

ECLI:NL:CBB:2024:316

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	30-04-2024
Datum publicatie	30-04-2024
Zaaknummer	22/2490 en 23/1042
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2022:8479, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Wtt. Boetebesluiten. Hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 oktober 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:8479). De Nederlandsche Bank (DNB) heeft aan een aantal trustkantoren bestuurlijke boetes opgelegd, omdat zij in een bepaalde periode niet beschikten over een onafhankelijke en effectieve auditfunctie. Het College verklaart het (principaal) hoger beroep van de trustkantoren gegrond en verklaart het (incidenteel) hoger beroep van DNB deels gegrond. Het College acht twee boetes niet evenredig, onder andere vanwege de lagere relevante omzet van beide trustkantoren. Volgens het College is de rechtbank bij de matiging van de boetes wegens overschrijding van de redelijke termijn ten onrechte uitgegaan van een maximum van 5.000,-, nu het College in de regel alleen bij boetes op grond van de Mededingingswet (kartelboetes) een matiging van 5 % toepast voor ieder half jaar, met een maximum van 5000,- per half jaar overschrijding. Het College ziet in dit geval geen reden om van deze regel af te wijken. Het College vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover het de hoogte van de opgelegde boetes betreft, en stelt de boetes zelf opnieuw vast.
Wetsverwijzingen	Wet toezicht trustkantoren
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 22/2490 en 23/1042

uitspraak van de meervoudige kamer van 30 april 2024 op de hoger beroepen van:

[naam 1] B.V. ([naam 1]),

[naam 2] B.V. ([naam 2]),

[naam 3] B.V. ([naam 3]) en

[naam 4] B.V. ([naam 4])

alle gevestigd te [plaats] ([naam 5]) (gezamenlijk: [naam 6])

(gemachtigden: mr. G.P. Roth en mr. P. Smith),

en

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB)

(gemachtigde: mr. J.W.M. Hagelaars),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 oktober 2022, kenmerk ROT 21/2942, in het geding tussen [naam 6] en DNB.

Procesverloop in hoger beroep

[naam 6] heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank van 17 oktober 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:8479, ook wel: de aangevallen uitspraak).

DNB heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen die uitspraak.

[naam 6] en DNB hebben een reactie op elkaars hogerberoepschriften ingediend.

De zitting was - met gesloten deuren - op 22 november 2023. Aan de zitting hebben de gemachtigden van [naam 6] en DNB deelgenomen. Voor [naam 6] was tevens aanwezig [naam 7] en voor DNB waren ook aanwezig [naam 8] , [naam 9] en [naam 10] .

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2.1 [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] zijn trustkantoren in de zin van de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018).

1.2.2 De activiteiten van [naam 1] bestaan uit het adviseren van ondernemingen op het gebied van bedrijfsvoering, het leidinggeven aan ondernemingen, het bemiddelen bij aan- en verkoop van ondernemingen, evenals deelnemen in, voeren van beheer over of het zich op enige wijze financieel interesseren in andere ondernemingen.

1.2.3

De activiteiten van [naam 2] bestaan uit trustactiviteiten, die van [naam 3] uit het voeren van directie over vennootschappen en die van [naam 4] uit het voeren van financiële holding activiteiten.

1.3 Met de besluiten van 15 oktober 2020 (boetebesluiten) heeft DNB aan [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 1] bestuurlijke boetes opgelegd, omdat zij in de periode 1 januari 2017 tot en met 27 januari 2020 niet beschikten over een onafhankelijke en effectieve auditfunctie. Dit levert voor de periode tot 1 januari 2019 een overtreding op van artikel 10, eerste lid, Wet toezicht trustkantoren (Wtt) (oud) en artikel 7, tweede lid, van de Regeling integrale bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014 (Rib 2014) en voor de periode daarna tot en met 27 januari 2020 een overtreding van artikel 15, tweede lid, Wtt 2018 en artikel 18, eerste lid, Besluit toezicht trustkantoren (Btt 2018). Voor [naam 1] bedraagt de boete 75.000,- en voor [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] ieder afzonderlijk 25.000,-.

1.4 Met het besluit van 21 april 2021 (bestreden besluit) waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft DNB het bezwaar van [naam 6] tegen de boetebesluiten ongegrond verklaard.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en het bestreden besluit voor zover dat ziet op de hoogte van de boetes vernietigd. De rechtbank heeft de boetebesluiten voor zover die zien op de hoogte van de boetes herroepen en aan [naam 1] een boete opgelegd van 71.250,- en aan [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] ieder afzonderlijk een boete van 23.750,-.

2.2 De rechtbank heeft daartoe, voor zover nog van belang, het volgende overwogen (waarbij voor eiseressen moet worden gelezen: [naam 6]).

Heeft DNB de hoogte van de boetes terecht vastgesteld?

10. De rechtbank is van oordeel dat DNB op basis van het [in artikel 3 van het Algemeen boetetoemingsbeleid DNB neergelegde, toevoeging door het College] stappenplan de hoogte van de boetes juist heeft vastgesteld.

Stap 2, ernst en/of duur van de overtreding

11.2 De omstandigheid dat de verplichte auditfunctie onder het oude regime in een regeling en niet in de wet zelf was opgenomen en toen maar één van de elementen van artikel 10 van de Wtt oud vormde, leidt er niet toe dat onder het oude regime de overtreding van die verplichting minder ernstig was. DNB hoefde op basis van deze omstandigheid dan ook niet de boete te verlagen.

Stap 5, de omvang van de overtreder

12.2 De rechtbank overweegt dat als hoofdregel bij stap 5 geldt dat DNB op basis van de omvang van de overtreder een boetepercentage vaststelt dat zij toepast op het boetebedrag dat op basis van stap 1 tot en met stap 4 is berekend. Bij trustkantoren wordt de omvang bepaald aan de hand van de omzet. Bij een omzet van 100.000,00 of minder hanteert DNB een boetepercentage van 5%.

12.3 De rechtbank ziet in wat eiseressen hebben aangevoerd geen reden waarom het Abb DNB [Algemeen boetetoemingsbeleid DNB, toevoeging door het College] op het punt van het bepalen van de omvang van de overtreder buiten toepassing moet worden verklaard. Alleen het gebruik van een ondergrens van 5% is daarvoor onvoldoende. Zoals eiseressen ook zelf hebben aangevoerd voorziet stap 5 namelijk in de mogelijkheid om bij bijzondere omstandigheden een lager boetepercentage te hanteren

als het percentage op basis van omvangstabel niet passend is. Daarnaast heeft DNB terecht naar voren gebracht dat het boetebedrag op basis van de overige stappen, waartoe ook de draagkracht behoort, nog verder kan worden verlaagd. Van grofmazig beleid is dus geen sprake.

12.4 Ook ziet de rechtbank in wat eiseressen hebben aangevoerd geen reden waarom DNB bij stap 5 niet van de ondergrens van 5% heeft mogen uitgaan en op basis van de omzet tot een lager boetepercentage had moeten uitkomen. De argumenten die eiseressen hebben aangedragen zijn niet als bijzondere omstandigheden aan te merken op basis waarvan DNB de hardheidsclausule van onderdeel d van stap 5 had behoren toe te passen. Hiervoor is niet genoeg dat [naam 2] en [naam 4] kleine omzetten hebben en dat daardoor de boetes op basis van de ondergrens boetes van een veelvoud van deze omzetten opleveren. De ondergrens van 5% is juist bedoeld voor trustkantoren die een kleine omzet hebben, zodat daarmee bij het bepalen van de ondergrens rekening wordt gehouden. Daarnaast moet stap 5 los worden gezien van de draagkracht waarop stap 8 ziet en op basis waarvan het boetebedrag verder kan worden verlaagd. []

12.5 Verder is de rechtbank van oordeel dat voor zover het bestreden besluit ingaat op de mogelijkheid die onderdeel d van stap 5 biedt, dit wel summier en algemeen is gemotiveerd, maar dat uit de motivering die in het bestreden besluit en ter zitting wel is gegeven, voldoende de essentie naar voren komt dat DNB vindt dat uit een lager boetepercentage dan 5% onvoldoende prikkel voortvloeit, waarbij zij opmerkt dat de overige stappen uiteindelijk nog een lagere boete kunnen opleveren. []

13.2 [] Eiseressen ontkennen niet dat [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] alle vier aparte trustkantoren zijn, alle vier onder het begrip trustkantoor uit de Wtt oud en Wtt 2018 vallen en alle vier een overtreding van de verplichte auditfunctie hebben begaan. Dit betekent dat DNB bevoegd is om alle eiseressen ook apart een boete op te leggen. De reden waarom binnen een groep meerdere onder de Wtt vallende trustkantoren zitten, is daarvoor niet van belang. Dit is een bedrijfsmatige keuze. [] Het uitgangspunt van de regelgeving is dus om per trustkantoor een boete op te leggen en die boete per trustkantoor te bepalen. Het evenredigheidsbeginsel strekt niet zo ver dat DNB in afwijking van dat uitgangspunt toch dergelijke boetes moet verlagen alleen vanwege het feit dat de verschillende trustkantoren bij een groep horen. []

Stap 8, draagkracht

[]

14.2.1 Het argument van eiseressen dat DNB bij het bepalen van de draagkracht niet het eigen vermogen mag betrekken dat uit niet-trustactiviteiten voortkomt, slaagt niet. Stap 8 van het Abb DNB, artikel 4 van het Bbbfs [Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, toevoeging door het College] en de Nota van toelichting bij artikel 4 van het Bbbfs (Staatsblad 2009, 329) gaan namelijk alle van de draagkracht van de overtreder uit. [] Niet alleen de omzet behaald met trustactiviteiten, maar ook de overige gegevens over de financiële positie van eiseressen zijn relevant voor de vraag of zij door de hoogte van de boete onevenredig worden getroffen en of de boete al dan niet moet worden verlaagd. []

14.2.2 Wel brengen eiseressen terecht naar voren dat in het bestreden besluit niet is gemotiveerd waarom bij het bepalen van de draagkracht het eigen vermogen mag worden meegenomen die uit niet-trustactiviteiten voortkomt, ondanks dat zij dat in bezwaar wel heeft aangevoerd. Het bestreden besluit is daarom op dit punt in strijd met motiveringsbeginsel. [] DNB heeft in het verweerschrift deze motivering alsnog gegeven. In dat verband heeft DNB toegelicht dat het Abb DNB geen onderscheid naar herkomst van het vermogen maakt, dat dit ook in zijn algemeenheid bij bestuurlijke boetes geldt en dat anders aan de afschrikwekkende en corrigerende rol van bestuurlijke boetes afbreuk wordt gedaan. [] De rechtbank is daarom van oordeel dat het motiveringsgebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Awb kan worden gepasseerd.[]

14.3 Ook het argument van eiseressen dat een deel van het eigen vermogen van [naam 4] niet bij het bepalen van de draagkracht mag worden meegewogen omdat [naam 4] het eigen vermogen in het

kader van de AIFMD [Alternative Investment Fund Managers Directive, toevoeging door het College] naar 112.500,00 heeft moeten verhogen en dat dit losstaat van de trustdiensten die [naam 4] later ook is gaan verrichten, slaagt niet. Ook dit zou bij het bepalen van draagkracht tot de niet inde regelgeving beoogde onderscheid naar herkomst leiden.

14.4 Daarnaast slaagt het argument van eiseressen over dubbeltelling bij [naam 1] niet. Er vindt namelijk geen dubbeltelling plaats, omdat [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] alle vier apart worden beboet voor vier aparte overtredingen die zij los van elkaar zijn begaan. Het eigen vermogen van [naam 1] wordt dus niet tweemaal als maatstaf gebruikt om de draagkracht te berekenen bij het opleggen van een en dezelfde boete.

14.5 Ook het argument van eiseressen dat DNB te kort door de bocht gaat als zij bij het bepalen van de draagkracht alleen op het eigen vermogen acht slaat, slaagt niet. [] Zij stellen zich alleen op het standpunt dat DNB de draagkracht op onjuiste wijze heeft vastgesteld door alleen op het eigen vermogen acht te slaan. Eiseressen willen dus een principiële uitspraak over de wijze waarop DNB de draagkracht bij stap 8 moet vaststellen. Dit valt buiten de omvang van deze zaak. Het gaat er namelijk niet om of DNB in het algemeen de draagkracht op een juiste wijze vaststelt, maar of de draagkracht van eiseressen voldoende is om de opgelegde boete te kunnen betalen en eiseressen hebben dit nu juist niet aangevoerd. Dit hebben eiseressen tijdens de zitting ook bevestigd. []

Is de redelijke termijn overschreden?

[]

15.2 [] Als de redelijke termijn wordt overschreden, wordt in principe voor ieder half jaar of een gedeelte daarvan dat de redelijke termijn in de procedure als geheel is overschreden de boete met 5% verlaagd met een maximum van 5.000,00. []

15.3 [] De redelijke termijn is in deze procedure daarmee met eenmaal een gedeelte van een half jaar overschreden. Dit leidt tot een verlaging van de bestuurlijke boetes met 5%, met een maximum van 5.000,00.

15.4 Dit betekent dat de boete van [naam 1] van 75.000,00 met een bedrag van 3.750,00 tot 71.250,00 wordt verlaagd. De boetes van [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] van ieder apart 25.000,00 worden met een bedrag van 1.250,00 tot 23.750,00 verlaagd. []

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Inleiding, leeswijzer en oordeel

3.1 In hoger beroep is niet in geschil dat de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] ieder afzonderlijk de hiervoor onder 1.3 weergegeven overtreding hebben begaan en dat DNB aldus bevoegd was ter zake van die overtreding aan ieder van hen een bestuurlijke boete op te leggen. Het geschil gaat in essentie alleen nog maar over de hoogte van de door DNB aan [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] opgelegde bestuurlijke boetes. [naam 6] heeft daartoe drie hogerberoepsgronden aangevoerd. DNB heeft twee hogerberoepsgronden aangevoerd, die ook betrekking hebben op de hoogte van de boetes.

3.2 Het College oordeelt dat het hoger beroep van [naam 6] en het hoger beroep van DNB deels gegrond zijn. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak wordt vernietigd voor zover het de hoogte van de aan [naam 1] , [naam 2] en [naam 4] opgelegde boetes betreft. Het College stelt de aan hen opgelegde

boetes zelf opnieuw vast. Dat leidt voor [naam 2] en [naam 4] ieder afzonderlijk tot een boete ter hoogte van 9.500,- en voor [naam 1] van 72.500,-. Voor het overige zal het College de uitspraak van de rechtbank bevestigen.

- 3.3 Na een overweging over de beoordeling van de evenredigheid van een opgelegde boete in het algemeen, beoordeelt het College de eerste hogerberoepsgrond van [naam 6] en aansluitend de eerste hogerberoepsgrond van DNB. Omdat de tweede en derde hogerberoepsgrond van [naam 6] zich lenen voor gezamenlijke bespreking, zal het College deze beide gronden daarna tezamen beoordelen. Vervolgens komt de tweede hogerberoepsgrond van DNB aan de orde. Na een conclusie geeft het College zijn beslissing.

Toetsing van boetes

4 Zoals het College eerder heeft overwogen toetst de rechter zonder terughoudendheid of de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en aldus een evenredige sanctie vormt (zie bijvoorbeeld onder 6.1 van de uitspraak van 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275, en onder 8.1 van de uitspraak van 2 november 2021, ECLI:NL:CBB:2021:967). Het College gebruikt daarbij als criterium of de bestuurlijke boete passend en geboden is. Tegen deze achtergrond bespreekt het College hierna de door [naam 6] en DNB aangevoerde hogerberoepsgronden.

Is de overtreding van artikel 10 Wtt (oud) minder ernstig in verband met de normstelling in dat artikel (eerste hogerberoepsgrond [naam 6])?

- 5.1 In haar eerste hogerberoepsgrond komt [naam 6] op tegen het oordeel van de rechtbank onder 11.2 van de aangevallen uitspraak. Zij betoogt dat het voor de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding wel degelijk uitmaakt dat de verplichte auditfunctie niet in de Wtt (oud) was opgenomen, maar slechts één van de elementen van artikel 10 Wtt (oud) vormde, nader uitgewerkt in de Rib 2014. Het aan artikel 10 Wtt (oud) gekoppelde basisbedrag van 500.000,- ziet dus niet alleen op deze verplichting, maar staat in de sleutel van de integere bedrijfsvorming. Dit is een veel bredere norm, waarvan de verplichting zorg te dragen voor een onafhankelijk en effectieve auditfunctie slechts een onderdeel is. Daarom is volgens [naam 6] wat betreft de periode tot 1 januari 2019 sprake van een sterk verminderde ernstige overtreding van artikel 10 Wtt (oud) en zou de boete naar evenredigheid moeten worden verlaagd.
- 5.2 DNB heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

- 5.3 Het College is met de rechtbank van oordeel dat de omstandigheid dat de verplichte auditfunctie onder de Wtt (oud) niet in de wet zelf was opgenomen niet betekent dat overtreding van die verplichting minder ernstig is dan overtreding van diezelfde verplichting zoals thans opgenomen in de Wtt 2018. De normstelling onder artikel 10 van de Wtt (oud) en artikel 7 van de Rib 2014 is materieel gelijk aan die van artikel 15, tweede lid, van de Wtt 2018. Verder heeft de rechtbank terecht overwogen dat op basis van de toen geldende regelgeving overtreding van artikel 10 van de Wtt (oud) werd aangemerkt als een categorie 2-overtreding, waaraan een basisbedrag van 500.000,- was gekoppeld. Daarbij maakte het niet uit welk element uit artikel 10 van de Wtt (oud) werd overtreden; het basisbedrag was steeds 500.000,-. Dit betekent dat de eerste hogerberoepsgrond van [naam 6] niet slaagt.

Is het bestreden besluit in strijd met het motiveringsbeginsel (eerste hogerberoepsgrond DNB)?

- 6.1 De eerste hogerberoepsgrond van DNB is gericht tegen het oordeel van de rechtbank onder 14.2.2 van de aangevallen uitspraak. Volgens DNB heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat DNB in het bestreden besluit niet heeft gemotiveerd waarom bij het bepalen van de draagkracht ook het eigen vermogen mag worden meegenomen dat uit niet-trustactiviteiten voortkomt. Hoewel het bestreden besluit op dit punt summier was, kan niet worden volgehouden dat onvoldoende is gereageerd op het

bezwaar van [naam 6] . Op dit punt hield dat bezwaar van [naam 6] niet méér in dan de blote stelling dat geen rekening mocht worden gehouden met het eigen vermogen, omdat dat ook door niet-trustactiviteiten was opgebouwd. Waarom dat laatste relevant is valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien. Daarnaast heeft [naam 6] in bezwaar niet gesteld dat haar draagkracht onvoldoende zou zijn. In het bestreden besluit is duidelijk toegelicht dat DNB alleen matigt op grond van draagkracht indien aannemelijk is dat het boetebedrag de draagkracht van de overtreder overstijgt. Dat is hier niet het geval en dat is in het bestreden besluit helder verwoord.

6.2 [naam 6] heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

6.3 Het College stelt vast dat [naam 6] in bezwaar heeft aangevoerd dat DNB er in het kader van het bepalen van de draagkracht niet mee kon volstaan om acht te slaan op het eigen vermogen van [naam 1] , [naam 4] , [naam 3] en [naam 2] , omdat het eigen vermogen van deze entiteiten niet alleen is opgebouwd door trustactiviteiten, maar ook door geheel andere, niet-vergunningplichtige activiteiten. In het bestreden besluit heeft DNB volstaan met de reactie dat zij niet inziet waarom de draagkracht van de [naam 6] -entiteiten niet zou mogen worden beoordeeld aan de hand van het eigen vermogen van de vennootschappen. Het College kan de rechtbank volgen in haar oordeel dat deze reactie tekortschiet en dat aldus sprake is van een motiveringsgebrek. De eerste hogerberoepsgrond van DNB faalt.

Zijn de boetes voor [naam 4] en [naam 2] onevenredig in verband met hun omzet, de cumulatie van de boetes van [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] en hun door DNB bepaalde draagkracht (tweede en derde hogerberoepsgrond van [naam 6])?

7.1.1 In haar tweede hogerberoepsgrond komt [naam 6] op tegen het oordeel van de rechtbank onder 12.3, 12.4, 12.5 en 13.2 van de aangevallen uitspraak.

7.1.2 Volgens [naam 6] heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat het Algemeen boetetoemittingsbeleid van DNB (Stcrt. 2020, 63846, Abb) voldoende is gedifferentieerd en niet te grofmazig is, althans dat DNB terecht heeft vastgehouden aan de 5% ondergrens bij het bepalen van de hoogte van de boetes van [naam 4] en [naam 2] . Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt DNB rekening met de omvang van de overtreder. Bij trustkantoren wordt de omvang bepaald door de relevante omzet; voor [naam 4] en [naam 2] is die respectievelijk 9.250,- en 4.500,-. Dit betekent dat de aan deze ondernemingen opgelegde boetes van 25.000,- een veelvoud betreffen van de door hen behaalde omzet. Dit is onevenredig, zeker ook als dat wordt afgezet tegen de aan [naam 3] opgelegde boete. Deze onderneming had een omzet van 68.095,- en is door DNB eveneens als klein trustkantoor aangemerkt. Hoewel het uitgangspunt van DNB en de rechtbank dat er een zekere prikkel van de boete moet uitgaan juist is, ziet [naam 6] niet in waarom niet een zekere prikkel zou uitgaan van boetes van bijvoorbeeld 10.000,-. De toepassing van het boetepercentage van 5% van het Abb heeft voor [naam 4] en [naam 2] geleid tot een onevenredige boeteoplegging. Tegen die achtergrond had het Abb buiten toepassing moeten blijven, dan wel had DNB ervoor moeten kiezen een lager boetepercentage dan 5% te hanteren. Stap 5, onder d, van het Abb biedt bovendien de mogelijkheid om een afwijkend boetepercentage te hanteren, als het boetepercentage dat op basis van de toepasselijke omvangtabel is berekend in een specifiek geval nog immer niet passend is. [naam 6] verwijst verder naar de uitspraak van het College van 2 februari 2021 (ECLI:NL:CBB:2021:101), waaruit blijkt dat het relatieve formaat van een overtreder ten opzichte van de sector wel degelijk een rol speelt en kan leiden tot een matiging van de boete. In deze uitspraak ging het om drie trustkantoren, alle drie met een beduidend hogere omzet dan de [naam 6] -entiteiten, aan wie een boete van 20.000,- was opgelegd, terwijl het bij [naam 6] gaat om boetes van 75.000,- en 25.000,-, en deze boetes een veel hoger percentage van de omzet behelsden. Hieruit blijkt dat DNB willekeurig te werk is gegaan.

7.1.3

Daarnaast voert [naam 6] aan dat het evenredigheidsbeginsel met zich brengt dat de cumulatie van de vier boetes had moeten meewegen bij het bepalen van de hoogte van de boetes. [naam 4] en [naam 3] zijn dochtermaatschappijen van [naam 1] en [naam 1] is de uiteindelijk belanghebbende van [naam 2]. Dat er vier afzonderlijke entiteiten bestaan heeft vooral een organisatorische achtergrond. Organisatorisch gezien zijn [naam 3], [naam 2] en [naam 4] een aanvulling op de dienstverlening van [naam 1]. Tegen die achtergrond is het onterecht en disproportioneel dat DNB vier afzonderlijke boetes heeft opgelegd in plaats van één boete voor [naam 6] als geheel. In dat laatste geval zou de opgelegde boete veel lager zijn uitgekomen dan 150.000,-, omdat de omzet van alle entiteiten bij elkaar opgeteld ertoe leidt dat de rekenregel van de zogenoemde middencategorie van het Abb van toepassing zou zijn. DNB heeft niet gemotiveerd of het totale boetebedrag van 150.000,- evenredig is en/of alle [naam 6]-entiteiten tezamen, dan wel alleen [naam 1], genoeg draagkracht hebben om deze boete van 150.000,- te dragen. Een boete van in totaal 150.000,- is onevenredig hoog, zeker ook gezien de samenloop van de overtredingen. Vanwege de organisatorische verbondenheid tussen de vier entiteiten is het niet vreemd dat bij geen van alle een auditfunctie was geïmplementeerd.

7.2 In haar derde hogerberoepsgrond komt [naam 6] op tegen het oordeel van de rechtbank onder 14.2.1 tot en met 14.5 van de aangevallen uitspraak. Volgens [naam 6] is het feit dat het eigen vermogen van de [naam 6]-entiteiten niet alleen bestaat uit inkomsten uit trust-activiteiten, maar ook uit andere niet-vergunningplichtige activiteiten, een relevant gegeven om mee te wegen bij het bepalen van de draagkracht van [naam 6]. Het is niet redelijk dat eigen vermogen dat is opgebouwd met niet-trustwerkzaamheden, zou moeten worden aangesproken voor het betalen van boetes die uitsluitend voortkomen uit trustwerkzaamheden. [naam 6] wijst in dit verband naar de heffing die DNB in rekening brengt voor haar toezicht, die ook alleen wordt berekend over de omzet die wordt behaald via trustdienstverlening. Verder wijst [naam 6] op de onevenredige gevolgen voor de hoogte van de boete wanneer wordt uitgegaan van het eigen vermogen van de overtreder. Een onderneming die in het verleden niet is overgegaan tot dividenduitkering zou dan extra worden gestraft, omdat deze dan een relatief hoog eigen vermogen heeft. Ook miskent de rechtbank dat het eigen vermogen van [naam 1] dat is gebruikt om de draagkracht van [naam 1] vast te stellen voor een groot deel bestaat uit de deelnemingen die zelf ook weer zijn beboet voor dezelfde overtredingen, waardoor [naam 1] als het ware tweemaal wordt gestraft. Ook heeft de rechtbank ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat [naam 4] in het kader van de AIFMD is opgericht en zelf in zeer beperkte mate trustdiensten verleende, maar het eigen vermogen heeft moeten ophogen naar 112.500,-. In dat verband verwijst [naam 6] naar een recente aanpassing van de omvangtabel in het Abb voor beleggingsondernemingen, waaruit blijkt dat DNB wel degelijk rekening houdt met de minimumkapitaaleisen bij het bepalen van de hoogte van de boete.

7.3 DNB heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Volgens DNB moet stap 5 (omvang) van het stappenplan van het Abb los worden gezien van stap 8 (draagkracht). Bij stap 5 wordt op basis van een omvangcriterium het boetepercentage bepaald, waarbij de ondergrens (voor kleine ondernemingen in de trustsector) 5% bedraagt. Dit betekent voor [naam 2], [naam 4] en [naam 2] een (vergaande) verlaging met 95%. De gedachte achter de ondergrens van 5% is dat hoe klein een onderneming ook is, er een boete moet worden opgelegd waarvan een zekere punitieve en preventieve werking uitgaat. Bij stap 8 van het stappenplan kan een verdere matiging plaatsvinden op grond van de draagkracht, waarbij wordt gekeken naar het eigen vermogen. [naam 3] en [naam 2] kunnen een boete van 25.000,- dragen. De wetgever vindt, gelet op de ernst en het belang van de maatschappij, als uitgangspunt een basisboete van 500.000,- op zijn plaats. Een lager bedrag dan 25.000,- zou afbreuk doen aan de punitieve en preventieve werking van de boete. Voor verdere verlaging van het boetepercentage op grond van stap 5, onder d, bestaat in dit geval geen aanleiding. De verwijzing door [naam 6] naar de uitspraak van het College van 2 februari 2021 snijdt geen hout. Uit deze uitspraak blijkt juist dat de verschillen in omvang niet tot een andere boetehoogte hoeven te leiden. Het evenredigheidsbeginsel brengt evenmin mee dat de cumulatie van boetes op groepsniveau zou moeten worden beoordeeld. Er is in dit geval sprake van verschillende individuele rechtspersonen die alle afzonderlijk als overtreder zijn te beschouwen. Met de gekozen organisatorische achtergrond hoeft

DNB geen rekening te houden. Wat betreft de draagkracht (stap 8) heeft DNB erop gewezen dat de bronnen van de betaalcapaciteit of de herkomst van eventueel vermogen voor het vaststellen van de draagkracht niet ter zake doen. De draagkracht is slechts van belang indien en voor zover de boete deze draagkracht zou overstijgen. In het geval van [naam 6] is de draagkracht echter ruim voldoende.

7.4 Het College zal de tweede en derde hogerberoepsgrond van [naam 6] gezamenlijk bespreken.

7.4.1 Zoals de rechtbank ook heeft overwogen (onder 9.2 van de aangevallen uitspraak) heeft DNB bij het bepalen van de hoogte van de boetes het in artikel 3 van het Abb omschreven stappenplan toegepast. Bij dit stappenplan hanteert DNB het basisbedrag uit het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector als vertrekpunt (stap 1), waarna zij eventueel dit bedrag verhoogt of verlaagt aan de hand van de ernst en/of duur van de overtreding (stap 2), de mate van verwijtbaarheid (stap 3), mogelijke recidive (stap 4), de omvang van de overtreder (stap 5), de passendheid (stap 6), het mogelijk verkregen voordeel (stap 7) en de draagkracht (stap 8).

7.4.2 Bij stap 5, onder a, van het Abb neemt DNB de omvang van de overtreder in acht. Daarbij hanteert DNB omvangtabel I voor overtredingen van voorschriften als hier aan de orde die zijn ingedeeld in boetecategorie 2. Voor trustkantoren wordt de omvang bepaald door de omvang van de instelling. Kort gezegd geldt voor instellingen met een omzet van 100.000,- of lager een boetepercentage van 5%, voor instellingen met een omzet tussen de 100.000,- en 5 miljoen een pro rata boetepercentage tussen de 5% en 100% en voor instellingen met een omzet van meer dan 5 miljoen een boetepercentage van 100%. Stap 5, onder d, van het Abb bepaalt dat als het boetepercentage dat op basis van de toepasselijke omvangtabel is berekend in een specifiek geval niet passend zou zijn, DNB een afwijkend boetepercentage kan hanteren. In stap 6 is de passendheidstoets neergelegd, die erop neerkomt dat DNB het op basis van de stappen 1 tot en met 5 berekende boetebedrag kan verlagen op grond van bijzondere omstandigheden zoals daar weergegeven. Stap 8 gaat over de draagkracht; DNB houdt zo nodig rekening met de financiële omstandigheden waarin de overtreder verkeert. Indien aannemelijk is dat het op grond van de stappen 1 tot en met 7 berekende boetebedrag de draagkracht van de overtreder overstijgt, gaat DNB in beginsel tot matiging over.

7.4.3 Het College is met de rechtbank van oordeel dat DNB bevoegd was om [naam 1] , [naam 2] , [naam 3] en [naam 4] alle vier een afzonderlijke boete op te leggen, omdat zij alle vier aparte trustkantoren zijn, alle vier onder het begrip trustkantoor uit de Wtt (oud) en Wtt 2018 vallen en alle vier een overtreding van de verplichte auditfunctie hebben begaan. Dat het bestaan van vier afzonderlijke [naam 6] -entiteiten kan worden verklaard vanwege organisatorische redenen en elke entiteit dezelfde overtreding ter zake van de auditfunctie heeft begaan, maakt dat niet anders. Zoals DNB terecht aanvoert, is elke vergunninghoudende instelling er zelf voor verantwoordelijk dat zij zich houdt aan de wet en dient DNB per instelling een beoordeling te maken of sprake is van een overtreding, of daarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd en zo ja wat een evenredige boete is. Het gaat er dus niet om of, zoals [naam 6] aanvoert, het totale boetebedrag van 150.000,- evenredig is, maar of de aan de afzonderlijke [naam 6] -entiteiten opgelegde boetes elk op zich passend en geboden zijn.

7.4.4 In wat [naam 6] aanvoert ziet het College geen aanknopingspunten voor de conclusie dat het Abb op het punt van het bepalen van de omvang van de overtreder (stap 5, onder a) wegens strijd met het evenredigheidsbeginsel buiten toepassing moet worden gelaten. Het enkele feit dat omvangtabel I van het Abb niet voorziet in een boetepercentage van minder dan 5% voor instellingen als [naam 2] en [naam 4] met een veel lagere relevante omzet dan het maximum van 100.000,- in die tabel is daartoe onvoldoende. Die ondergrens dient ertoe dat, zoals DNB heeft opgemerkt en het College volgt, ook aan kleine instellingen een boete wordt opgelegd waarvan een zekere punitieve en preventieve werking uitgaat. Verder heeft de rechtbank terecht overwogen dat stap 5 in de mogelijkheid voorziet om bij bijzondere omstandigheden een lager boetepercentage te hanteren als het percentage op basis van de omvangtabel niet passend is,

terwijl het boetebedrag op basis van de overige stappen, waartoe ook de draagkracht behoort, nog verder kan worden verlaagd.

7.4.5 In wat [naam 6] aanvoert ziet het College evenmin aanknopingspunten voor de conclusie dat DNB bij het bepalen van de draagkracht onderscheid had moeten maken naar de herkomst van het vermogen van de [naam 6] -entiteiten. Zoals ook volgt uit stap 8 van het Abb, dient DNB (zo nodig) rekening te houden met de financiële omstandigheden waarin de overtreder verkeert. Daarbij wordt dus geen onderscheid gemaakt naar de oorsprong van het vermogen. Verder heeft DNB er terecht op gewezen dat een dergelijk onderscheid ook in zijn algemeenheid niet wordt gemaakt bij bestuurlijke boetes en dat de door [naam 6] voorgestane opvatting afbreuk doet aan de afschrikwekkende en corrigerende rol van een bestuurlijke boete. Dat, zoals [naam 6] nog heeft aangevoerd, DNB bij het heffen van kosten van het toezicht op trustkantoren wel onderscheid maakt tussen kort gezegd trustactiviteiten en niet-trustactiviteiten, betekent niet dat DNB dat onderscheid ook bij het bepalen van de draagkracht moet maken. Overigens is bij het heffen van toezichtskosten de omzet van het trustkantoor relevant en niet het eigen vermogen.

7.4.6 Wel is het College van oordeel dat de aan [naam 2] en [naam 4] opgelegde bestuurlijke boetes van 25.000,- geen evenredige sancties vormen. Daarbij acht het College de lage relevante omzet van [naam 2] en [naam 4] van belang, aan hand waarvan DNB de omvang van die instellingen en het daarbij behorende boetepercentage heeft bepaald. Ook acht het College van belang de hoogte van de aan [naam 3] opgelegde boete van eveneens 25.000,-, van welke entiteit de relevante omzet aanzienlijk hoger is dan die van [naam 2] en [naam 4], terwijl in de overige omstandigheden geen relevante verschillen zijn gelegen die tot een gelijke beboeting van [naam 2], [naam 4] en [naam 3] nopen. Het College acht voor [naam 2] en [naam 4] afzonderlijk een bestuurlijke boete van 10.000,- hier passend en geboden. Anders dan DNB aanvoert, ziet het College geen grond voor het oordeel dat van een dergelijke boete voor [naam 2] en [naam 4] een onvoldoende afschrikwekkende werking zou uitgaan. Voor een verdere matiging van de boete voor [naam 4] in verband met haar draagkracht ziet het College geen aanleiding. Dat [naam 4] haar eigen vermogen heeft moeten verhogen en dit los staat van haar trustactiviteiten is voor haar draagkracht niet van belang omdat, zoals hiervoor al overwogen, geen onderscheid wordt gemaakt naar de oorsprong van het eigen vermogen.

7.4.7 Wat betreft de aan [naam 1] en [naam 3] opgelegde bestuurlijke boetes van respectievelijk 75.000,- en 25.000,- is het College van oordeel dat niets in wat [naam 6] heeft aangevoerd leidt tot de conclusie dat deze boetes onevenredige sancties zijn. Dat het eigen vermogen van [naam 1] dat is gebruikt om de draagkracht van [naam 1] vast te stellen voor een groot deel bestaat uit de deelnemingen die zelf ook weer voor dezelfde overtredingen zijn beboet, betekent niet dat [naam 1] tweemaal wordt gestraft. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, zijn [naam 1], [naam 2], [naam 3] en [naam 4] alle vier apart beboet voor vier aparte overtredingen die zij los van elkaar hebben begaan en wordt het eigen vermogen van [naam 1] niet tweemaal als maatstaf gebruikt om de draagkracht te berekenen bij het opleggen van een en dezelfde boete. Het College is van oordeel dat een bestuurlijke boetes van respectievelijk 75.000,- en 25.000,- voor [naam 1] en [naam 3] passend en geboden zijn.

7.5 Uit het voorgaande volgt dat de tweede hogerberoepsgrond van [naam 6] slaagt voor zover deze betrekking heeft op de hoogte van de aan [naam 2] en [naam 4] opgelegde bestuurlijke boetes. Wat [naam 6] verder in deze hogerberoepsgrond en in de derde hogerberoepsgrond heeft aangevoerd slaagt niet.

Heeft de rechtbank de boetes terecht en wat betreft de boete voor [naam 1] op de juiste wijze gematigd wegens overschrijding van de redelijke termijn (tweede hogerberoepsgrond DNB)?

8.1 In haar tweede hogerberoepsgrond komt DNB op tegen het oordeel van de rechtbank onder 15.2, 15.3 en 15.4 van de aangevallen uitspraak. Volgens DNB heeft de rechtbank bij de beoordeling of de

redelijke termijn is overschreden onvoldoende rekening gehouden met het feit dat het hier gaat om een zeer geringe overschrijding en dat de lange duur van de procedure bij de rechtbank is veroorzaakt door de corona-maatregelen. Dit zijn bijzondere omstandigheden die afwijking van de voor de bezwaar- en beroepsfase gezamenlijk geldende redelijke termijn van twee jaar rechtvaardigen. Op de zitting heeft DNB verder nog aangevoerd dat bij een overschrijding van de redelijke termijn volgens vaste rechtspraak een maximum van 2.500,- wordt gehanteerd. De matiging van de aan [naam 1] opgelegde boete komt neer op een bedrag van 3.750,-.

8.2 [naam 6] heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

8.3.1 Het College overweegt dat de rechtbank terecht als uitgangspunt heeft genomen dat in punitieve zaken als hier aan de orde geldt dat de redelijke termijn is overschreden als de bezwaar- en beroepsfase langer dan twee jaar heeft geduurd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die een langere termijn rechtvaardigen. De termijn begint op het moment waarop een handeling is verricht waaraan de betrokkene in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat hem een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Dat moment is in dit geval het voornemen tot het nemen van boetebesluiten dat op 20 augustus 2020 door DNB is uitgebracht. Vanaf dat moment tot aan de datum van de uitspraak van de rechtbank is twee jaar en bijna twee maanden verstreken, zodat de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat de redelijke termijn met bijna twee maanden is overschreden. Van bijzondere omstandigheden die een verlenging van die termijn rechtvaardigen is niet gebleken. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen mag de uitbraak van het coronavirus in 2020 niet in algemene zin worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid die een dergelijke verlenging rechtvaardigt (arrest van 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:752). Het College heeft verder geen aanwijzingen dat partijen al waren uitgenodigd voor de zitting van de rechtbank in de periode waarin de gerechtsgebouwen in verband met de uitbraak van dit virus waren gesloten en het onderzoek ter zitting daarom opnieuw moest worden gepland.

8.3.2 In de gevallen waarin de redelijke termijn met niet meer dan zes maanden is overschreden, wordt de boete verminderd met 5% met een maximum van 2.500,-. In geval van een overschrijding van meer dan zes maanden maar niet meer dan twaalf maanden ligt een vermindering met 10% met een maximum van 2.500,- in de rede (zie onder meer de uitspraken van het College van, 25 juli 2023, ECLI:NL:CBB:2023:385; het arrest van de Hoge Raad van 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0191, en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 14 juni 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2320). In de regel past het College alleen bij boetes op grond van de Mededingingswet (kartelboetes) een matiging toe met 5% voor ieder half jaar overschrijding van de redelijke termijn (ook na overschrijding van de redelijke termijn met meer dan twaalf maanden), met een maximumbedrag van 5.000,- per half jaar overschrijding. Het College ziet in dit geval geen reden om af te wijken van deze regel. De rechtbank is hier ten onrechte uitgegaan van maximum van 5.000,- en heeft dus ten onrechte de aan [naam 1] opgelegde boete gematigd met 3.750,-. In zoverre slaagt de hogerberoepsgrond van DNB.

Slotsom

9.1.1 Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep van [naam 6] en het hoger beroep van DNB deels gegrond zijn. Het College zal de aangevallen uitspraak vernietigen voor zover het de hoogte van de aan [naam 1] , [naam 2] en [naam 4] opgelegde boetes betreft. Voor het overige zal het College de uitspraak van de rechtbank bevestigen. Doende wat de rechtbank zou behoren te doen, zal het College de boetes voor [naam 1] , [naam 2] en [naam 4] als volgt vaststellen.

9.1.2 Voor [naam 2] en [naam 4] acht het College voor ieder afzonderlijk een bestuurlijke boete van 10.000,- passend en geboden. Deze boetes worden wegens overschrijding van de redelijke termijn gematigd met 5%. Dit leidt tot een boete voor [naam 2] en [naam 4] van 9.500,-.

9.1.3 Voor [naam 1] wordt de door DNB opgelegde boete van 75.000,- wegens overschrijding van de redelijke termijn gematigd met 2.500,-. Dit leidt tot een boete voor [naam 1] van 72.500,-.

9.2 Het College zal DNB veroordelen in de door [naam 6] in hoger beroep gemaakte proceskosten. Het College stelt deze kosten op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht vast op 1.750,- (1 punt voor het indienen van het hogerberoepschrift, 1 punt voor de zitting bij het College, met een wegingsfactor van 1 en een waarde per punt van 875,-).

9.3 Het College zal DNB opdragen het griffierecht in hoger beroep van 548,- aan [naam 6] te vergoeden.

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak, voor zover het de hoogte van de aan [naam 1] , [naam 2] en [naam 4] opgelegde boetes betreft;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- stelt de hoogte van de boete voor [naam 1] vast op 72.500,-;
- stelt de hoogte van de boete voor [naam 2] vast op 9.500,-;
- stelt de hoogte van de boete voor [naam 1] vast op 9.500,-;
- bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit;
- veroordeelt DNB in de proceskosten van [naam 6] tot een bedrag van 1.750,-;
- draagt DNB op het door [naam 6] betaalde griffierecht van 548,- te vergoeden.

Deze uitspraak is gedaan door mr. S.C. Stuldreher, mr. A. Venekamp en mr. P. Glazener, in aanwezigheid van mr. H.G. Egter van Wissekerke, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 30 april 2024.

S.C. Stuldreher H.G. Egter van Wissekerke