

ECLI:NL:RBROT:2021:2710

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Rotterdam, 29-03-2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2710, 20/1580

BC MK, 3 bestuurlijke boetes aan betaaldienstverlener op grond van art 3 en 16 Wwft en art 10b Sw. Handhavingsmatrix. Beroep gegrond en matiging van de boetes, alleen vanwege overschrijding van de redelijke termijn.

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	29-03-2021
Datum publicatie	15-04-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2021:2710
Zaaknummer	20/1580
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Rechtsgebied	Staats- en bestuursrecht

UITSPRAAK

RECHTBANK ROTTERDAM

Zittingsplaats Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 20/1580

uitspraak van de meervoudige kamer van 29 maart 2021 in de zaak tussen

[eiseres 1] , gevestigd te [vestigingsplaats] , eiseres ([eiseres 2])

gemachtigde: mr. E.F. van Hasselt,

en

De Nederlandsche Bank N.V., verweester (DNB)

gemachtigde: mr. J. Baukema.

Procesverloop

Bij besluit van 3 september 2019 (primair besluit) heeft DNB [eiseres 2] drie bestuurlijke boetes met een totaalbedrag van € 25.000,- opgelegd.

Bij besluit van 14 februari 2020 (bestreden besluit) heeft DNB het bezwaar van [eiseres 2] tegen het primaire besluit ongegrond verklaard.

[eiseres 2] heeft op 24 maart 2020 tegen het bestreden besluit beroep ingesteld en bij schrijven van 21 mei 2020 de gronden van het beroep ingediend.

DNB heeft een verweerschrift ingediend.

DNB heeft drie zogenoemde handhavingsmatrixen aan de rechtbank toegezonden en met verwijzing naar artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) medegegeeld dat uitsluitend zij daarvan kennis mag nemen. Op 26 februari 2021 heeft de rechter-commissaris beslist dat ten aanzien van de handhavingsmatrix van 23 mei 2017, die betrekking heeft op eiseres, beperking van de kennisneming van dat stuk gerechtvaardigd is. Ten aanzien van de handhavingsmatrixen van 6 maart 2017 en 24 april 2017, die betrekking hebben op een andere financiële instelling, heeft zij beslist dat beperking van de kennisneming van die stukken gerechtvaardigd is voor zover die betrekking heeft op gegevens die direct herleidbaar zijn tot die andere financiële instelling. Op 3 maart 2021 heeft DNB - ter aanvulling op het procesdossier - de handhavingsmatrixen van 6 maart 2017 en 24 april 2017 die door DNB zijn geschoond van deze gegevens, ingestuurd. Tevens heeft DNB de ongeschoonde versie van deze handhavingsmatrixen ter uitsluitende kennisneming door de rechtbank ingezonden. [eiseres 2] heeft de rechtbank toestemming gegeven mede op de grondslag van de stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft met gesloten deuren plaatsgevonden op 8 maart 2021.

[eiseres 2] heeft zich daar laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, vergezeld door [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] , en [naam 4] . DNB heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, vergezeld door [naam 5] , [naam 6] en [naam 7] .

Overwegingen

1.1 [eiseres 2] beschikt sinds 6 april 2011 over een vergunning van DNB voor het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener, meer specifiek voor het verlenen van de betalingsdienst 'geldtransfers'.

- 1.2 Op 17 en 18 mei 2016 heeft DNB een ("post event") transactiemonitoring onderzoek uitgevoerd bij [eiseres 2] in het kader van de Wet op het financieel toezicht (Wft), de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) en de Sanctiewet 1977 (Sw). Bij brief van 5 september 2016 heeft DNB [eiseres 2] de definitieve bevindingen van het onderzoek gestuurd. Op 22 maart 2017 heeft DNB een tweede bezoek gebracht aan [eiseres 2] om inzicht te krijgen in de opvolging van de door DNB geconstateerde tekortkomingen. Tijdens dit bezoek heeft DNB zes cliëntdossiers meegenomen en bij e-mail van 23 maart 2017 aanvullende stukken ontvangen. Op 13 september 2017 volgde nog een gesprek tussen DNB en [eiseres 2] over de opvolging. Bij brief van 31 oktober 2017 heeft DNB [eiseres 2] haar beoordeling gestuurd met betrekking tot de onderzochte dossiers. Naar aanleiding van correspondentie hierover heeft DNB bij brief van 21 december 2017 geconcludeerd dat de nog openstaande tekortkomingen intussen in opzet zijn hersteld. Het boeterapport is opgemaakt op 19 juli 2018.
- 1.3 Na bij brief van 8 oktober 2018 een voornemen tot het opleggen van bestuurlijke boetes aan [eiseres 2] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zienswijze van [eiseres 2] daarop, heeft DNB [eiseres 2] bij het primaire besluit drie bestuurlijke boetes opgelegd:

- DNB heeft vastgesteld dat [eiseres 2] artikel 3, tweede lid, aanhef onder d, van de Wwft (cliëntonderzoek) heeft overtreden in de periode van 29 augustus 2016 tot en met 12 december 2016 en heeft een boete van € 10.000,- opgelegd voor deze overtreding

- Daarnaast heeft DNB vastgesteld dat [eiseres 2] artikel 16, eerste lid, van de Wwft (melding van ongebruikelijke transacties) heeft overtreden in de periode van 10 juni 2015 tot 26 juli 2016 en heeft een boete van € 5.000,- opgelegd voor deze overtreding

- Tot slot heeft DNB vastgesteld dat [eiseres 2] artikel 10b, eerste lid, Sw gelezen in samenhang met artikel 2 van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (RtSw) (screening tegen (internationale) sanctielijsten) heeft overtreden in de periode van 17 mei 2016 tot en met 26 juli 2016 en heeft een boete van € 10.000,- opgelegd voor deze overtreding

Vervolgens heeft besluitvorming plaatsgevonden als weergegeven onder het procesverloop.

3. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage van deze uitspraak.

Overtredingen

4. De rechtbank stelt voorop dat als DNB een boete wil opleggen wegens overtreding van bepalingen van de Wwft, op haar de bewijslast rust om aan te tonen dat de overtreding is begaan.

Cliëntonderzoek, artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft

5. [eiseres 2] betoogt dat van overtreding van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft geen sprake is. Zij acht het bestreden besluit in strijd met het lex certa en rechtszekerheidsbeginsel, nu de norm 'onvoldoende onderzoek' onvoldoende duidelijk en kenbaar was. Er was geen specifieke 'guidance' voorhanden. [eiseres 2] betwist onvoldoende onderzoek te hebben gedaan. Zij heeft in de haar bekende culturele gebruiken een verklaring gezien voor de hoogte van de bedragen.

- 5.1 DNB heeft bij 5 van de 6 onderzochte dossiers vastgesteld dat [eiseres 2] niet aan de verplichtingen van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft heeft voldaan.

DNB heeft aan de hand van de vijf dossiers kunnen vaststellen dat de aard van de transacties voor [eiseres 2] aanleiding had moeten zijn verdergaand onderzoek te doen naar de bron van de middelen die bij de betreffende transacties werden gebruikt (of zouden worden gebruikt).

Zoals ook in de DNB Leidraad is vermeld, leveren geldtransfers naar hun aard een hoger risico op witwassen en terrorismefinanciering. In vier van de zes onderzochte dossiers zijn hoge - soms contant gestorte - bedragen overgemaakt naar Somalië. Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wwft geldt voor transacties met een waarde boven de wettelijke meldgrens naar landen met een verhoogd risico op het witwassen van gelden en het financieren van terrorisme, zoals Somalië, verscherpt cliëntonderzoek. In één dossier is geld overgemaakt naar Saudi-Arabië. De overgemaakte bedragen waren te hoog in relatie tot het bij [eiseres 2] bekende inkomen van de cliënt of te hoog in relatie tot het door cliënt opgegeven doel van de transactie. In het dossier van [onderneming] is een drietal transacties verricht naar Somalië met een totale waarde van circa € 25.000,-. Het geld is niet aan de [onderneming] overgemaakt maar aan een bestuurder van de [onderneming]. In het dossier zijn mediaberichten aangetroffen waarin deze bestuurder en de [onderneming] in verband worden gebracht met salafisme en het financieren van terrorisme in Syrië. [eiseres 2] heeft niet gecontroleerd of de transacties daadwerkelijk ten behoeve van het doel van de [onderneming] zijn verricht, terwijl het cliëntdossier gelet op het voorgaande daartoe wel aanleiding gaf.

- 5.2 Het 'lex certa' beginsel, dat onder meer besloten ligt in artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), verlangt van de wetgever dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedragingen omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met het gebruik van algemene termen verboden gedragingen omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van die omschrijving vallen. Dit kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd is te voorzien op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, de omschrijvingen van verboden gedragingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van wetgeving schade lijdt. Zie ook de uitspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 22 februari 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BV6713).

- 5.3 De rechtbank is van oordeel dat de in artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft neergelegde norm, mede gelet op de daarbij gegeven toelichting in de Memorie van Toelichting (TK 31238, 2007-2008, nr.3 en TK 33238 2011-2012, nr. 3) en de Algemene en DNB Leidraad Wwft en Sw (versie 3.0 - april 2015; de DNB leidraad), ten tijde van de overtredingen voldoende duidelijk was. Zo staat onder meer in de DNB leidraad dat:

"De intensiteit van het cliëntonderzoek wordt bepaald door de risico's die bepaalde typen cliënten, producten of transacties met zich meebrengen. Instellingen treffen daarbij extra maatregelen in gevallen waarin een hoger risico bestaat op witwassen of financiering van terrorisme. Dit alles stelt de eigen verantwoordelijkheid van de instelling voorop: de instelling is op de hoogte van technieken van witwassen en financieren van terrorisme, actuele ontwikkelingen, risico-indicatoren en heeft deze verwerkt in beleid en op risico gebaseerde procedures en maatregelen."

Van een professionele marktdeelnemer als [eiseres 2] mag worden verlangd dat deze zich informeert over de beperkingen waaraan haar gedragingen zijn onderworpen. Kennisneming van de relevante wetstekst en de daarbij behorende toelichting moet haar in staat hebben gesteld zich een beeld te vormen over de reikwijdte van het verbod en het voor haar mogelijk hebben gemaakt haar gedrag daarop van meet af aan af te stemmen. Voor zover voor [eiseres 2] zaken onduidelijk waren, had zij contact kunnen opnemen met DNB als de toezichthoudende instantie en om uitleg kunnen vragen. Dat heeft zij niet gedaan. Voor het oordeel dat het 'lex certa'- of rechtszekerheidsbeginsel is geschonden bestaat geen aanleiding.

- 5.4 Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat DNB terecht heeft vastgesteld dat [eiseres 2] artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft heeft overtreden.

Melding van ongebruikelijke transacties, artikel 16, eerste lid, van de Wwft

6. DNB heeft [eiseres 2] uiteindelijk nadat haar aanvankelijk het niet onverwijld melden van vier transacties werd verweten tegengeworpen dat zij de transacties van 27 mei 2015 van € 5.820,- naar Ethiopië en van 27 juli 2015 van € 4.741,13 naar Somalië niet *onverwijld* heeft gemeld bij de Financiële inlichtingen eenheid (Financial Intelligence Unit Nederland of FIU). [eiseres 2] meende niet gehouden te zijn de twee transacties te melden, nu deze zijn geannuleerd en niet evident was dat deze gemeld dienden te worden.

- 6.1 [eiseres 2] heeft de twee transacties getracht uit te voeren, maar heeft deze pas geannuleerd nadat na verzending de gelden niet op de juiste wijze bij de begunstigde konden worden afgeleverd. Met DNB is de rechtbank van oordeel dat [eiseres 2] bij de FIU onverwijld (binnen veertien dagen) melding diende te maken van de twee ongebruikelijke transacties, ook al zijn ze later geannuleerd. In artikel 16, eerste lid, van de Wwft staat immers dat ook een voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld gemeld dient te worden. Nu [eiseres 2] dat niet tijdig heeft gedaan, heeft DNB terecht vastgesteld dat [eiseres 2] artikel 16, eerste lid, van de Wwft heeft overtreden.

Screening tegen (internationale) sanctielijsten

7. Naar aanleiding van haar onderzoek heeft DNB geconstateerd dat [eiseres 2] twee externe systemen voor transactiemonitoring hanteert, te weten RemitONE en Pay iZi. DNB heeft vastgesteld dat Pay iZi niet screent tegen de VN-sanctielijst en de beide systemen niet screenen tegen de relevante nationale sanctielijsten. Daarnaast vindt monitoring in Pay iZi pas plaats nadat de transactie door [eiseres 2] is uitgevoerd. Om deze reden is er geen sprake van een effectieve beheersmaatregel om te voorkomen dat gesanctioneerde partijen betalingen uitvoeren of ontvangen binnen de systemen van [eiseres 2]. DNB heeft geconcludeerd dat [eiseres 2] cliënten, begunstigten en transactiedata niet afdoende screent tegen alle relevante sanctielijsten en dat zij hiermee in strijd handelt met artikel 10b, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 2 van de RtSw.

- 7.1 [eiseres 2] heeft niet betwist dat zij destijds onvoldoende controle op de sanctielijsten heeft uitgevoerd en de genoemde artikelen heeft overtreden.

Vorbereiding zonder vooringenomenheid

8. [eiseres 2] betoogt dat op zijn minst de schijn van vooringenomenheid bestaat, nu uit een ander boetedossier door een datalek is gebleken dat er een handhavingsmatrix bestaat uit maart 2017 waarin reeds staat dat [eiseres 2] beboet dient te worden. Het voornemen tot boeteoplegging is pas op 8 oktober 2018 gedateerd. Onduidelijk is welke feitelijke ontwikkelingen en afwegingen er zijn geweest gedurende dit tijdsverloop. [eiseres 2] vraagt zich af of de boeteoplegging wel objectief was en – in aanmerking genomen het vereiste van functiescheiding tussen toezicht en beboeting – zonder vooringenomenheid is bepaald.

- 8.1 DNB heeft uitgelegd dat de handhavingsmatrix een intern werkdocument is dat is opgesteld door de behandelend toezichthouder. Het bevat interne afwegingen en persoonlijke beleidsopvattingen van de betrokken toezichthouder over de inzet van handhavingsmaatregelen. Dit is de reden dat DNB de matrix van [eiseres 2] op haar verzoek geschoond van toezichtvertrouwelijke informatie heeft verstrekt. De toezichthouder die de matrix heeft opgesteld, is niet bevoegd om te beslissen tot boeteoplegging. De toezichthouder heeft er in dit geval voor gekozen om een boeterapport op te stellen op grond waarvan de boetefunctionaris zelfstandig heeft geoordeeld dat DNB moest overgaan tot boeteoplegging. De matrix maakt geen onderdeel uit van het boeterapport, maar is dus onderdeel van het proces dat uiteindelijk heeft geleid tot het boeterapport van 19 juli 2018. Ter zitting is uitgelegd dat alleen het boeterapport aan de boetefunctionaris is voorgelegd, niet de matrix. Dat de matrix van [eiseres 2] in een andere zaak achter een boeterapport is mee gekopieerd betreft een eenmalige fout, een datalek.
- 8.2 Gelet op de inhoud van het dossier en de door DNB gegeven uitleg ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat DNB vooringenomen heeft gehandeld. [eiseres 2] vermeldt geen concrete aanwijzingen die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. De rechtbank is niet gebleken dat met de matrix reeds vaststond dat de boete zou worden opgelegd. Het betreft een intern werkdocument dat tijdens het onderzoeksproces door de betreffende toezichthouder is gebruikt. Uit het dossier komt naar voren dat na het opstellen van de matrix nog nader onderzoek heeft plaatsgevonden. Er liep nog een nieuw onderzoek naar zes cliëntendossiers, er werden door [eiseres 2] herstelwerkzaamheden uitgevoerd en deze werden gecontroleerd door DNB naar aanleiding van geconstateerde tekortkomingen. Uiteindelijk zijn de resultaten van het onderzoek neergelegd in het boeterapport van 19 juli 2018 en is het voornemen tot boeteoplegging op 8 oktober 2019 kenbaar gemaakt. Niet is gebleken dat het voornemen tot boeteoplegging niet zelfstandig is opgesteld door de boetefunctionaris en vervolgens het boetebesluit niet zelfstandig door hem is genomen. De enkele omstandigheid dat tussen het rapport en voornemen een termijn van een jaar en drie maanden is verstreken, maakt ook niet dat [eiseres 2] daaraan een gerechtvaardigd vertrouwen kon ontleen dat DNB geen boete meer zou opleggen. Uit het dossier blijkt niet van enige toezegging of gewekte indruk in dat kader. DNB heeft ter zitting toegelicht dat het tijdsverloop tussen het boeterapport en het voornemen is veroorzaakt door de ingewikkeldheid van de zaak en de grote omvang van het dossier. Bij het onderzoek is de toezichthouder niet gebonden aan termijnen. De enige termijn die geldt voor beboeting is de algemene verjaringstermijn van vijf jaar (artikel 5:45 van de Awb). Ten tijde van het primaire besluit was deze termijn niet verstreken, zodat DNB op dat moment bevoegd was om over te gaan tot het opleggen van de bestuurlijke boetes.

Rechten van verdediging en gelijkheidsbeginsel

9. [eiseres 2] heeft verzocht om de ongeschoonde handhavingsmatrixen en informatie over vergelijkbare dossiers te verstrekken, maar heeft deze niet gekregen. [eiseres 2] betoogt door de handelswijze van DNB in bezwaar niet in staat te zijn geweest om te beoordelen of DNB in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld. Zij is daardoor in de uitoefening van haar rechten van verdediging belemmerd.

- 9.1 DNB heeft in beroep de handhavingsmatrix van 23 mei 2017, die dus betrekking heeft op [eiseres 2], en de handhavingsmatrixen van 6 maart 2017 en van 24 april 2017, die dus beide betrekking hebben op één andere financiële instelling, overgelegd. Na de 8:29- beslissing van de rechter-commissaris, waarin is geoordeeld dat beperkte kennisneming van de drie matrixen gerechtvaardigd is, beschikt [eiseres 2] over de geschoonde versies van alle drie de documenten. De rechtbank heeft kennis genomen van de ongeschoonde versies.
- 9.2 Voor het oordeel dat [eiseres 2] in de uitoefening van haar rechten van verdediging is belemmerd, acht de rechtbank geen grond aanwezig. Nog afgezien van het feit dat alle drie de geschoonde handhavingsmatrixen inmiddels aan [eiseres 2] zijn overgelegd en zij kennis heeft kunnen nemen van de daarin vermelde overwegingen, ligt aan de oplegging van de boete aan [eiseres 2] een boeterapport ten grondslag dat met het voornemen is overgelegd. Verder is zowel in het primaire als het bestreden besluit door DNB voldoende gemotiveerd waarom zij in dit geval het opleggen van een bestuurlijke boete gerechtvaardigd acht. Het verstrekken van de matrix(en) was gedurende de procedure dan ook niet noodzakelijk. Zoals reeds onder rechtsoverwegingen 8 tot en met 8.2 van deze uitspraak uiteen is gezet, is de handhavingsmatrix een intern werkdocument dat geen onderdeel vormt van het boeterapport en normaliter ook niet aan de andere partij wordt verstrekt. Door in beroep wel inzage te geven in deze documenten hebben zowel de rechtbank (geheel) als [eiseres 2] (gedeeltelijk) kennis kunnen nemen van de afwegingen in de onderzoeksfase. In de onderhavige matrixen is een vergelijking gemaakt met overtredingen bij een aantal andere financiële instellingen. Uit de matrix(en) komt het beeld naar voren dat dit onderzoek zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Daarnaast is ter zitting toegelicht dat de boetefunctionaris voordat hij de boete aan [eiseres 2] heeft opgelegd nog in breder verband de zaak met andere zaken heeft vergeleken.
- 9.3 Anders dan [eiseres 2] betoogt, volgt uit de uitspraak van deze rechtbank van 3 maart 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:1666) niet dat DNB in dit geval het bestreden besluit in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft genomen. Dat in die zaak aan de bestuurlijke boete, overigens wegens overtreding van andere bepalingen, eerst twee waarschuwingen vooraf zijn gegaan, betekent niet dat DNB daartoe in onderhavige zaak ook toe was gehouden. DNB heeft uitgelegd

dat, anders dan in die zaak, bij [eiseres 2] het nemen van herstelmaatregelen niet nodig was, omdat zij reeds tot herstel was overgegaan.

Hoogte van de boetes

10. [eiseres 2] betoogt dat de hoogte van de boetes dient te worden gematigd vanwege verminderde verwijtbaarheid, beperkte duur van de overtredingen, omvang van de onderneming en draagkracht. [eiseres 2] meent dat DNB de duur van de overtredingen niet juist heeft berekend. De draagkracht dient 'ex nunc' te worden getoetst aan de hand van de recente jaarcijfers en rekening houdend met de gevolgen van de coronacrisis. [eiseres 2] wenst inzage in een eventueel intern boetetoemtingsbeleid.

- 10.1 Op grond van artikel 28 van de Wwft en het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs), zoals de tekst destijds luidde, valt overtreding van artikelen 3, tweede lid, en artikel 16, eerste lid, van de Wwft in boetecategorie 2. Voor deze categorie geldt een basisbedrag van € 500.000,-. DNB is van oordeel dat sprake is van ernstige overtredingen, die [eiseres 2] volledig zijn te verwijten. Daarom ziet zij geen aanleiding het basisbedrag naar boven of beneden bij te stellen. In de omvang van de onderneming heeft zij wel aanleiding gezien om de basisbedragen van zowel de overtreding op grond van artikel 3, tweede lid, als artikel 16, eerste lid, van de Wwft elk te matigen tot € 10.000,-. De overtreding van artikel 16, eerste lid, van de Wwft heeft DNB met 50% verder gematigd tot € 5.000,-, omdat [eiseres 2] niet de oorspronkelijk verweten vier, maar twee transacties niet onverwijld heeft gemeld.

- 10.2 Op grond van artikel 6 van het Bbbfs, zoals dat artikel destijds luidde, valt overtreding van artikel 10b van de Sw in boetecategorie 1. Voor deze categorie geldt een basisbedrag van € 10.000,-. DNB ziet geen aanleiding het bedrag voor deze overtreding bij te stellen op grond van bijzondere omstandigheden.

Verminderde verwijtbaarheid

- 10.3 Van verminderde verwijtbaarheid is geen sprake. Van een professionele vergunninghoudende marktpartij als [eiseres 2] mag worden verwacht dat zij op de hoogte is van de geldende wet- en regelgeving en de verplichtingen naleeft. De specifieke culturele achtergrond van de cliënten ontslaat [eiseres 2] niet van haar plicht tot het verrichten van gedegen cliëntonderzoek als bedoeld in artikel 3 van de Wwft. Ook als het gangbaar is dat gelden worden opgespaard en naar het land van herkomst worden overgemaakt, had [eiseres 2] behoren vast te stellen wat de herkomst en de bestemming van deze geldmiddelen waren. Bij de vijf dossiers heeft [eiseres 2] dit niet of onvoldoende gedaan.

Evenredigheid

- 10.4 De rechtbank volgt het betoog van [eiseres 2] dat het opleggen van een boete onevenredig is niet. Dat [eiseres 2] medewerking zou hebben verleend en maatregelen heeft getroffen om de overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 2 van de RtSw te beëindigen, betekent echter, mede gelet op de ernst van de overtreding, niet dat een boetoplegging onevenredig is en dat DNB daarvan had moeten afzien. [eiseres 2] was wettelijk verplicht medewerking te verlenen en de overtreding te beëindigen. Dit vereiste geldt ook voor kleine ondernemingen. DNB is niet gehouden om een waarschuwing of herstelmaatregel aan een bestuurlijke boete te doen voorafgaan. Een bestuurlijke boete is, anders dan een waarschuwing of aanwijzing, een punitieve sanctie die zich naar haar aard richt op een gedraging in het verleden. Deze sanctie heeft, zoals ook wordt opgemerkt in het handhavingsbeleid van DNB en het bestreden besluit, niet alleen een bestraffende werking; in beginsel gaat daarvan ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen. [eiseres 2] heeft niet onderbouwd dat in gelijke gevallen anders gehandeld is door DNB.

Duur van de overtredingen

- 10.5 Het betoog dat DNB de periode van overtreding van artikel 3, tweede lid, van de Wwft niet juist heeft berekend, volgt de rechtbank niet. DNB heeft de periode gerekend vanaf de datum van de eerste transactie in het eerst beoordeelde cliëntdossier (29 augustus 2016) tot en met de datum van de laatst verrichte transactie in het laatst beoordeelde cliëntdossier (12 december 2016). De rechtbank acht deze wijze van berekening in dit geval juist. Waarom dit volgens [eiseres 2] niet zo is, heeft zij niet begrijpelijk beargumenteerd. Het door haar ter zitting gebezigde geval, dat tussen twee te onderzoeken dossiers bij een dergelijke berekening ook een tijdsperiode van tien jaar zou kunnen liggen en dat dan van een erg lange overtredingsduur sprake zou zijn, doet zich hier niet voor. Alle transacties uit de in dit geval onderzochte dossiers vallen binnen de periode van de tegenwerpen vijf maanden in 2016. Van een tijdsverloop van jaren tussen de verweten transacties is dus geen sprake.

Omvang onderneming

- 10.6 Het betoog van [eiseres 2] dat de boete voor overtreding van artikel 10b Sw dient te worden gematigd vanwege de omvang van de onderneming en de invloed op het concurrentievermogen, slaagt niet. Er was met boetecategorie 1 ten tijde hier van belang voorzien in een vast boetebedrag van € 10.000,-. Zoals uit artikel 5:46, derde lid, van de Awb volgt, kan slechts een lagere boete worden opgelegd wegens bijzondere omstandigheden. De omvang van de onderneming of het concurrentievermogen leveren niet een dergelijke bijzondere omstandigheid op. Met de opmerking dat de aan haar opgelegde boetes een concurrentieverstorend effect hebben, gaat [eiseres 2] voorbij aan het punitieve karakter van de boete en het feit dat van de boete tevens een preventief effect dient uit te gaan. Het niet naleven van wet- en regelgeving kan eveneens een concurrentieverstorend effect hebben.

Draagkracht

- 10.7 Zoals het CBb heeft overwogen in zijn uitspraak van 13 september 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:309) volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:685) dat een bestuursorgaan, indien het bij het opleggen van een boete rekening houdt met de draagkracht van de overtreder, daarbij acht dient te slaan op diens financiële positie ten tijde van het besluit tot het opleggen van de boete. Wordt de beslissing van een bestuursorgaan over de hoogte van een boete aan het oordeel van de rechter onderworpen, dan dient deze zijn oordeel dienaangaande te vormen met inachtneming van de te zijnen overstaan aannemelijk geworden omstandigheden waarin de belanghebbende op dat moment verkeert, waaronder diens draagkracht.

- 10.8 De rechtbank vindt in hetgeen [eiseres 2] heeft aangevoerd geen grond het beroep op beperkte draagkracht te honoreren. DNB heeft zich (ter zitting) terecht op het standpunt gesteld dat uit de in beroep overgelegde jaarrekening van 2019 blijkt dat het vrije vermogen van [eiseres 2] voldoende is om de boetes van in totaal € 25.000 te kunnen betalen. [eiseres 2] heeft niet aannemelijk gemaakt dat het voor haar onmogelijk zou zijn de boetes te betalen. Betaling leidt er voorts niet toe dat het eigen vermogen daalt tot onder het voor haar geldende wettelijk voorgeschreven minimum. Ten aanzien van de gestelde financiële gevolgen vanwege COVID-19 zijn geen recentere financiële stukken overgelegd, zodat die stelling niet nader is gemotiveerd en met feiten onderbouwd. De eerst ter zitting opgeworpen stelling dat de jaarlijkse toezichtskosten van DNB zijn verhoogd naar € 17.000,- kan evenmin leiden tot matiging van de boete nu daarmee niet is aangetoond dat de boetes niet kunnen worden betaald.

- 10.9 De rechtbank ziet in de door DNB gegeven toelichting op de wijze waarop zij de hoogte van de boetes heeft bepaald een toereikende motivering. Zoals DNB in haar brief van 24 februari 2021 heeft uitgelegd, is er geen intern boetetoemtingsbeleid. De onderhavige boetes zijn opgelegd conform het destijds geldende gepubliceerde boetebeleid van DNB waarvan [eiseres 2] kennis heeft kunnen nemen. De rechtbank ziet gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen reden voor matiging van de boetes.

Redelijke termijn en schadevergoeding

11. [eiseres 2] heeft geklaagd over de lange duur van de procedure.

- 11.1 Volgens vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:2016:252, ECLI:NL:RVS:2016:1261 en ECLI:NL:CBB:2017:32) geldt bij punitieve sancties als uitgangspunt dat de redelijke termijn is overschreden als, behoudens bijzondere omstandigheden, niet binnen twee jaar nadat deze termijn is aangevangen door de rechtbank uitspraak wordt gedaan. De termijn vangt aan op het moment dat het bestuursorgaan een handeling heeft verricht waaraan [eiseres 2] de verwachting kon ontleen dat het bestuursorgaan hem een boete zou opleggen. Dit is in de regel het moment van het voornemen tot boeteoplegging. De rechtbank ziet in dit geval geen aanleiding om van deze regel af te wijken.
- 11.2 De redelijke termijn begint in dit geval op 8 oktober 2018, het moment dat het voornemen tot boeteoplegging aan [eiseres 2] bekend is gemaakt. De rechtbank stelt vast dat de procedure die tot deze uitspraak heeft geleid gerekend vanaf het boetevoornemen langer dan twee jaar heeft geduurd. Van bijzondere omstandigheden die een langere termijn dan de gebruikelijke termijn van twee jaar rechtvaardigen, is de rechtbank niet gebleken. Dit betekent dat de redelijke termijn bijna zes maanden is overschreden.
- 11.3 Volgens eerder genoemde vaste jurisprudentie wordt bij een overschrijding van de redelijke termijn in punitieve zaken de boete in beginsel gematigd met 5% per half jaar (naar boven afgerond) dat de redelijke termijn is overschreden, tot een maximum van in het algemeen € 2.500,-. De rechtbank ziet geen aanleiding om in dit geval van dit uitgangspunt af te wijken. Om die reden zal de rechtbank de boetes van € 10.000,- elk met € 500,- en de boete van € 5.000,- met € 250,- verlagen. In hetgeen [eiseres 2] heeft aangevoerd met betrekking tot artikel 5:51 van de Awb ziet de rechtbank geen aanleiding voor verdere matiging.
- 11.4 Omdat de boetebedragen wegens overschrijding van de redelijke termijn worden verlaagd, wordt het bestreden besluit in zoverre vernietigd en het primaire besluit in zoverre herroepen. Het beroep is om deze reden gegrond. De rechtbank zal de boetes met toepassing van artikel 8:72a van de Awb vaststellen op respectievelijk twee keer € 9.500,- en € 4.750,-.

Griffierecht en proceskosten

12. Nu het beroep gegrond wordt verklaard, dient het griffierecht door DNB aan [eiseres 2] te worden vergoed.

13. Daarnaast vindt een veroordeling plaats in de door [eiseres 2] gemaakte proceskosten voor de behandeling van haar verzoek om matiging van de boetes vanwege overschrijding van de redelijke termijn. De rechtbank stelt de door haar in beroep gemaakte proceskosten op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 534,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor de zitting, met een waarde per punt van € 534,- en wegingsfactor 0,5 omdat het beroep enkel wegens overschrijding van de redelijke termijn gegrond wordt verklaard). Ook deze kosten moet DNB vergoeden.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover dat ziet op de hoogte van de boetes;
- herroept het primaire besluit voor zover dat ziet op de hoogte van de boetes, legt aan [eiseres 2] twee boetes op van € 9.500,- en één van € 4.750,- en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit;
- bepaalt dat DNB aan [eiseres 2] € 354,- aan griffierecht vergoedt;
- veroordeelt DNB in de proceskosten van [eiseres 2] tot een bedrag van € 534,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. D. Haan, voorzitter, mr. A.C. Rop en mr. D.J.M. de Grave, leden, in aanwezigheid van mr. E. Naaijen-van Kleunen, griffier. De uitspraak is uitgesproken in het openbaar op 29 maart 2021.

De griffier is buiten staat De voorzitter is verhinderd te tekenen

GRIFFIER

VOORZITTER

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

Bent u het niet eens met deze uitspraak?

Als u het niet eens bent met deze uitspraak, kunt u een brief sturen naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven waarin u uitlegt waarom u het er niet mee eens bent. Dit heet een beroepschrift. U moet dit beroepschrift indienen binnen zes weken na de dag waarop deze uitspraak is verzonden. U ziet deze datum hierboven.

Bijlage: wettelijk kader

Hieronder is de tekst van de artikelen opgenomen zoals deze luidde ten tijde van de overtredingen:

Op grond van artikel 3, eerste lid, van de Wwft verricht een instelling ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme cliëntenonderzoek.

Op grond van artikel 3, tweede lid, aanhef onder d, van de Wwft stelt het cliëntenonderzoek de instelling in staat om een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te oefenen, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en diens risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die bij de zakelijke relatie of de transactie gebruikt worden.

Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wwft verricht een instelling, onverminderd artikel 3, tweede, derde en vierde lid, verscherpt cliëntenonderzoek indien en naar gelang een zakelijke relatie of transactie naar haar aard of in verband met de staat waar de cliënt woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft een hoger risico op

witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt. Bij ministeriële regeling kunnen categorieën zakelijke relaties en transacties worden aangewezen die naar hun aard een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengen.

Op grond van artikel 16, eerste lid, van de Wwft meldt een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan de Financiële inlichtingen eenheid (FIU).

Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Wwft worden bij algemene maatregel van bestuur, zo nodig per daarbij te onderscheiden categorieën transacties, indicatoren vastgesteld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een transactie wordt aangemerkt als een ongebruikelijke transactie.

Op grond van artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit Wwft worden de indicatoren, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de wet, vastgesteld zoals opgenomen in de bijlage bij dit besluit.

In de bijlage Indicatorenlijst is in de tabel per instelling opgenomen welke indicatoren in de zin van artikel 15, eerste lid, van de wet gelden voor die instelling

INSTELLING

TOEPASSELIJKE INDICATOREN

BETAALDIENSTVERLENER (ARTIKEL 1, EERSTE LID, ONDERDEEL A, SUBONDERDEEL 20, VAN DE WET)

BIJKANTOOR IN NEDERLAND VAN BETAALDIENSTVERLENER MET ZETEL BUITEN NEDERLAND (ARTIKEL 1, EERSTE LID, ONDERDEEL A, SUBONDERDEEL 9 JO. SUBONDERDEEL 20, VAN DE WET)

EEN TRANSACTIE WAARBIJ DE INSTELLING AANLEIDING HEEFT OM TE VERONDERSTELLEN DAT DEZE VERBAND KAN HOUDEN MET WITWASSEN OF FINANCIEREN VAN TERRORISME.

EEN TRANSACTIE VAN OF TEN BEHOEVE VAN EEN (RECHTS)PERSOON DIE WOONACHTIG OF GEVESTIGD IS OF ZIJN ZETEL HEEFT IN EEN OP GROND VAN ARTIKEL 9 VAN DE WET AANGEWEEZEN STAAT.

EEN TRANSACTIE VOOR EEN BEDRAG VAN € 15.000 OF MEER, WAARBIJ CONTANTE OMWISSELING IN EEN ANDERE VALUTA OF VAN KLEINE NAAR GROTE COUPURES PLAATSVINDT.

EEN CONTANTE STORTING VOOR EEN BEDRAG VAN € 15.000 OF MEER TEN GUNSTE VAN EEN CREDITCARD OF EEN VOORAF BETAALD BETAALINSTRUMENT (PREPAID CARD).

HET GEBRUIK VAN EEN CREDITCARD OF EEN VOORAF BETAALD BETAALINSTRUMENT (PREPAID CARD) IN VERBAND MET EEN TRANSACTIE VOOR EEN BEDRAG VAN € 15.000 OF MEER.

EEN GELDTRANSFER VOOR EEN BEDRAG VAN € 2.000 OF MEER, TENZIJ HET EEN GELDTRANSFER BETREFT DOOR EEN INSTELLING DIE DE AFWIKKELING VAN BEDOELDE GELDTRANSFER OVERLAAT AAN EEN ANDERE INSTELLING OP WELKE DE MELDINGSPLICHT, BEDOELD IN ARTIKEL 16, EERSTE LID, VAN DE WET, EVENEENS VAN TOEPASSING IS.

Op grond van artikel 10b, eerste lid, Sw kan Onze Minister van Financiën regels stellen voor de bedrijfsvoering met betrekking tot de administratieve organisatie en de interne controle van de instellingen, bedoeld in artikel 10, tweede lid, onder a tot en met j.

Op grond van artikel 2, eerste lid, van de RtSw waarborgt de instelling dat zij op het gebied van de administratieve organisatie en interne controle maatregelen heeft getroffen ter naleving van de Sanctieregeling.

Op grond van het tweede lid zien de maatregelen als bedoeld in het eerste lid tenminste op een adequate controle van de administratie van de instelling op het overeenkomen van de identiteit van een relatie met een (rechts)persoon of entiteit, als bedoeld in de Sanctieregeling, met het oog op het bevriezen van de financiële middelen van die relatie of het voorkomen van het ter beschikking stellen van financiële middelen of diensten aan die relatie.

Op grond van artikel 5:46, eerste lid, van de Awb bepaalt de wet de bestuurlijke boete die wegens een bepaalde overtreding ten hoogste kan worden opgelegd.

Op grond van het tweede lid 2 stemt het bestuursorgaan, tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Op grond van het derde lid legt het bestuursorgaan indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, niettemin een lagere bestuurlijke boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.