

Arrondissementsparket Arnhem
Afdeling economie & milieu
T.a.v. de Edelachtbare heer Mr xxxxx
Postbus 9032
6800 EP **ARNHEM**

Arnhem, 1 juni 2006

Inzake: aangifte Vereniging Payback

Edelachtbare heer,

Namens de vereniging Payback doe ik hierbij aangifte tegen de naamloze vennootschap Dexia Bank Nederland N.V. evenals tegen de stichting Autoriteit Financiële Markten. De aangiften betreffen het verrichten van gedragingen in strijd met de Wet op de Economische Delicten in verbinding met de Wet toezicht effectenverkeer. Hieronder licht ik de aangifte toe.

Taken en bevoegdheden van de AFM

Toezicht

- 1 Aan de Autoriteit Financiële Markten is het gedragstoezicht op grond van artikel 40 Wet toezicht effectenverkeer 1995 juncto artikel 2 Overdrachtsbesluit Wet toezicht effectenverkeer 1995 overgedragen. Onder toezicht wordt volgens Van Dale verstaan; (1) aandacht, oplettendheid, (2) het waken dat een persoon of zaak zich gedraagt of bevindt, dat een handeling geschiedt in overeenstemming met een bepaalde norm. Het gedragstoezicht richt zich op een ordelijk en transparant marktproces evenals op de bescherming van consumenten en beleggers, zoals het toezicht op gedrags- en transparantieregels, regels betreffende de uitgifte en openbaar bod op effecten, melding zeggenschap in beursgenoteerde ondernemingen en de verstrekking van de financiële bijsluiter.
- 2 Ook in het kader van de controle op de naleving van de bij of krachtens de Wte gestelde regels heeft de AFM de bevoegdheid inlichtingen in te winnen die redelijkerwijs nodig zijn voor de vervulling van de aan haar opgedragen taak (artikel 29 Wte). Tegenover de inlichtingenbevoegdheid staat de inlichtingen- en meewerkingsplicht van degenen aan wie inlichtingen worden gevraagd. Een effectief toezicht kan slechts plaatsvinden indien de ondertoezicht staande instellingen, zonder terughoudendheid, inlichtingen en stukken aan de AFM verstrekken. Zij zijn verplicht inzage te verlenen in alle boeken en bescheiden of andere informatiedragers en alle medewerking te verlenen die nodig is voor een goede uitvoering van het onderzoek.
Deze bevoegdheid kan uitgeoefend worden bij onder meer effecten uitgevende instellingen, bieders (openbaar bod), de effecteninstellingen, houders van een gekwalificeerde deelneming, degenen die deel uitmaken van een groep waartoe ook een effecteninstelling behoort en houders van een effectenbeurs.

Aanwijzingsbevoegdheid

- 3 Indien niet aan de Wte 1995 wordt voldaan heeft de toezichthouder de bevoegdheid aanwijzingen te geven. Deze bevoegdheid strekt ertoe naleving van de van toepassing zijnde regels te bevorderen zonder dat bijvoorbeeld tot oplegging van een boete of intrekking van de vergunning wordt overgegaan. De bevoegdheid uit hoofde van de Wte 1995 strekt zich uit tot diverse categorieën instellingen. Bij de directe aanwijzingsbevoegdheid gaat het om situaties waarin de regels bij of krachtens de Wte 1995 niet nageleefd worden.

Waarschuwingsbevoegdheid

- 4 D.m.v. een openbare kennisgeving dan wel openbaarmaking van overtredingen kan de toezichthouder beleggers waarschuwen tegen personen of instellingen die in strijd met de Wtb dan wel de Wte 1995 effecten of effectendiensten aanbieden. Van deze waarschuwingsbevoegdheid maakt de AFM regelmatig gebruik, waaronder publicaties op haar website.

Intrekkingbevoegdheid

- 5 Een ontheffing, een vergunning en een verklaring van geen bezwaar of een erkenning kan worden ingetrokken (Vgl. de artikelen 19, 20 en 26 Wte 1995). Deze intrekkingbevoegdheid is voor de toezichthouder een belangrijk administratief middel voor het doen naleven van de toepasselijke regels. In de Wte 1995 wordt een limitatieve opsomming gegeven van de omstandigheden op grond waarvan tot intrekking kan worden overgegaan. Deze intrekkinggronden zijn grotendeels identiek.

Waakhondfunctie, bestuurlijke boete en dwangsom

- 6 De toezichthouder dient de door de wet aan haar gegeven waakhond functie te vervullen. Het verstrekken van toezichtinformatie aan opsporingsinstanties in het kader van een aangifte wegens (vermoedelijke) overtreding van de Wte 1995 wordt gezien als een gebruik van toezichtinformatie die door de Wte 1995 wordt geëist. De toezichthouder is bevoegd om dwangsommen en bestuurlijke boetes op te leggen indien de in de wet expliciet aangegeven bepalingen van de Wte 1995 worden overtreden en om de opgelegde sanctie te publiceren. Cumulatie van een bestuurlijke boete en een - op grond van de WED door de rechter op te leggen strafsanctie is niet mogelijk. De mogelijkheid van de toezichthouder om een bestuurlijke boete op te leggen vervalt indien voor dezelfde overtreding door het OM strafvervolgning is ingesteld. Andersom vervalt het recht tot strafvervolgning wanneer voor een overtreding door een toezichthouder een bestuurlijke boete is opgelegd.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid, sancties, procedures en verjaring van vervolging

Toepasselijkheid WED

- 7 Overtreding van de hieronder te noemen artikelen van de Wte 1995 alsmede uitvoeringsvoorschriften behorende bij die artikelen zijn een economisch delict in de zin van artikel 1 onder 2 WED (Wet op de Economische Delicten). Artikel 1 WED verwijst zowel naar overtreding van voorschriften die bij de wet dan wel krachtens de wet gegeven zijn.

Hierbij ben ik uitgegaan van de in 2001 geldende wet- en regelgeving aangezien deze voor verweg de meeste van de contracten geldt.

Vgl. voor de Wte 1995 de artt.:

- 3 eerste lid,
- 4 tweede lid,
- 5 eerste en derde lid,
- 6 tweede lid,
- 7 eerste en derde en zevende lid,
- 10 tweede lid, 11 eerste en vijfde lid,
- 12 tweede en vierde lid,
- 13 eerste, vijfde, zesde en achtste lid,
- 14 eerste en vierde lid,
- 16 eerste en derde en achtste en negende en elfde en twaalfde en dertiende lid,
- 17 eerste en tweede lid,
- 18 tweede lid,
- 19 tweede lid,
- 22 eerste, derde en vijfde lid,
- 24 eerste en derde lid,
- 25 tweede lid,
- 27 derde lid,
- 28 derde lid,
- 29 vijfde lid,
- 31 eerste en tweede lid,
- 36 tweede en derde lid,
- 37 tweede lid,
- 45 vierde lid.

Een belangrijk artikel is artikel 11 van de Wte aangezien door delegatie en subdelegatie de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer verbindend wordt geacht.

Misdrijf of overtreding

- 8 Het onderscheid tussen misdrijf en overtreding hangt samen met de opbouw van de rechterlijke organisatie die voorziet in een eenvoudige en doelmatige afdoening bij afnemende zwaarte van het ten laste gelegde strafbare feit. Ernstige strafbare feiten, vooral die waarbij reëel een vrijheidsstraf in beeld kan komen, worden als misdrijf aangemerkt. Minder ernstige feiten, waarbij normaal gesproken een geringe vermogensstraf op het spel staat, worden als overtreding aangemerkt. Dat als maatstaf tussen beide de ernst van het feit wordt gehanteerd verklaart ook de

materieelrechtelijke en procesrechtelijke verschillen tussen misdrijven en overtredingen. Bij overtreding kan geen straf worden opgelegd ter zake poging en medeplichtigheid aan een strafbaar feit, treedt de verjaring eerder in en is de berechting doelmatiger van aard. Bij een misdrijf is opzet of schuld als bestanddeel in de strafbepaling opgenomen, bij overtredingen ontbreken deze begrippen zodat opzet of schuld op de verboden gedraging niet bewezen hoeft te worden. Ook de bevoegdheid van de strafrechter, evenals de toepassing van dwang- en rechtsmiddelen, verschilt naar gelang de overtreden strafbepaling een overtreding dan wel een misdrijf is.

- 9 Overtreding van de voorschriften gesteld bij of krachtens de Wet op het consumentenkrediet, de artikelen 9, 23 derde lid, 26, 27 eerste en tweede lid, 34, 36 38, 47, 48 tweede lid, 61 eerste lid, 65 tweede lid, voor zover artikel 69 van die wet niet anders bepaalt, betreffen overtredingen.
- 10 Overtreding van de bepalingen in de zin van artikel 1 onder 1 en 2 en artikel 1a onder 1 en 2 WED zijn misdrijven voor zover deze opzettelijk zijn begaan en anders een overtreding. Vgl. artikel 2- 1 WED. De economische delicten bedoeld in artikel 1 onder 3 zijn misdrijven of overtredingen, naar gelang zij in het desbetreffende voorschriften als misdrijf dan wel als overtreding zijn gekenmerkt. De economische delicten als bedoeld in artikel 1 onder vier zijn overtredingen.

Medeplichtigheid

- 11 Artikel 48 Sr bepaalt dat als medeplichtigen van een misdrijf worden gestraft;
 - 11.1 zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van een misdrijf;
 - 11.2 zij die opzettelijk gelegenheid, middelen, of inlichtingen verschaffen tot het plegen van een misdrijf.

Onder het verschaffen van gelegenheid wordt mede verstaan passieve medeplichtigheid, derhalve het nalaten van vereist handelen. De pleger van de strafbare gedraging hoeft overigens niet te weten dat aan hem hulp verleend wordt. Een bewuste samenwerking tussen de pleger en de medeplichtige is namelijk niet vereist. Indien in de WED in het algemeen of in het bijzonder wordt gesproken van een economisch delict, dat een misdrijf oplevert, wordt medeplichtigheid en poging tot een zodanig delict daaronder begrepen, voor zover niet uit enige bepaling het tegendeel volgt. Vgl. artikel 4 WED en artikel 78 Sr. Medeplichtigheid aan een overtreding is overigens niet strafbaar. Vgl. de artt. 48 en 52 Sr.

Opzet op de gedraging

- 12 Op het terrein van het economisch strafrecht wordt geen boos opzet vereist. Onder het begrip boos opzet wordt een strafbaarheidsbewustzijn begrepen, waarbij willens en wetens de wet wordt overtreden. Vgl. HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314 en 315. De dader van een economisch delict is strafbaar indien hij heeft gehandeld dan wel een gedraging heeft nagelaten zoals in de strafbepalingen omschreven. Opzettelijk handelen wordt daarbij aangenomen voor zover de strafbepaling het begrip opzet niet vermeld. Er hoeft daarom geen opzet op het overtreden van de strafwet te worden bewezen. Waar in de strafbepaling het begrip opzet staat opgenomen dient opzettelijk handelen echter wel bewezen te worden.

- 13** Indien opzettelijk handelen in de strafbepaling en daarmee in een aan een strafzaak ten grondslag liggende tenlastelegging bewezen dient te worden het volgende. Onder het begrip opzet vallen drie categorieën.
- 13.1** Opzet als oogmerk (de dader beoogt het gevolg van zijn handelen en/of nalaten);
 - 13.2** Opzet als zekerheidsbewustzijn (de dader beoogt het gevolg niet maar ziet het als noodzakelijk aan zijn gedragingen verbonden);
 - 13.3** Voorwaardelijk opzet; het zich willens en wetens blootstellen aan de aanmerkelijke kans dat een bepaald gevolg intreedt.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid van Dexia

- 14** Uit artikel 1 van de WED blijken de voorschriften waarvan overtreding een economisch delict oplevert, echter de inhoud van deze voorschriften blijft in dit artikel onbesproken. De WED fungeert als strafrechtelijk sluitstuk voor talloze wettelijke voorschriften die elders te vinden zijn. De WED bevat, uitgezonderd de artikelen 26, 33 en 34, geen voorschriften omtrent strafbaar gedrag. Volgens artikel 1 is overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens de daar genoemde wetten een economisch delict. De essentialia van een economisch delict zijn daarom meestal pas kenbaar na bestudering van een samenstel van bepalingen. Artikel 1 WED is bij de speurtocht daarna slechts het aanvangspunt. Daarna dient via de diverse geleidingen van wetgeving afgedaald te worden naar de materiële norm. De omschrijving van de materiële norm wordt in de regel niet gevonden in de wet in formele zin (een wet welke tot stand komt door samenwerking tussen de regering en de staten generaal) maar op lager niveau, bijvoorbeeld door gedelegeerde of gesubdelegeerde wetgeving maar ook door overtreding van voorschriften welke aan een vergunning of ontheffing kunnen zijn verbonden. Omdat artikel 1 WED de formulering hanteert dat overtreding van voorschriften gesteld bij of krachtens de voormelde wetsartikelen economische delicten zijn worden al die lagere voorschriften ook door de WED bestreken.
- 15** Bij de totstandkoming en uitvoering van de aangeboden effectenleaseovereenkomsten heeft Dexia gehandeld in strijd met artikel 11 Wet toezicht effectenverkeer, Besluit toezicht effectenverkeer en de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999. De Wet toezicht effectenverkeer is daarbij de wet in formele zin en het Besluit toezicht effectenverkeer en de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 zijn op grond van delegatie en subdelegatie tot stand gekomen. Bij het aanbieden en uitvoeren van de onderhavige overeenkomsten is Dexia opgetreden als effecteninstelling in de zin van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Hieruit vloeit zonder meer voort dat zij jegens haar wederpartijen tijdens het aangaan van de overeenkomsten de bijzondere zorg dienden te betrachten waartoe een effecteninstelling als professionele en op het terrein van de effectenhandel bij uitstek deskundig te achten dienstverlener gehouden is.
- 16** Volgens artikel 11 van de Wet toezicht effectenverkeer dient een Effecteninstelling, waaronder Dexia, zich te houden aan bij algemene maatregel van bestuur gestelde regels. Door delegatie op grond van dit artikel biedt het Besluit toezicht effectenverkeer grondslag voor de bepalingen in de Nadere Regeling toezicht

effectenverkeer. De Stichting Toezicht Effectenverkeer was bevoegd deze regeling vast te stellen. Blijkens de considerans van de Wet toezicht effectenverkeer is deze wet in 1995 opnieuw vastgesteld mede in verband met de uitvoering van de richtlijn nr. 93/22/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten (PbEG L 141). De considerans van deze richtlijn houdt, voor zover hier van belang, in:

“Overwegende dat de ondernemingen die door deze richtlijn bestreken beleggingsdiensten verrichten, aan een door de Lidstaat van herkomst van de beleggingsonderneming afgegeven vergunning onderworpen moeten zijn ter bescherming van de beleggers en de stabiliteit van het financiële stelsel.

(...)

Overwegende dat deze richtlijn onder meer tot doel heeft de beleggers te beschermen, dat het in dat verband aangewezen lijkt rekening te houden met de uiteenlopende behoefte aan bescherming van de onderscheiden categorieën van beleggers en hun niveau van professionele deskundigheid.

(...)

Overwegende dat ten einde zowel de beleggers te beschermen als te zorgen voor een goede afwerking van de effectenmarkten, de doorzichtigheid van de transacties dient te worden gewaarborgd en dat de regels die met het oog daarop in de richtlijn zijn vastgesteld voor de gereguleerde markten van toepassing zijn zowel op beleggingsondernemingen als op kredietinstellingen wanneer zij op de markt opereren.”

De ratio van de Wet toezicht effectenverkeer wordt derhalve onder meer ingegeven door de op Europees rechtelijk niveau voorgeschreven noodzaak beleggers te beschermen tegen risico's van beleggen in effecten.

Artikel 24 Besluit toezicht effectenverkeer, dat ter uitvoering van artikel 11 lid 1 Wet toezicht effectenverkeer is geschreven, berust op het bepaalde in artikel 11 voormeld onder a en d waarin is bepaald dat een effecteninstelling zich moet houden aan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur gestelde regels ten aanzien van deskundigheid en betrouwbaarheid en aan het publiek te verstrekken informatie. Artikel 24 Besluit toezicht effectenverkeer bepaalt, voor zover hier van belang, dat:

“Een effecteninstelling houdt zich bij het verrichten van haar werkzaamheden aan door de toezichthoudende autoriteiten te stellen regels die er toe strekken dat de effecteninstelling:

- a. handelt in het belang van haar cliënten en de adequate functionering van de effectenmarkten;*
- b. in het belang van haar cliënten kennis neemt van hun financiële positie, ervaring en beleggingsdoelstellingen, voor zover dit redelijkerwijs van belang is met het oog op het verrichten van haar diensten;*
- c. haar cliënten de gegevens en bescheiden verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling van de door haar aangeboden diensten en de effecten waarop die diensten betrekking hebben.”*

- 17** Op grond van bovenstaande valt de gehele Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999, maar eveneens de daarvoor ter zake vigerende regeling van artikel 25 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer, binnen het bereik van artikel 24 Besluit toezicht effectenverkeer in verbinding met artikel 11 Wet toezicht

effectenverkeer, gezien in het licht van genoemde richtlijn. De uit de voormelde artikelen van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer voortvloeiende verplichting vloeit rechtstreeks voort uit de eis dat Dexia zich heeft te houden aan regels ten aanzien van deskundigheid en betrouwbaarheid en aan het publiek te verstrekken informatie opdat door de overheid gewaarborgd kan worden dat beleggers beschermd worden tegen risico's voortvloeiend uit beleggingen. Overtreding van deze bepalingen, voor zover zij berusten op de in de WED limitatief opgesomde strafbepalingen, leveren derhalve strafbare feiten op.

Zorgplicht

17.1 In de meeste procedures waarin zijdens de benadeelden een beroep wordt gedaan op schending van de zorgplicht door Dexia, honoreert de rechter dat verzoek. Met name gaat het om overtreding van de artikelen 25, 28 lid 1 en 33 NR 1999. Uitspraken ter zake zijn talrijk.

LJN: AS4408, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4555, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4554, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4378, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4474, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS5596, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AP4885, Rechtbank Arnhem;
LJN: AT3221, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4815, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4404, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AT3201, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS4408, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AT3217, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AT3195, Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS5593, Sector kanton Rechtbank 's-Gravenhage;
LJN: AS2394, Sector kanton Rechtbank Haarlem;
LJN AR7912, Sector kanton, Rechtbank Haarlem;
LJN: AT6517, Sector kanton Rechtbank Leeuwarden;
LJN: AS1999, Sector kanton Rechtbank Haarlem;
LJN AS2934, Sector kanton, Rechtbank Haarlem;
LJN: AR6233, Sector kanton Rechtbank Breda;
LJN 6419, Sector kanton Rechtbank Breda;
LJN AP4827, Rechtbank Arnhem;
LJN AS4156, Sector kanton, Rechtbank Utrecht;
LJN: AT6522, Sector kanton Rechtbank Leeuwarden;
LJN: AS5763, Sector kanton Rechtbank Leeuwarden;
LJN: AP4933, Rechtbank Amsterdam;
LJN AT4469, Rechtbank Utrecht;
LJN: AS2929, President Rechtbank Haarlem;

17.2 Voor een inhoudelijke weergave van de argumenten ter ondersteuning van de stelling dat Dexia de zorgplicht jegens vele van haar effectenleasecliënten heeft geschonden stelt Payback:

17.2.1 De Nadere Regeling Toezicht Effectenverkeer is verbindend. Vgl. Rechtbank Amsterdam, 12 november 2004, JOR 2004 en 14 en 30 juni 2004, NJF 2004, 410. Vgl. ook Klachtencommissie DSI, 5 februari 2004, NJF 2004, 446. De verbindendheid van de Nadere

Regeling volgt ook al uit de zorgplicht waarvan de Hoge Raad in zijn arrest van 9 januari 1998 heeft beslist “dat de maatschappelijke functie van de banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

- 17.2.2** Artikel 28 leden 1 en 2 NR 1999 ziet op het inwinnen van informatie bij de cliënt. Dit betreft het zogenaamde “know your customer” beginsel. De artikelen 26 tot en met 28 NR 1995 verplichten tot het geven van de informatie die in het specifieke geval voor de cliënt van belang was, zij het dat die informatie volgens de toelichting niet toegesneden behoefde te worden op het kennisniveau van iedere afzonderlijke cliënt. Ook voor 1999 wordt het bestaan van een zorgplicht aangenomen, die moet voorkomen dat afnemers risico's en verplichtingen aangaan die zij zelf niet kunnen overzien en/of die voor hen, gelet op hun omstandigheden en beleggingsdoeleinden, onaanvaardbaar zijn.
- 17.2.3** Dexia heeft voorafgaand het afsluiten van de overeenkomsten slechts het BKR-register geraadpleegd en geen verdere inhoud gegeven aan haar zorgplicht. Aangenomen wordt dat zulks onvoldoende is. Vgl. Rechtbank Amsterdam 12 november 2003, JOR 2004, 14.
- 17.2.4** De Klachtencommissie DSI stelt in haar uitspraak van 5 februari 2004, NJF 2004, 446 dat Dexia ten onrechte niet heeft onderzocht of haar klanten wel reserves hadden of wilden opbrengen om een mogelijk verlies te dragen. Dexia had ook een verzekering door middel van putopties kunnen inbouwen, zoals andere instellingen wel hebben gedaan. Weliswaar was het rendement dan wel lager geweest, echter de risico's op een restschuld zijn daarmee afgedekt.
- 17.2.5** Voorts is Payback de mening toegedaan dat Dexia had moeten waarschuwen toen er op de effectenleaseovereenkomsten een negatief saldo ontstond en toen om aanvullende zekerheden had moeten vragen, bij gebreke waarvan zij terstond tot liquidatie van de portefeuilles en beëindiging van de overeenkomsten had moeten overgaan. De commissie Oosting heeft zich op het standpunt gesteld dat latere koersverliezen voorkomen hadden kunnen worden bij de naleving van de saldobewakingsplicht, hetgeen in de zorgplicht meegenomen zou moeten worden. Vgl. de artikelen 28 leden 3 en 4 NR 1999.
- 17.2.6** Artikel 33 NR 1999 heeft betrekking op het verstrekken van informatie aan de cliënt, zodat hij zich een adequaat oordeel kan vormen over de aangeboden diensten en de onderliggende financiële instrumenten. Artikel 33 lid 2 NR 1999 verwijst naar bijlage 7 van de NR, die onder meer verplicht tot een duidelijke vermelding dat er wordt belegd met geleend geld en dat een restschuld kan overblijven. Vgl. artikel 7.5 –4 van deze bijlage. Naast de positieve scenario's moeten ook de negatieve vermeld worden. In de artikelen 26 tot en met 29 van de NR is een informatieplicht van dezelfde strekking opgenomen. De toelichting op artikel 27 legt de nadruk op het verstrekken van voldoende informatie over (onder andere) de

met het desbetreffende product samenhangende specifieke risico's en in het bijzonder over de omvang van mogelijke verliezen. Hierboven is reeds gesteld dat verweerder de mening is toegedaan dat de effectenleasecontracten van huize uit spaarders betreffen. Dexia heeft zich met de effectenleasecontracten met name gericht op klanten met bijna of geen beleggingservaring en geen of slechts een gering vermogen. Ook hebben de meeste effectenleasecontractanten een onvoldoende opleiding om de aard en reikwijdte van de onderhavige overeenkomsten te doorzien. Deze groep behoefde derhalve extra bescherming.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid AFM

- 18** Op grond van artikel 48 Wetboek van Strafrecht kan de AFM medeplichtigheid door nalaten worden verweten. (Vgl. HR 9 augustus 1988, NJ 1988, 979). Op de AFM rustte immers de verplichting tot gedragtoezicht en de bevoegdheid tot openbaarmaking van overtredingen krachtens de wet. Waar handelen echter geboden was toen Dexia op een laakbare wijze producten aan de man heeft gebracht heeft de AFM zulks verzaakt. Dat de voorgeschreven gedraging tot het houden van toezicht en het nemen van maatregelen tot consumentenbescherming noodzakelijkerwijs pas kan plaatsvinden na overtreding van de desbetreffende strafbepaling door de effectenlease aanbieder maakt zulks niet anders. In combinatie met de eerder door Dexia gedane normschending doet het niet naleven door de AFM van haar wettelijke plicht tevens medeplichtigheid opleveren. Overigens, door het niet naleven van haar hierboven omschreven wettelijke taken heeft de AFM de effectenlease aanbieders de gelegenheid gegeven tot het plegen van misdrijven, hetgeen onder de omschrijving van artikel 48 sub 2 Sr valt.
- 19** Hierboven heb ik reeds aangegeven dat wat betreft de bewezen verklaring van de opzet van de primaire norm, te weten de strafbaarstelling van een in de WED omschreven economisch delict, met het begrip kleurloos opzet wordt gewerkt. Het opzet blijft derhalve beperkt tot bestanddelen van de delictsomschrijving. Wil medeplichtigheid aan de overtreding van deze primaire norm vastgesteld worden dan dient tevens de opzet op de eigen bijdrage van de medeplichtige bewezen te worden. De vereniging Payback is de mening toegedaan dat daartoe voorwaardelijk opzet als een van de opzet varianten bewezen kan worden. De AFM heeft door het onvoldoende houden van toezicht althans het nalaten van het tijdig uitbrengen van waarschuwingen aan de consumenten omtrent de aard en reikwijdte van de diverse door Dexia in de markt gebrachte effectenlease overeenkomsten en de daaraan verbonden risico's de daardoor bij deze consumenten opgekomen schade doelbewust aanvaard en op de koop toe heeft genomen. Gelet op de aanwezig geachte kennis bij de AFM omtrent de aard en reikwijdte van de effectenlease overeenkomsten, het niet voldoen aan haar waarschuwingsplicht ter zake dan wel de klaarblijkelijke onverschilligheid bij (de medewerkers van) de AFM omtrent de klaarblijkelijke afloop van de voormelde effectenlease overeenkomsten voor de consument valt geen andere conclusie te trekken dat de AFM ter zake voorwaardelijk opzet verweten kan worden.
- 20** Payback is de mening toegedaan dat de AFM als rechtspersoon opzettelijk handelen verweten kan worden. Dit valt uit de wettelijke taak alsmede de statutaire

doelstelling van de AFM af te leiden. De statutaire doelstelling van de AFM betreft gedragstoezicht op financiële markten. Ook op grond van haar wettelijke taak wordt de AFM, zoals hierboven omschreven, dit toezicht opgedragen. Volgens Payback is de AFM derhalve strafrechtelijk verantwoordelijk te houden voor het niet althans het onvoldoende uitvoeren van haar wettelijke taak. Door onvoldoende vorm en inhoud te geven aan de kwaliteit van het aan haar opgedragen toezicht rechtvaardigt dit toerekening van opzet aan de AFM als rechtspersoon. Op de AFM rust immers het gedragstoezicht, waaronder het verstrekken van toezichtinformatie aan opsporingsinstanties in het kader van een aangifte en consumentenbescherming. Van deze consumentenbescherming is echter, voor zover het door Dexia in de markt gebrachte producten betreft, bitter weinig terecht gekomen. De afgelopen jaren zijn consumenten overspoeld met aandelenlease producten, terwijl de AFM deze al veel eerder als misleidend heeft bestempeld. De consument werd echter niet gewaarschuwd. De AFM kan ter zake een (eigen) verwijt gemaakt worden.

Verjaring van het recht tot strafvervolgning

- 21** De vraag of de overtreding van een norm op grond van de WED een overtreding of een misdrijf is heeft tevens consequenties met betrekking tot de verjaring van het recht tot strafvervolgning. Het recht tot strafvordering voor zware economische misdrijven vervalft in 12 jaren. Voor de lichte economische misdrijven, op grond waarvan een geldboete, hechtenis of gevangenisstraf van niet meer dan drie jaren opgelegd kan worden, in zes jaren. Voor de overtredingen vervalft het recht tot strafvordering in twee jaren. Bovenvermeld artikel 11 van de Wet toezicht effectenverkeer en de op grond daarvan door delegatie en subdelegatie vastgestelde regelgeving worden strafrechtelijk door artikel 1 onder 2 WED genormeerd. Deze rubriek ziet op misdrijven of overtredingen, al naar gelang zij al dan niet opzettelijk zijn verricht. Aangezien in artikel 11 Wet toezicht effectenverkeer en de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer het begrip opzet niet voorkomt levert de overtreding van deze artikelen een misdrijf op. Het recht tot strafvervolgning ter zake verjaart derhalve in zes jaren.

Aangifte en verzoek tot vervolging van Dexia en de AFM

- 22** Op grond van de inmiddels in de civiele zaken gewezen vonnissen en arresten betreffende de schending van zorgplicht door Dexia meent de vereniging Payback dat deze schending bewezen kan worden en dat Dexia en in haar verlengstuk de AFM wegens het houden van onvoldoende toezicht strafbaar zijn. Ik verzoek u dan ook namens de vereniging Payback om Dexia en de AFM op grond van de hierboven opgegeven redenen te vervolgen.

Inmiddels teken ik,
met vriendelijke groet,

M.E. Bosman