

## Openbare versie

De Grote Voskuil Capital B.V.  
Het bestuur  
Nieuwe Gracht 23  
2011 NC HAARLEM

Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 11
Kopie aan	Mr. R. Labeur
Telefoon	020 - 797 2545
E-mail	boetefunctionaris@afm.nl
Betreft	Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete

Geacht bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten om aan De Grote Voskuil Capital B.V. (**DGVC**) een bestuurlijke boete van € 25.000 op te leggen, omdat DGVC over de periode van 22 juli 2014 tot en met 16 april 2015 geen schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaring is aangegaan met betrekking tot het door haar beheerde Beleggingsfonds Hoofbosch. Dit is een overtreding van artikel 4:37f, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) (oud).

Hieronder wordt het besluit toegelicht. In hoofdstuk 1 vindt u de weergave van de bedrijfsgegevens, het procesverloop en het wettelijk kader. Hoofdstuk 2 geeft de feiten weer die ten grondslag liggen aan het besluit. In hoofdstuk 3 vindt u de weergave van de door DGVC gegeven zienswijze. Hoofdstuk 4 geeft een beoordeling van de feiten, waarbij ook de zienswijze van DGVC aan bod komt. Hoofdstuk 5 bevat het besluit en in hoofdstuk 6 staat hoe u bezwaar kunt maken.

## 1. Bedrijfsgegevens, wettelijk kader en procesverloop

### 1.1. Bedrijfsgegevens DGVC

DGVC is opgericht op 3 mei 2006 en is statutair gevestigd te Hulshorst. Het feitelijke vestigingsadres is Nieuwe Gracht 23, 2011 NC Haarlem. Sinds 12 april 2012 beschikt DGVC over een vergunning van de AFM om – kort gezegd – beleggingsinstellingen te beheren. Aanvankelijk was dit een vergunning zoals bedoeld in artikel 2:65, eerste lid en onder a, Wft (oud). Per 22 juli 2014 is deze van rechtswege omgezet in een vergunning zoals bedoeld in de AIFM-richtlijn<sup>1</sup>, die is geïmplementeerd in artikel 2:65, aanhef en onder a, Wft (huidig).

---

<sup>1</sup> Richtlijn 2011/61/EU. De AIFM-richtlijn (*Alternative Investment Fund Managers Directive - AIFMD*) is in beginsel van toepassing op alle beheerders van (een of meerdere) alternatieve beleggingsinstellingen, dat wil zeggen op alle beheerders van (een of meerdere) collectieve beleggingsvehikels die geen instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) zijn.

DGVC beheert het Beleggingsfonds Hoofbosch. Dit is een open end beleggingsinstelling, opgericht op 1 oktober 2006. Het juridisch eigendom wordt gehouden door Stichting Juridisch Eigendom Beleggingsfonds Hoofbosch. Ten tijde van het onderzoek door de AFM had Beleggingsfonds Hoofbosch vijf professionele deelnemers en circa 280 niet-professionele of retail deelnemers. De intrinsieke waarde van het fonds was circa € 168 miljoen.

## 1.2. Wettelijk kader

In artikel 4:37f Wft (oud)<sup>2</sup> is bepaald:

1. Een Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling treft maatregelen opdat de activa van een door hem beheerde beleggingsinstelling ten behoeve van de deelnemers worden bewaard door een onafhankelijke bewaarder.
2. De beheerder gaat met de bewaarder mede ten behoeve van de beleggingsinstelling en de deelnemers een schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaring aan.
3. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de taken van de beheerder en de inhoud van de tussen de beheerder en de bewaarder te sluiten overeenkomst inzake beheer en bewaring.

## 1.3. Verloop van het proces

Bij brief van 20 maart 2017 heeft de AFM aangekondigd te zullen starten met een onderzoek bij de groep beheerders waarvan de vergunning met ingang van 22 juli 2014 van rechtswege is omgezet in een vergunning als bedoeld in de AIFM-richtlijn (zie paragraaf 1.1 hierboven). In de brief wordt DGVC geïnformeerd over de aanleiding, doelstelling en reikwijdte van het onderzoek, alsook over de tijdlijnen van het onderzoek en de terugkoppeling van de onderzoekresultaten.

Op 29 maart 2017 heeft de AFM in het kader van dit onderzoek aan DGVC een informatieverzoek gestuurd. Op 21 april 2017 heeft DGVC gereageerd op dit informatieverzoek en daarbij een aantal stukken gevoegd.

Op 19 juni 2017 heeft de AFM aan DGVC laten weten als onderdeel van het onderzoek afzonderlijke gesprekken te willen voeren met de twee bestuurders van DGVC, teneinde een beter beeld te krijgen van de inrichting van de organisatie, de verdeling van de werkzaamheden binnen het bestuur en de door DGVC aangeleverde documentatie. Deze gesprekken hebben op 30 juni 2017 plaatsgevonden.

Op 13 juli 2017 heeft de AFM een concept gespreksverslag aan DGVC gezonden. Op 20 juli 2017 heeft DGVC daarop gereageerd. Op 25 juli 2017 heeft de AFM het definitieve gespreksverslag ter ondertekening aan DGVC toegezonden. In dit verslag zijn de op- en aanmerkingen van DGVC verwerkt. Op 26 juli 2017 heeft de AFM het ondertekende gespreksverslag retour ontvangen.

---

<sup>2</sup> Artikel 4:37f Wft was van toepassing in de periode van 22 juli 2013 tot 18 maart 2016. Per laatstgenoemde datum zijn de normen uit dit artikel overgegaan naar artikel 4:62m Wft.

Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	3 van 11

Op 31 oktober 2017 heeft de AFM aan DGVC een concept onderzoeksrapport gezonden. DGVC is in de gelegenheid gesteld om hierop te reageren. Na uitstel te hebben verkregen, heeft DGVC op 29 november 2017 haar reactie op het concept onderzoeksrapport gegeven en daarbij een aantal stukken gevoegd.

Op 30 november 2017 heeft DGVC nog nagezonden een op 17 juli 2014 ondertekende overeenkomst tussen DGVC als beheerder en [bewaarder] als bewaarder.

Op 28 maart 2018 heeft de AFM aan DGVC een voornemen gestuurd tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens overtreding van artikel 4:37f, tweede lid, Wft (oud). DGVC is in de gelegenheid gesteld om hierop haar zienswijze te geven.

Op 14 mei 2018 heeft DGVC schriftelijk haar zienswijze gegeven en op 15 mei 2018 heeft zij deze mondeling toegelicht.

Op 21 september 2018 heeft de AFM aan DGVC gevraagd één van haar standpunten nader te onderbouwen. Op 9 oktober 2018 heeft DGVC op dit verzoek gereageerd.

## 2. Feiten die ten grondslag liggen aan het besluit

DGVC beheert het Beleggingsfonds Hoofbosch en heeft ter nakoming van haar verplichtingen op grond van de in de Wft geïmplementeerde AIFM-richtlijn met ingang van 22 juli 2014 voor dit fonds [bewaarder] aangesteld als onafhankelijke bewaarder.

Op 17 juli 2014 hebben DGVC als beheerder en [bewaarder] als bewaarder een overeenkomst ondertekend (hierna: **de Korte overeenkomst**), waarin het volgende is opgenomen:

### De Ondergetekenden:

1. De Grote Voskuil Capital B.V. (gevestigd te Hulshorst, (de “Beheerder”)  
en
2. [bewaarder] (gevestigd te [plaatsnaam], (de “Bewaarder”)

### Overwegende:

- a) de Beheerder is de beheerder (als bedoeld in de Alternative Fund Managers Directive (de “AIFMD”) van Beleggingsfonds Hoofbosch (het “Fonds”), een fonds voor gemene rekening;
- b) de Beheerder heeft de Bewaarder (zoals bedoeld in de AIFMD) van het Fonds, ter zake is een overeenkomst gesloten (de “Bewaarderovereenkomst”);
- c) partijen zullen met ingang van 22 juli 2014 te werk gaan conform de Bewaarderovereenkomst, de Bewaarder zal de procedures toepassen zoals beschreven in beschrijving van de bedrijfsvoering van de Bewaarder (de “Bewaarder-AO/IB”), de Beheerder zal de procedures toepassen zoals beschreven in beschrijving van de bedrijfsvoering van de Beheerder (de “Beheerder-AO/IB”);

Datum 5 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 4 van 11

- d) partijen hebben de regels van de AIFMD en de daarop gebaseerde nadere regels (de “AIFMD-regels”) zo goed als mogelijk is verwerkt in de Bewaarderovereenkomst, de Bewaarder AO/IB en de Beheerder-AO/IB;
- e) de inhoud van de AIFMD-regels is nog op een aantal punten onduidelijk (er is veel ruimte voor interpretatie), onduidelijk is ook hoe de toezichthouders hun beleidsruimte in zullen vullen. Het is dus nog niet goed mogelijk om de Bewaarderovereenkomst, de Bewaarder-AO/IB en de Beheerder-AO/IB goed te kunnen beoordelen op compliance met de AIFMD-regels;
- f) de Beheerder is weinig tijd gegund om de Bewaarderovereenkomst te beoordelen;
- g) desalniettemin heeft de Beheerder besloten om de Bewaarderovereenkomst te tekenen, teneinde te kunnen voldoen aan de wettelijke eis om uiterlijk 22 juli 2014 een bewaarder aangesteld te hebben die voldoet aan de AIFMD-regels.

Verklaren en komen het volgende overeen:

1. De Bewaarder verklaart dat haar organisatie en de Bewaarder-AO/IB voldoen aan de AIFMD-regels. Verder verklaart de Bewaarder dat zij zal voldoen aan eventuele verzoeken van AFM/DNB om aanpassingen te doen. Op basis hiervan zal de Beheerder de op grond van de AIFMD-regels (artikel 115x lid 1 onder d Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft) vereiste verklaring in het prospectus van het Fonds opnemen dat de Bewaarder voldoet aan de bij of krachtens de Wet op het financieel toezicht gestelde regels.
2. De Beheerder verklaart dat haar organisatie en de Beheerder-AO/IB voldoen aan de AIFMD-regels, Verder verklaart de Beheerder dat zij zal voldoen aan eventuele verzoeken van AFM/DNB om aanpassingen te doen.
3. De Beheerder krijgt de gelegenheid om tot uiterlijk 1 oktober 2014 met wijzigingsvoorstellen voor de Bewaarderovereenkomst te komen. Partijen zullen in redelijkheid over die voorstellen onderhandelen.

Aldus ondertekend te Hulshorst / [plaatsnaam] op 17 juli 2014

[...]

DGVC heeft bij haar reactie van 29 november 2017 op het concept rapport van de AFM meegezonden een ‘Model AIFMD bewaarderovereenkomst’, opgesteld door de externe compliance officer van DGVC, [A], waarop de datum 30 juni 2014 staat vermeld (hierna: **de Modelovereenkomst**). Dit is een breder toepasbaar model, waarin namen van partijen, specifieke feiten, keuzemogelijkheden en verwijzingen zijn opengelaten.

Op 17 april 2015 hebben DGVC en [bewaarder] een bewaarovereenkomst ondertekend, die voldeed aan de vereisten van artikel 4:37f, tweede lid, Wft (oud).

### 3. Zienswijze DGVC

In haar schriftelijke en mondelinge zienswijze heeft DGVC – zakelijk weergegeven – het volgende naar voren gebracht:

Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	5 van 11

- **Geen overtreding**

Anders dan de AFM meent, is DGVC per 22 juli 2014 met [bewaarder] een schriftelijke bewaarovereenkomst aangegaan. Daarmee heeft DGVC voldaan aan haar verplichting op grond van artikel 4:37f, tweede lid, Wft (oud) en is van een overtreding geen sprake. Dit blijkt uit het volgende:

Op 17 juli 2014 hebben DGVC en [bewaarder] de Korte overeenkomst ondertekend, om de op dat moment bestaande afspraken over de bewaarderrol van [bewaarder] voor Beleggingsfonds Hoofbosch vast te leggen en zich te verzekeren van een goede afronding van de verdere formele vastlegging van die rol. Met die Korte overeenkomst was helder dat [bewaarder] de bewaarderrol zou vervullen conform de normen uit de AIFM-richtlijn. Op het moment van ondertekening van de Korte overeenkomst waren er al verschillende concepten voor een schriftelijke bewaarovereenkomst uitgewisseld, maar die was nog niet tot in detail uit onderhandeld. De meest recente versie van de concept bewaarovereenkomst was de Modelovereenkomst (gedateerd op 30 juni 2014) en er bestond geen misverstand over dat partijen zich met de Korte overeenkomst onderwierpen aan de in die Modelovereenkomst opgenomen bepalingen. Daarmee was sprake van een schriftelijke bewaarovereenkomst in de zin van de wet. De gemaakte afspraken werden ook bevestigd door de tussen partijen uitgewisselde AO/IB van [bewaarder] en door het addendum op het prospectus van Beleggingsfonds Hoofbosch, waarin de bewaarafspraken – voor zover relevant – aan de deelnemers kenbaar werden gemaakt. Dit zogenoemde AIFMD-addendum is op de website van DGVC geplaatst en aan de deelnemers verstuurd. Na het sluiten van de Korte overeenkomst hebben partijen de bewaarafspraken in redelijkheid verder uit onderhandeld, op basis van hetgeen was vastgelegd in de Modelovereenkomst, wat heeft geresulteerd in de finale bewaarovereenkomst van 17 april 2015.

- **Ontbreken verwijtbaarheid**

Mocht de AFM niettemin oordelen dat DGVC niet heeft voldaan aan de verplichting om de afspraken inzake de bewaring vast te leggen in een schriftelijke overeenkomst, dan meent DGVC dat de overtreding haar niet is te verwijten. De AIFM-richtlijn legt de verantwoordelijkheid voor het aanstellen van een bewaarder geheel bij de beheerder, maar dat betekent niet dat alles wat er misgaat met betrekking tot een bewaarder ook aan de beheerder valt te verwijten. In dit geval heeft [bewaarder] in aanloop van de deadline van 22 juli 2014 bij DGVC steeds de indruk gewekt dat de formele kant van de samenwerking, dat wil zeggen de vastlegging van alle afspraken in één duidelijk document, tijdig in orde zou komen. Omdat de materiële kant van de samenwerking goed liep, was er geen reden voor twijfel bij DGVC dat ook de volledige formele vastlegging van de gemaakte afspraken – weliswaar later dan wenselijk maar tijdig voor 22 juli 2014 – zou rondkomen. Toen het DGVC eind juni 2014 duidelijk werd dat dit voor [bewaarder] niet haalbaar was, kon van DGVC niet in redelijkheid worden verwacht dat zij nog zou overstappen naar een andere bewaarder. Dat was eenvoudigweg te laat en het zou zeker niet in het belang zijn geweest van Beleggingsfonds Hoofbosch en de deelnemers. Daarom heeft DGVC op het laatste moment noodgedwongen genoegen genomen met een mindere – maar wel afdoende – korte termijn-oplossing, in de vorm van de Korte overeenkomst en de Modelovereenkomst. Daarna is DGVC ook grote druk blijven zetten op [bewaarder] om de overeenkomst in een meer wenselijke vorm vast te leggen. Onder de gegeven omstandigheden kon van DGVC kortom niet meer worden verwacht dan wat zij heeft gedaan.

Datum 5 december 2018

Ons kenmerk [...]

Pagina 6 van 11

- **Strijd met evenredigheidsbeginsel**

Meer subsidiair meent DGVC dat een boete geen evenredige reactie zou zijn op de onderhavige overtreding. DGVC acht het buitengewoon onredelijk en onevenredig om ruim vier jaar na inwerkingtreding van de AIFM-richtlijn haar te beboeten omdat de schriftelijke bewaarovereenkomst niet tijdig op de meest wenselijke manier tot een afronding is gekomen, terwijl [bewaarder] wel al die tijd als bewaarder aangesteld is geweest en haar taken conform de AIFM-richtlijn heeft vervuld.

- **Hoogte boetebedrag**

Nog meer subsidiair meent DGVC dat een boete vergaand zou moeten worden gematigd, wegens een geringe ernst van de overtreding en een verminderde verwijtbaarheid aan de zijde van DGVC, om de redenen als hierboven weergegeven. Ten aanzien van de ernst van de overtreding benadrukt DGVC nog dat de deelnemers in Beleggingsfonds Hoofbosch niet zijn benadeeld door het ontbreken van een schriftelijke overeenkomst, omdat [bewaarder] haar bewaartaken steeds heeft uitgeoefend conform de AIFM-richtlijn en het de deelnemers aldus nooit aan de beoogde bescherming heeft ontbroken.

#### 4. Beoordeling

##### 4.1. De overtreding

De AFM is van oordeel dat DGVC in de periode van 22 juli 2014 tot en met 16 april 2015 niet heeft voldaan aan haar verplichting om met betrekking tot het door haar beheerde Beleggingsfonds Hoofbosch een schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaring aan te gaan, en daarmee artikel 4:37f, tweede lid, Wft heeft overtreden. De AFM licht dit als volgt toe.

Gelet op de aard van de norm (verplichting tot het aangaan van een schriftelijke bewaarovereenkomst) ligt de bewijslast bij DGVC, in die zin dat zij op verzoek van de AFM die overeenkomst moet kunnen overleggen. Het standpunt van DGVC is – kort gezegd – dat de Korte overeenkomst en de Modelovereenkomst in samenhang moeten worden gezien en tezamen genomen voldoen aan het criterium van ‘schriftelijke overeenkomst inzake beheer en bewaring’ in de zin van de wet, zodat van een overtreding geen sprake is. Dit standpunt valt uiteen in twee delen:

- 1) de Modelovereenkomst maakt onderdeel uit van de tussen partijen gemaakte afspraken, die hun weerslag hebben gevonden in de Korte overeenkomst; en
- 2) de beide stukken tezamen moeten worden aangemerkt als een schriftelijke bewaarovereenkomst.

De AFM volgt dit standpunt niet, om de reden dat DGVC niet aannemelijk heeft gemaakt dat de Modelovereenkomst onderdeel uitmaakte van de tussen partijen per 22 juli 2014 gemaakte afspraken (onderdeel 1 hierboven). Vervolgens kan in het midden blijven of de stukken, als ze wel in samenhang hadden kunnen worden gezien, gekwalificeerd hadden kunnen worden als een schriftelijke bewaarovereenkomst (onderdeel 2 hierboven); daaraan komt de AFM niet toe.

Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	7 van 11

De AFM acht niet aannemelijk dat – kort gezegd – de beide stukken bij elkaar hoorden, gelet op de volgende, in samenhang te beschouwen feiten en omstandigheden:

- In de Korte overeenkomst wordt de Modelovereenkomst als zodanig niet genoemd;
- De Modelovereenkomst is ook niet als bijlage bij de Korte overeenkomst gevoegd;
- In de Korte overeenkomst wordt wel opgemerkt dat er een ‘bewaarderovereenkomst’ is gesloten (overweging b) en verderop dat DGVC ‘de bewaarderovereenkomst’ heeft ondertekend (overweging g). Deze mededelingen zijn feitelijk onjuist, zoals DGVC ook heeft erkend.<sup>3</sup> Vervolgens heeft DGVC op geen enkele wijze inzichtelijk gemaakt hoe – kort gezegd – de onjuiste opmerking in de Korte overeenkomst dat er reeds een bewaarovereenkomst was zich laat rijmen met de naderhand door DGVC ingenomen stelling dat er op dat moment nog géén bewaarovereenkomst was en partijen daarom met de Korte overeenkomst de – daarin niet genoemde – Modelovereenkomst voorlopig van toepassing zouden hebben verklaard.
- Omdat de AFM, gelet op het bovenstaande, ernstige twijfels had over de gestelde samenhang tussen beide stukken, heeft zij per e-mail van 21 september 2018 DGVC in de gelegenheid gesteld om haar standpunt nader te onderbouwen.<sup>4</sup> DGVC bleek hiertoe niet in staat. Zij heeft de AFM een nadere toelichting gestuurd met enkele bijlagen, waaruit nog steeds niet is op te maken dat DGVC en [bewaarder] destijds in onderhandeling waren over de Modelovereenkomst, laat staan dat partijen zich per 22 juli 2014 hadden onderworpen aan de bepalingen uit die Modelovereenkomst. Zo heeft DGVC e-mails uit 2013 en 2014 bijgevoegd van [A] aan [bewaarder], waaruit niet kan worden afgeleid dat [bewaarder] zich op welke wijze dan ook zou hebben verbonden jegens DGVC of zelfs maar met DGVC in onderhandeling was. Sterker, in die e-mails komt de naam DGVC niet voor en ontbreekt ook verder iedere verwijzing naar DGVC, als klant van [A] in deze correspondentie. Daarnaast heeft DGVC een op 9 oktober 2018 ondertekende ‘gezamenlijke verklaring’ van DGVC en [bewaarder] bijgevoegd, waarin partijen onder meer laten optekenen dat er geen misverstand over bestond en bestaat dat zij zich met het sluiten van de Korte overeenkomst onderwierpen aan de op dat moment bestaande afspraken over de bewaarfunctie, die voor een belangrijk deel werden gereflecteerd in de Modelovereenkomst. Voor de AFM legt deze verklaring achteraf weinig gewicht in de schaal. Het is aan DGVC om aannemelijk te maken dat er uiterlijk per 22 juli 2014 een schriftelijke bewaarovereenkomst is aangegaan. Dat kan zij doen met bijvoorbeeld e-mails, verklaringen of overige stukken daterend vóór 22 juli 2014, maar niet met een verklaring waarin partijen ruim vier jaar na dato blijf geven van hun goede intenties.

De enige per 22 juli 2014 gesloten schriftelijke overeenkomst was dus de Korte overeenkomst, die – zoals niet ter discussie staat – op zichzelf niet kan worden aangemerkt als een ‘overeenkomst inzake beheer en bewaring’. Hiermee staat de overtreding vast.

---

<sup>3</sup> Zie punt 2.4 e.v. van de reactie van DGVC d.d. 29 november 2017 op het concept-onderzoeksrapport.

<sup>4</sup> In de e-mail is opgenomen: “Naar aanleiding van de door u gegeven zienswijze heeft de AFM behoefte aan een nadere onderbouwing van het standpunt van uw cliënte, dat uit de door uw cliënte en de bewaarder ondertekende Korte overeenkomst blijkt dat partijen zich met betrekking tot Hoofbosch Beleggingsfonds hebben onderworpen aan de afspraken die in de Modelovereenkomst waren neergelegd (zie onder meer randnummer 20 van de schriftelijke zienswijze). Heeft u e-mails, verklaringen en/of overige stukken die dit standpunt onderbouwen? De achtergrond van de vraag is dat in de Korte overeenkomst niet wordt verwezen naar de Modelovereenkomst en wij in het dossier ook verder geen stukken aantreffen waaruit blijkt dat de Korte overeenkomst en de Modelovereenkomst – kort gezegd – bij elkaar horen. De AFM ontvangt uw reactie graag uiterlijk vrijdag 5 oktober a.s.”

Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	8 van 11

#### 4.2. Verwijtbaarheid/opportuniteit boeteoplegging

De AFM acht de overtreding zonder meer te verwijten aan DGVC. Omdat de AIFM-richtlijn een algehele revisie van de bestaande regels voor fondsbeheerders inhield, is – in aanvulling op de tweejarige implementatietermijn voor de richtlijn – voor onder meer beheerders als DGVC nog voorzien in een overgangsjaar, tot 22 juli 2014. DGVC moet dus worden geacht tijdig op de hoogte te zijn geweest van de nieuwe regels en voldoende gelegenheid te hebben gehad om zich daarop voor te bereiden. Zeker in dit licht kan DGVC niet met recht haar tekortkoming toeschrijven aan traagheid aan de zijde van de door haar aangezochte bewaarder, [bewaarder]. Op DGVC rustte de resultaatsverplichting om uiterlijk 22 juli 2014 te zorgen voor een schriftelijke overeenkomst en daarvoor had zij – als gezegd – objectief gezien genoeg tijd. Voor zover vertraging ontstond door onvoldoende voortvarendheid aan de kant van [bewaarder] (de door DGVC zelf aangezochte bewaarder), ligt dit daarom in de risicosfeer van DGVC. Waarbij de AFM nog benadrukt dat het niet gaat om een overschrijding van korte duur; de schriftelijke overeenkomst werd pas bijna negen maanden na dato aangegaan.

Ook overigens acht de AFM het opportuun om DGVC voor deze overtreding te beboeten. De AFM ziet de onafhankelijke bewaarder als een belangrijke gatekeeper in het toezicht op de sector, en de belangen van de deelnemers dienen door de voorgeschreven schriftelijke overeenkomst te worden gewaarborgd. In het bijzonder van belang is dat de schriftelijke overeenkomst een derdenbeding bevat op grond waarvan de deelnemers onder omstandigheden rechtstreeks de bewaarder kunnen aanspreken.<sup>5</sup> Gedurende bijna negen maanden hebben de deelnemers in Beleggingsfonds Hoofbosch die bescherming niet zwart op wit van [bewaarder] toegezegd gekregen. DGVC voert aan dat deze bescherming niettemin afdoende geregeld was, maar maakt dit niet hard. De door DGVC in dit verband aangehaalde AO/IC van [bewaarder] beschrijft uitsluitend haar ‘operationele processen ten aanzien van de werkzaamheden als bewaarder’ en niet is in te zien hoe de deelnemers in Beleggingsfonds Hoofbosch aan deze enkele beschrijving rechten zouden kunnen ontleen. Ook het AIFMD-addendum op het prospectus dat DGVC zegt op haar website te hebben geplaatst en aan de deelnemers te hebben gestuurd, kan niet leiden tot de conclusie dat die deelnemers een beroep konden doen op het vereiste derdenbeding, nu het hier gaat om een uiting van DGVC zelf en niet van [bewaarder] als de potentieel aansprakelijke partij. Dit laat dus ruimte voor twijfel en het is niet aan de AFM om in het kader van deze bestuurlijke boete te onderzoeken welke civielrechtelijke consequenties het ontbreken van de schriftelijke overeenkomst precies zou kunnen hebben gehad bij een geschil tussen de deelnemers enerzijds en DGVC en/of [bewaarder] anderzijds. Ook dat doet dus niet af aan de opportuniteit om een boete op te leggen.

---

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33 235, nr. 3, p. 79: “De bewaarder is aansprakelijk ten opzichte van degene voor wie hij bewaart, dat zijn dus de beleggingsinstelling en de deelnemers. In de overeenkomst die de beheerder met de bewaarder aangaat, dient te worden opgenomen dat de overeenkomst mede ten behoeve van de beleggingsinstelling en de deelnemers wordt aangegaan. Hierdoor is er sprake van een derdenbeding (volgens artikel 6:253 van het Burgerlijk Wetboek). Indien de bewaarder tekortschiet in de vervulling van zijn taken, kunnen de beleggingsinstelling en de deelnemers hem op grond van wanprestatie aansprakelijk stellen (artikel 6:74 van het Burgerlijk Wetboek).”



Datum	5 december 2018
Ons kenmerk	[...]
Pagina	9 van 11

## 5. Besluit

### 5.1. Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan DGVC een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 4:37f, tweede lid, Wft (oud), in de periode van 22 juli 2014 tot en met 16 april 2015.

### 5.2. Hoogte van de boete

#### *Wettelijk systeem: basisbedrag van € 500.000*

Voor deze overtreding geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft (oud) en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector een basisbedrag van € 500.000.

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de ernst en/of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.<sup>6</sup> De AFM kan daarnaast het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.<sup>7</sup> De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder<sup>8</sup> en – voor zover van toepassing – met de mate van medewerking aan het onderzoek door de AFM en/of getroffen maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen.<sup>9</sup>

#### *Ernst en/of duur van de overtreding*

Zoals bij de behandeling van de opportuniteit in paragraaf 4.2 reeds is uiteengezet, zijn er geen redenen om de overtreding in dit geval te bestempelen als minder ernstig. Evenmin ziet de AFM aanleiding voor een verhoging van het basisbedrag op grond van de ernst en/of duur van de overtreding, zodat het bedrag ongewijzigd blijft.

#### *Mate van verwijtbaarheid*

Zoals eveneens in paragraaf 4.2 uiteengezet, zijn er ook geen redenen om aan te nemen dat de overtreding in mindere mate aan DGVC zou zijn te verwijten. De AFM ziet evenmin aanleiding voor een verhoging van het basisbedrag op grond van de mate van verwijtbaarheid, zodat ook deze stap niet leidt tot aanpassing van het bedrag.

#### *Omvang/draagkracht DGVC*

Ten behoeve van de bepaling van haar omvang en draagkracht heeft DGVC jaarcijfers overgelegd waaruit naar voren komt dat haar eigen vermogen eind 2017 [bedrag] bedroeg. Gelet op dit vermogen wordt DGVC ingedeeld in de zogeheten 10%-categorie van het AFM-boetetoemtingsbeleid<sup>10</sup>, zodat het bedrag van € 500.000 wordt verlaagd tot € 50.000.

---

<sup>6</sup> Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

<sup>7</sup> Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

<sup>8</sup> Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

<sup>9</sup> Artikel 1b, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, Bbbfs.

<sup>10</sup> <https://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/maatregelen/boetehoogte> (categorie: financiële dienstverleners).

Datum 5 december 2018  
Ons kenmerk [...]  
Pagina 10 van 11

### ***Overige omstandigheden/evenredigheid algemeen***

Hoewel dit niet afdoet aan de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid, wil de AFM er niet aan voorbij gaan dat in de periode van overtreding er wel feitelijk een onafhankelijke bewaarder was aangesteld en dat partijen duidelijk de intentie hadden om te handelen conform de AIFMD-regels. Ook komt uit de slordig geformuleerde, klaarblijkelijk in allerijl op het laatste moment opgestelde Korte overeenkomst het beeld naar voren dat vooral sprake was van onderschatting van de reikwijdte van de nieuwe AIFMD-regels en de impact daarvan op de bedrijfsvoering van DGVC. De AFM ziet in deze omstandigheden aanleiding om het boetebedrag verder te verlagen tot € 25.000.

### ***Conclusie***

Gelet op het bovenstaande, stelt de AFM de boete vast op een bedrag van € 25.000. DGVC moet het bedrag binnen zes weken overmaken op [bankrekening] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van [factuurnummer]. DGVC ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.<sup>11</sup> Als DGVC bezwaar maakt tegen dit besluit wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als DGVC na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.<sup>12</sup> Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, is DGVC wel de wettelijke rente verschuldigd.<sup>13</sup>

### **5.3. Openbaarmaking van de boete**

De AFM maakt een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete in beginsel openbaar, nadat dit besluit definitief is geworden (nadat het niet langer mogelijk is om bezwaar of (hoger) beroep in te stellen, of wanneer het besluit in hoger beroep in stand blijft).<sup>14</sup> Dit geldt ook, voor zover van toepassing, voor de uitkomst van een bezwaar of (hoger) beroep dat daaraan vooraf is gegaan.<sup>15</sup> De AFM zal daarbij afwegen of sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor er aanleiding is om anoniem te publiceren of om de publicatie uit te stellen. Over de publicatie van het boetebesluit zal de AFM een beslissing nemen, zodra het boetebesluit definitief is geworden.<sup>16</sup>

## **6. Hoe kunt u bezwaar maken?**

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, Postbus 11723, 1001 GS, Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per fax (faxnummer 020-797 3835) of per e-mail (e-mailadres [bezwarenbox@afm.nl](mailto:bezwarenbox@afm.nl)) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op

---

<sup>11</sup> Dit volgt uit artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

<sup>12</sup> Artikel 1:85, eerste lid, Wft.

<sup>13</sup> Artikel 1:85, tweede lid, Wft.

<sup>14</sup> Zie artikelen 1:97, eerste lid en 1:98, tweede lid, Wft.

<sup>15</sup> Dit volgt uit artikel 1:97, eerste lid, Wft.

<sup>16</sup> Dit laat onverlet de mogelijkheid van de AFM om onder omstandigheden eerder over te gaan tot openbaarmaking (zie artikel 1:110a, eerste lid, Wft).

Datum 5 december 2018  
Ons kenmerk [...]  
Pagina 11 van 11

haar website worden toegelicht ([www.afm.nl/bezwaar](http://www.afm.nl/bezwaar)). Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen dan de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,  
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]  
Plaatsvervangend boetefunctionaris

[was getekend]  
Plaatsvervangend boetefunctionaris