat u feitelijk leiding heeft gegeven aan een ernstige en verwijtbare overtreding die in ieder geval vanaf 16 juni 2011 tot en met 16 februari 2013 heeft plaatsgevonden. DNB ziet geen aanleiding om het basisbedrag op basis van de ernst en duur van de overtreding dan wel de mate van verwijtbaarheid naar beneden of naar boven bij te stellen. Gezien de omvang van de aangetrokken gelden door ECC Southeast en de overige feiten en omstandigheden waaronder het feit dat aan ECC Southeast zelf ook een bestuurlijke boete wordt opgelegd, is DNB van mening dat in het onderhavige geval een bestuurlijke boete ter hoogte van dit bedrag niet proportioneel is. Om tot een evenredige bestuurlijke boete te komen gaat DNB derhalve over tot een matiging van het boetebedrag naar EUR 100.000,-. Nu u, ondanks herhaald verzoek van DNB hiertoe, geen gegevens heeft verstrekt die inzage kunnen geven in uw financiële draagkracht en DNB ook anderszins geen gegevens bekend zijn omtrent uw financiële positie die aanleiding geven de boete te matigen zal derhalve geen matiging op grond uw draagkracht plaatsvinden. DNB gaat er daarom toe over aan u een bestuurlijke boete op te leggen van EUR 100.000,-.

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 bekendmaking van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer ten name van De  
Nederlandsche Bank NV, Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van  
factuurnummer: 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.

**Besluit tot openbaarmaking van de boete**

22. 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 onderhavige 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.

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.

DNB neemt in aanmerking dat zij een bestuurlijke boete aan u oplegt wegens het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van ECC Southeast 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 niet bekend bij DNB. Gelet hierop is DNB van oordeel dat openbaarmaking van de bestuurlijke boete niet in strijd is of zou kunnen zijn met het doel van het prudentieel toezicht.

23. 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 ECC Southeast bekend is gemaakt. De website vermeldt het besluit met de bijbehorende overwegingen, maar zal eventuele vertrouwelijke gegevens die daarin kunnen zijn opgenomen achterwege laten. Als bijlage 2 bij dit besluit is de geschoonde versie van het boetebesluit gevoegd.
24. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat in artikel 1:98 van de Wft is bepaald dat DNB, onverminderd artikel 1:97 van de 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. Te zijner tijd zal DNB hierover nog een afzonderlijk besluit nemen waarover u zult worden geïnformeerd.

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 van het besluit 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 u om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt DNB u dit telefonisch mee te delen aan en dit schriftelijk te bevestigen.

Amsterdam, 13 maart 2014  
De Nederlandsche Bank NV

Dit document

Bijlage: Tekst samenvatting bij publicatie boetebesluit

**DNB legt een bestuurlijke boete van EUR 100.000,- op aan mevrouw E. Heymans wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van ECC Southeast Asia Retail Bonds B.V.**

Datum [...]

De Nederlandsche Bank (DNB) heeft op 13 maart 2014 een bestuurlijke boete van EUR 100.000,- opgelegd aan mevrouw Heymans, wonende te Hamont in België, vanwege het feitelijk leidinggeven aan het zonder vergunning van DNB uitoefenen van bedrijf van bank door ECC Southeast Asia Retail Bonds B.V. (ECC Southeast), gevestigd te Eindhoven.

#### **Overtreding**

DNB heeft vastgesteld dat ECC Southeast in ieder geval vanaf 16 juni 2011 door middel van uitgifte van obligaties opvorderbare gelden heeft aangetrokken buiten de besloten kring en van andere dan professionele marktpartijen. De aangetrokken gelden zijn voor eigen rekening van ECC Southeast uitgezet naar de entiteit ECC Chiang Mai voor de financiering van een vastgoedproject.

ECC Southeast is niet in het bezit geweest van een door DNB verstrekte vergunning voor het uitoefenen voor het bedrijf van bank en zij was evenmin uitgezonderd van de vergunningplicht. Als gevolg hiervan stelt DNB vast dat ECC Southeast in de periode van in ieder geval 16 juni 2013 tot 16 februari 2013 artikel 2:11, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht heeft overtreden. Naar het oordeel van DNB heeft mevrouw E. Heymans 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 de boete dient DNB in haar overwegingen rekening te houden met de ernst en duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid, de bijzondere omstandigheden van het geval en de draagkracht van mevrouw Heymans.

Lees hier het volledige boetebesluit

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

