

Uitspraak van de Commissie van Beroep DSI d.d. 15 december 2009.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Betrokkene heeft bij een op 15 juli 2009 gedateerd beroepschrift, op de voet van artikel 14.3 van het Algemeen Reglement Dutch Securities Institute (verder: Algemeen Reglement) de beslissing van de Tuchtcommissie Dutch Securities Institute (verder: de Tuchtcommissie) van 16 juni 2009 (Tc-01) ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Dutch Securities Institute (verder: de Beroepscommissie).

1.2 DSI heeft bij een op 15 september 2009 gedateerd verweerschrift verzocht het beroep van betrokkene te verwerpen.

1.3 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 27 oktober 2009. Betrokkene is niet in persoon verschenen maar werd vertegenwoordigd door mr. F.H. Elema, advocaat te Roden. Deze heeft het beroep toegelicht aan de hand van een door hem overgelegde pleitnotitie. DSI werd vertegenwoordigd door mr. R.P.J.W. van Wegberg, werkzaam bij DSI, die het beroep heeft bestreden.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Tuchtcommissie van 16 juni 2009.

3. Inleiding op de beoordeling van het hoger beroep

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) Betrokkene is op 16 september 1999 geregistreerd bij DSI als senior Effectenhandelaar, deze registratie is op 23 november 2003 gewijzigd in die van Senior Vermogensbeheerder.

(ii) Betrokkene was vanaf 1 januari 2003 tot 1 september 2006 commercieel directeur van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (verder: de vennootschap). In deze periode is betrokkene ook aandeelhouder van de vennootschap geweest.

(iii) Het bedrijf van de vennootschap is in het handelsregister omschreven als volgt: financiële dienstverlening, remisebedrijf, bemiddeling in financiële transacties, vermogensbeheer en financiële planning. De vennootschap is opgericht op 9 september 1987 zij handelde en handelt in effecten onder meer ten behoeve van haar cliënten.

(iv) Betrokkene trad en treedt regelmatig op in een steeds terugkerend, op zondagmorgen uitgezonden, televisieprogramma (verder het televisieprogramma). Daarin wordt hem door de presentator van het programma gevraagd naar zijn mening over het beursklimaat en over bepaalde effecten. Op de vrijdag voorafgaand aan de uitzending wordt tussen de presentator en betrokkene een gesprek gevoerd waarin betrokkene een voorstel doet voor de in de uitzending van het televisieprogramma te bespreken aandelen.

(v) De vennootschap heeft voor haar cliënten en eenmaal voor betrokkene privé op donderdag en vrijdag voorafgaande aan uitzendingen van het televisieprogramma posities ingenomen in fondsen, waarvan betrokkene verwachtte dat zij door hem in het televisieprogramma zouden worden besproken en aanbevolen.

(vi) De onder (v) bedoelde verwachting van betrokkene berustte erop dat betrokkene voornemens was in de wekelijkse bespreking op vrijdag voorafgaande aan de uitzending van het televisieprogramma aan de presentator ervan voor te stellen de desbetreffende aandelen in

positieve zin te bespreken en dit voornemen ook heeft uitgevoerd.

3.2.1 In een als klachtrapport betreffende betrokkene aangeduide brief met bijlagen van 27 februari 2009 (verder het klachtrapport) heeft DSI aan de Tuchtcommissie een klacht tegen betrokkene voorgelegd ter zake dat betrokkene heeft gehandeld in strijd met artikel 7.1.1 tot en met 7.1.5, artikel 7.2.5, en artikel 7.3.1 tot en met 7.3.3 van het Algemeen Reglement (de Gedragscode).

DSI heeft zijn klacht toegespitst op het kopen van aandelen op de wijze zoals hiervoor in 3.1 onder (iv) tot en met (vi) is vermeld in drie in het klachtrapport me name genoemde gevallen.

3.2.2 De Tuchtcommissie heeft geoordeeld dat de klacht van DSI gegrond is en dat betrokkene de normen van deskundigheid en integriteit in ernstige mate heeft overtreden.

3.2.4 Daartoe heeft de Tuchtcommissie in haar rov. 5.1 en 5.2 overwogen dat zij op basis van de stukken, de afgelegde verklaringen voor zover wederzijds erkend althans niet of onvoldoende betwist en het overige ter zitting behandelde, komt tot de vaststelling van de navolgende feiten.

- Betrokkene heeft in zijn hoedanigheid van commercieel directeur en aandeelhouder van de vennootschap in de periode van 2003 tot en met 2006 bewust meegewerkt aan, dan wel leiding gegeven aan, dan wel zelfs geïnitieerd, diverse effectentransacties die strijdig zijn met het beginsel van eerlijk marktgedrag door zowel in privé als voor cliënten van de vennootschap posities in te laten nemen in fondsen, waarvan het hem bekend was dat deze door betrokkene in het televisieprogramma zouden worden besproken en aanbevolen.
- Betrokkene heeft voorts als leidinggevende bijgedragen aan de geconstateerde misstanden, hij heeft althans geen maatregelen genomen om deze misstanden te voorkomen.

3.2.5 Op grond van dit een en ander heeft de Tuchtcommissie geoordeeld dat de gedragingen van betrokkene in strijd zijn met de onder 1.1 van haar uitspraak vermelde bepalingen van de Gedragscode van DSI. De Tuchtcommissie heeft betrokkene de maatregel opgelegd van (i) schorsing van drie jaar met ingang van de datum van toezending van haar beslissing en (ii) publicatie van deze beslissing met vermelding van naam en toenaam op de website van DSI.

4. Beoordeling van het hoger beroep

4.1.1 Betrokkene heeft in zijn beroepschrift een aantal niet genummerde bezwaren (verder: grieven) tegen de uitspraak van de Tuchtcommissie aangevoerd. De Beroepscommissie onderscheid negen grieven.

De grieven 1 tot en met 6 zijn gericht tegen rov. 5.1 van deze uitspraak, grief 7 is gericht tegen rov. 5.2, grief 8 is gericht tegen de rov. 5.3 en 5.4, grief 9 is gericht tegen de rov. 5.5 en 5.6. De grieven worden hierna onder 4.1.2 samengevat weergegeven.

4.1.2 Grief 1. Betrokkene had binnen de organisatie van de vennootschap geen leidinggevende functie en kan derhalve ook geen leiding hebben gegeven aan effectentransacties of deze hebben geïnitieerd.

Grief 2. Anders dan de Tuchtcommissie heeft geoordeeld is geen sprake geweest van diverse transacties in strijd met het beginsel van eerlijk marktgedrag. Bovendien heeft de

Tuchtcommissie niet vastgesteld dat er ook in andere gevallen dan de drie in het klachtrapport genoemde gevallen sprake was van handelen in strijd met het beginsel van eerlijk marktgedrag.

Grief 3. De vennootschap heeft namens een aantal van haar cliënten posities ingenomen in de drie fondsen. Dit is op de website van de vennootschap en in haar magazine vermeld. Hiermee werd ruim voldoende voldaan aan de transparantieplicht.

Grief 4. Betrokkene heeft steeds gehandeld in overeenstemming met de regels van de compliance officer in de vennootschap.

Grief 5. Betrokkene heeft voorafgaand aan een uitzending in slechts één van de drie fondsen voor zichzelf 500 aandelen laten kopen. Deze aandelen heeft hij pas na twee jaar weer verkocht. Daarom kan niet worden gezegd dat van koersmanipulatie sprake is geweest. De Autoriteit Financiële Markten heeft hiernaar een onderzoek gedaan en is tot de conclusie gekomen dat niet van enige onregelmatigheid in de handel van aandelen door betrokkene sprake was.

Grief 6. Het is en was gebruik dat betrokkene met de presentator van het televisieprogramma voorafgaande aan een televisie uitzending een voorbespreking hield. De beslissing welke fondsen ter sprake zouden komen is en was aan de presentator. Betrokkene wist van tevoren niet welke fondsen zouden worden behandeld. Daarom kan niet worden gezegd dat betrokkene bewust heeft meegewerkt aan effectentransacties die met een eerlijk marktgedrag in strijd zijn. Evenmin kan worden gezegd dat sprake is van het leidinggeven aan dergelijke transacties of het initiëren ervan.

Grief 7. Betrokkene had geen leidinggevende functie binnen de vennootschap. Hij heeft echter wel maatregelen genomen om te voorkomen dat er ooit sprake zou kunnen zijn van eventuele misstanden door ervoor te zorgen dat zijn compliance map, zoals die zich bij de compliance officer bevond, op orde was.

Grief 8. Uit de hiervoor vermelde grieven volgt dat betrokkene niet heeft gehandeld in strijd met de door de Tuchtcommissie genoemde artikelen van het Algemeen Reglement.

Grief 9. De Tuchtcommissie heeft bij het opleggen van de sanctie alleen rekening gehouden met het verlies door betrokkene van zijn functie bij de vennootschap maar niet met het gevolg dat de sanctie voor betrokkene zou hebben, te weten het verlies van zijn goede naam. Betrokkene trad wel publiekelijk naar buiten op, maar dit was inherent aan zijn functie van commercieel directeur. Hierbij is van belang dat betrokkene niet bewust en publiekelijk heeft gehandeld in strijd met enige regelgeving.

4.3 De grieven 1 en 2, lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.3.1 Betrokkene deed telkens op vrijdag aan de presentator van het op de daarop volgende zondag uit te zenden televisie programma, waarin betrokkene zou optreden, een voorstel om bepaalde aandelen te bespreken. Kort voor zodanige uitzending kocht de vennootschap ten behoeve van haar cliënten aandelen waarvan betrokkene verwachtte dat zij door hem zouden worden besproken en aanbevolen in de uitzending. Betrokkene heeft in één van de door DSI aan de Tuchtcommissie voorgelegde gevallen dergelijke aandelen voor zichzelf laten kopen. Betrokkene liet in ieder geval toe dat de vennootschap dergelijke aandelen kocht, zonder maatregelen te nemen om dit te voorkomen.

4.3.2 Betrokkene was aldus ten tijde van de koop bekend met informatie, te weten de verwachting dat de desbetreffende aandelen positief zouden worden besproken in het televisieprogramma, welke bekendheid betrekking had op de handel in de aandelen die door de desbetreffende vennootschap waren uitgegeven. Deze informatie was niet openbaar gemaakt terwijl openbaarmaking ervan invloed van betekenis zou kunnen hebben op de koers van de aandelen. Hierbij is van belang dat het telkens ging om tot kleine fondsen behorende aandelen met een geringe omzet, zodat was te voorzien dat positieve bespreking ervan zou leiden tot een significante koersstijging.

4.3.3 Betrokkene voert aan dat hij commercieel directeur van de vennootschap was en daarom geen leidinggevende functie had. De Beroepscommissie begrijpt deze stelling aldus dat betrokkene aanvoert dat hij geen zeggenschap had over het beleid van de vennootschap bij haar taken als effectenhandelaar in de zin van het Algemeen Reglement.

4.3.4 Dit betoog gaat niet op. Betrokkene was bestuurder van de vennootschap in de zin van artikel 2:239 BW. De leiding van de vennootschap en van de aan haar verbonden onderneming berustte en berust bij het bestuur van de vennootschap en berustte destijds derhalve mede bij betrokkene. Voor gedragingen van de vennootschap in strijd met de Gedragscode zijn, mede ingevolge artikel 7 lid 3

Algemeen Reglement in de destijds geldende tekst, de leden van het bestuur in tuchtrechtelijke zin aansprakelijk.

De enkele omstandigheid dat betrokkene commercieel directeur van de vennootschap was, rechtvaardigt niet de conclusie dat betrokkene geen invloed had op de dagelijkse gang van zaken. Dit zou wellicht anders kunnen zijn wanneer betrokkene aannemelijk had gemaakt dat de verweten aankopen geheel buiten hem zijn omgegaan, maar dit doet zich in het onderhavige geval niet voor. Het was immers betrokkene die in het televisieprogramma aan het woord was en de fondsen daarin aanpreef. Betrokkene heeft niet gesteld en in ieder geval niet aannemelijk gemaakt dat hij geen kennis droeg van het kopen van door hem besproken aandelen door de vennootschap. Dit is bovendien onaannemelijk nu betrokkene ook voor zichzelf door hem te bespreken aandelen door de vennootschap heeft doen kopen.

4.3.5 Dit een en ander leidt tot de conclusie dat betrokkene door kort vóór de uitzending van het desbetreffende televisieprogramma daarin door hem aan te bevelen aandelen te kopen althans door de vennootschap te doen of te laten kopen zonder maatregelen te nemen om dit te voorkomen, heeft gehandeld in strijd met de eisen van een eerlijk marktgedrag zoals die zijn neergelegd in artikel 7 van de Gedragscode in de destijds geldende tekst. Dat niet is vastgesteld dat betrokkene dit ook in andere dan in de drie geselecteerde gevallen heeft gedaan of door de vennootschap heeft laten doen doet hieraan niet af.

4.3.6 De grieven falen derhalve.

4.4 Grief 3.

4.4.1 Aan het oordeel dat betrokkene heeft gehandeld in strijd met de eisen van een eerlijk marktgedrag kan niet afdoen dat op de website van de vennootschap en in haar magazine was vermeld dat de vennootschap posities had ingenomen in de in dit tuchtgeding genoemde drie fondsen. Deze vermelding heeft naar alle waarschijnlijkheid niet eerder plaatsgevonden dan nadat de desbetreffende aandelen al waren

gekocht en vervolgens de uitzending van het televisieprogramma had plaatsgevonden. Zij gaf dan ook geen zekerheid dat tijdig bekendheid was gegeven van de informatie zoals hiervoor onder 4.3.3 bedoeld. Afgezien hiervan zou tijdige vermelding van de desbetreffende informatie op de website van de vennootschap niet van voldoende gewicht zijn geweest om aan de handelwijze van betrokkene het karakter van strijd met de eisen van eerlijk marktgedrag te ontnemen. De door betrokkene bedoelde vermeldingen kunnen daarom niet eraan afdoen dat de aan betrokkene verweten gedragingen niet in overeenstemming waren met de eisen van een eerlijk marktgedrag.

4.4.2 De grief faalt derhalve.

4.5 De grieven 4 en 7 lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.5.1 De stellingen van betrokkene dat hij steeds heeft gehandeld in overeenstemming met door de compliance officer gestelde eisen en dat hij ervoor heeft gezorgd dat zijn bij de compliance officer berustende compliance map op orde was, kunnen hem niet baten. Het was in de eerste plaats aan betrokkene om gegevens te verschaffen omtrent de wijze waarop in de vennootschap aan de compliance functie was vorm gegeven, welke eisen in dit verband door de door betrokkene vermelde compliance officer waren gesteld en hoe betrokkene aan die eisen heeft voldaan. Betrokkene kan, zoals hij heeft gedaan, niet volstaan met de enkele mededeling dat hij aan door de compliance officer gestelde eisen had voldaan.

4.5.2 In de tweede plaats neemt het door de vennootschap en betrokkene voldoen aan door de compliance officer gestelde eisen niet weg dat betrokkene en de vennootschap waarvan hij bestuurder was door te handelen als vermeld, afbreuk hebben gedaan aan de gelijke kansen voor het beleggend publiek. Daarmee hebben zij gehandeld in strijd met de eisen van een eerlijk marktgedrag.

4.5.3 Dit leidt tot de conclusie dat ook deze grieven falen.

4.6 Grief 5.

4.6.1 Betrokkene heeft voor zichzelf 500 aandelen doen kopen door de vennootschap; hij heeft de presentator van het televisieprogramma in de aan de uitzending van het desbetreffende televisieprogramma voorafgaande bespreking voorgesteld deze aandelen te behandelen. In de uitzending van het televisieprogramma op de erop volgende zondag heeft betrokkene deze aandelen ook aanbevolen. De koers van deze aandelen is daarop gestegen.

4.6.2 Door aldus te handelen heeft betrokkene aandelen gekocht tegen een koers die is opgelopen na de televisie-uitzending. Het vermogen van betrokkene is dienovereenkomstig met de waarde van de voor hem gekochte aandelen toegenomen. Door te handelen als vermeld heeft betrokkene in strijd gehandeld met de eisen van eerlijk marktgedrag. Hieraan kan niet afdoen dat hij de desbetreffende aandelen daarna geruime tijd heeft behouden.

4.6.3 De grief faalt derhalve.

4.7 Grief 6.

4.7.1 Zoals hiervoor in 3.1 onder (iv) tot en met (vi) is vermeld werden op de vrijdagen voorafgaand aan de uitzendingen van het televisieprogramma waarin betrokkene optrad,

voorbereidingen gevoerd. Uit de gang van zaken die uit de stukken van het geding naar voren komt, blijkt dat betrokkene zich vóór deze voorbereidingen voornam daarin het kopen van bepaalde aandelen aan te bevelen.

4.7.2 Het kan zijn dat in deze voorbereiding niet alle door betrokkene genoemde aandelen voor behandeling in het televisieprogramma werden uitgekozen. Evenzeer kan het zijn dat de wel uitgekozen aandelen desondanks niet aan bod

kwamen wegens tijdgebrek. Dit neemt echter niet weg dat uiteindelijk een aantal van de aandelen waarop betrokkene zijn zinnen had gezet, wel in de uitzending van het televisieprogramma ter sprake zijn gekomen.

De geschetste gang van zaken laat dan geen andere conclusie toe dan dat betrokkene een zwaarwegende invloed had op de keuze van de aandelen die in de televisie-uitzending werden besproken. Als gevolg van de aanbeveling tot koop van deze aandelen steeg de koers ervan, zoals ook blijkt uit de in zoverre niet weersproken inhoud van de tot de stukken van het geding behorende brieven van 7 februari 2006 en 15 mei 2006 van de Autoriteit Financiële Markten aan het Functioneel Parket. Dit heeft zich in ieder geval voorgedaan met betrekking tot de drie in het klachtrapport vermelde fondsen. Dit leidt tot de conclusie dat betrokkene niet kan worden gevolgd waar hij betoogt dat zijn invloed op de te bespreken fondsen zo gering was dat niet gezegd kan worden dat hij invloed had op de ontwikkeling van de koers van de desbetreffende aandelen.

4.7.3 Ook grief 6 faalt derhalve.

4.8 Grief 8 heeft geen zelfstandige betekenis en kan onbesproken blijven.

4.9 Grief 9.

4.9.1 Hetgeen hiervoor is overwogen moet tot de gevolgtrekking leiden dat betrokkene zich bewust ervan was, althans zich ervan bewust had behoren te zijn, dat hij en de vennootschap waarvan hij bestuurder was handelden in strijd met de eisen van een eerlijk marktgedrag zoals deze in artikel 7 Algemeen Reglement zijn neergelegd.

4.9.2 Voor zover betrokkene de Tuchtcommissie verwijt te hebben geoordeeld dat betrokkene bewust en publiekelijk heeft gehandeld in strijd met enige regelgeving, mist de grief feitelijke grondslag. In de uitspraak van de Tuchtcommissie is een dergelijk oordeel niet te lezen. Waar de Tuchtcommissie overweegt dat betrokkene publiekelijk naar buiten is getreden, doelt zij erop dat betrokkene optrad in de uitzendingen van het televisieprogramma en daarin aandelen aanpreef die door de vennootschap waarvan hij bestuurder waren gekocht hetgeen, de Tuchtcommissie terecht heeft gekwalificeerd als handelen in strijd met het beginsel van eerlijk marktgedrag. Ook in zoverre kan de grief betrokkene niet baten.

4.9.3 De Tuchtcommissie heeft bij de vaststelling van de op te leggen maatregelen een juiste afweging gemaakt van de betrokken belangen en de opgelegde maatregelen beantwoorden aan de door de Tuchtcommissie vastgestelde feiten.

4.9.4 Grief 9 faalt derhalve eveneens.

5. De geschonden bepalingen

5.1 De beantwoording van de vraag welke bepalingen van het Algemeen Reglement betrokkene heeft geschonden dient te geschieden op de grondslag van de destijds geldende tekst ervan.

5.2 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat betrokkene heeft gehandeld in strijd met artikel 7 lid 1, onder 1 tot en met 3, artikel 7 lid 2, onder 1 tot en met 3 en artikel 7 lid 3, onder 5, van het Algemeen Reglement in de ten tijde van de hiervoor bedoelde gedragingen van betrokkene en van de vennootschap waarvan hij bestuurder was geldende tekst.

5.3 Voor zover de Tuchtcommissie andere bepalingen als geschonden heeft aangemerkt moet haar uitspraak worden vernietigd.

6. Slotsom

6.1 Het beroep tegen de beslissing van de Tuchtcommissie moet worden verworpen.

6.2 De uitspraak van de Tuchtcommissie moet worden vernietigd maar alleen voor zover zij heeft geoordeeld dat betrokkene andere bepalingen van het Algemeen Reglement heeft geschonden of niet vermeld dan hiervoor onder 5.2 is overwogen.

6.3 De Commissie van Beroep acht de door de Tuchtcommissie oplegde maatregelen juist. Hierbij tekent de Beroepscommissie aan dat de Tuchtcommissie heeft geoordeeld dat de schorsing van drie jaar ingaat op de datum van haar beslissing. Omdat ingevolge artikel 12.2 van het Tuchtreglement van DSI de instelling van het beroep de verplichting tot nakoming van de uitspraak van de Tuchtcommissie schorst, dient de schorsing in te gaan op de datum van deze beslissing.

7. Beslissing

De Commissie van Beroep:

- stelt bij bindend advies vast dat de bestreden beslissing van de Tuchtcommissie wordt vernietigd doch alleen voor zover het de vermelding van door betrokkene geschonden bepalingen van het Algemeen Reglement betreft,
- stelt vast dat betrokkene door zich te gedragen als hiervoor is vermeld het bepaalde in artikel 7 lid 1, onder 1 tot en met 3, artikel 7 lid 2, onder 1 tot en met 3 en artikel 7 lid 3, onder 5, van het Algemeen Reglement heeft geschonden.
- handhaaft de in hoger beroep bestreden beslissing voor het overige.

Deze uitspraak is op de datum als in hoofde dezes vermeld tot stand gekomen met inachtneming van de bepalingen van het Reglement van Beroep. Zij is gegeven door prof mr A. S. Hartkamp (voorzitter), mr C.A. Joustra, mr F.H.J. Mijnsen, mr A. Rutten-Roos en A. Vastenhouw.