

ECLI:NL:RBROT:2022:8479

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	17-10-2022
Datum publicatie	17-11-2022
Zaaknummer	ROT 21/2942
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Bestuurlijke boetes trustkantoren door het ontbreken van de verplichte auditfunctie. Bevoegdheid bij een doorlopende overtreding van de Wtt (oud) naar de Wtt 2018. Boetes zijn niet onevenredig hoog. Overschrijding van de redelijke termijn.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Viditax (FutD), 17-11-2022 FutD 2022-3148

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 21/2942

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 17 oktober 2022 in de zaken tussen

**[Eiseres 1] ([Eiseres 1]),
[Eiseres 2] ([Eiseres 2]),
[Eiseres 3] ([Eiseres 3]) en
[Eiseres 4] ([Eiseres 4]),
uit Rotterdam, gezamenlijk hierna: eiseressen**

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

en

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB)

(gemachtigden: mr. C.H.D.W. van den Borne-Verheijen en mr. J.W.M. Hagelaars).

Inleiding

- 1.1 In deze uitspraak beoordeelt de rechtbank het beroep van eiseressen tegen de bestuurlijke boetes van:
- € 75.000,00 die aan [Eiseres 1] is opgelegd;
 - € 25.000,00 die aan [Eiseres 2] is opgelegd;
 - € 25.000,00 die aan [Eiseres 3] is opgelegd;
 - € 25.000,00 die aan [Eiseres 4] is opgelegd.
- 1.2 Met het bestreden besluit van 21 april 2021 op het bezwaar van eiseressen is DNB bij de bestuurlijke boetes gebleven.
- 1.3 DNB heeft op het beroep met een verweerschrift gereageerd.
- 1.4 De rechtbank heeft het beroep op 30 augustus 2022 op zitting behandeld. Hieraan hebben deelgenomen: de gemachtigden van eiseressen en de gemachtigden van DNB met [persoon 1] . Na het uitroepen van de zaak hebben eiseressen verzocht om de zaak achter gesloten deuren te behandelen, waarna de behandeling op die manier is voortgezet.

Totstandkoming van het besluit

- 2.1 [Eiseres 1] staat bij de Kamer van Koophandel (KvK) als organisatieadviesbureau geregistreerd. Haar activiteiten 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.
- 2.2 [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] staan bij de KvK als financiële holdings geregistreerd. De activiteiten van [Eiseres 2] bestaan uit trustactiviteiten en die van [Eiseres 3] uit het voeren van directie over vennootschappen. De activiteiten van [Eiseres 4] bestaan uit het voeren van de directie en het beheer over vennootschappen en het verrichten van wat hiermede verband houdt.
- 2.3 DNB heeft een onderzoek ingesteld om vast te stellen in hoeverre de bedrijfsvoering van eiseressen in overeenstemming is met de vereisten die uit de Wet toezicht trustkantoren (Wtt oud) en de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018) voortvloeien. DNB heeft op basis van dit onderzoek geconcludeerd dat eiseressen er geen zorg voor hebben gedragen dat er een onafhankelijke auditfunctie is uitgeoefend (hierna: de verplichte auditfunctie).
- 2.4 DNB heeft op 6 februari 2020 eiseressen de aanwijzing gegeven om voor de verplichte auditfunctie zorg te dragen, omdat zij in 2017, 2018 en 2019 geen audit hebben uitgevoerd en ook nog geen overeenkomst met een auditor hebben gesloten. Vervolgens heeft DNB onderzocht of eiseressen aan deze aanwijzing hebben voldaan. Het is DNB gebleken dat eiseressen sinds 20 augustus 2020 over een auditfunctie beschikken omdat zij vanaf dat moment de auditfunctie hebben uitbesteed.
- 2.5 Met de besluiten van 15 oktober 2020 heeft DNB aan eiseressen bestuurlijke boetes opgelegd, omdat zij in de periode van 1 januari 2017 tot in ieder geval 27 januari 2020 niet over een onafhankelijke en effectieve auditfunctie beschikten.

Beoordeling door de rechtbank

3. De rechtbank beoordeelt de bestuurlijke boetes die DNB eiseressen heeft opgelegd. Zij doet dat aan de hand van de beroepsgronden.

4. De rechtbank is van oordeel dat het beroep ongegrond is. Hierna legt de rechtbank uit hoe zij tot dit oordeel komt en welke gevolgen dit oordeel heeft.

5. DNB heeft zich in het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat zij terecht aan eiseressen bestuurlijke boetes heeft opgelegd, omdat zij bevoegd is om deze bestuurlijke boetes op te leggen voor een overtreding die onder de Wtt oud is aangevangen en onder de Wtt 2018 voortduurt. Volgens DNB heeft zij ook de hoogte van de bestuurlijke boetes juist vastgesteld, omdat het volledig ontbreken van een auditfunctie een ernstige overtreding is, de overtredingen eiseressen te verwijten zijn, er voldoende rekening met de omvang en draagkracht van eiseressen is gehouden en er geen bijzondere omstandigheden zijn op basis waarvan zij deze boetes verder had moeten verlagen.

6. Eiseressen ontkennen niet dat zij in de periode van 1 januari 2017 tot 27 januari 2020 niet over de verplichte auditfunctie beschikten. De rechtbank stelt deze overtreding ook vast. Eiseressen ontkennen ook niet dat DNB over de periode vanaf de inwerkingtreding van de Wtt 2018 (1 januari 2019) bevoegd is om voor de overtredingen van de verplichte auditfunctie aan hen een boete op te leggen. De rechtbank gaat hier dan verder niet op in.

Is DNB bevoegd om over de periode tot 1 januari 2019 een boete op te leggen?

7. Eiseressen betogen dat DNB over de periode tot 1 januari 2019 niet bevoegd is om een boete op te leggen. Volgens eiseressen is er voor het opleggen van een boete op basis van het rechtszekerheids- en het legaliteitsbeginsel een expliciete actuele wettelijke grondslag nodig en kan op basis van artikel 48, aanhef en onder a, van de Wtt 2018 alleen een boete worden opgelegd voor overtredingen van de regels die in hoofdstuk 2 tot en met 5 en hoofdstuk 8 van die wet zijn opgenomen. Hieronder vallen niet de regels uit de inmiddels ingetrokken Wtt oud. Ook het ontbreken van overgangsrecht vormt een aanwijzing dat DNB onbevoegd is om een boete op te leggen voor een overtreding van de inmiddels ingetrokken Wtt oud. Verder voeren eiseressen aan dat er geen sprake is van een doorlopende (zelfde) overtreding en dat het oude regime gunstiger is. Zo was onder het oude regime de verplichte auditfunctie niet in de wet opgenomen. Dit was toen samen met andere verplichtingen in de uitvoeringsregeling, de Regeling integrale bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014 (Rib Wtt oud), opgenomen. Daarentegen is de verplichting om voor de verplichte auditfunctie zorg te dragen in het nieuwe regime een zelfstandige in de wet opgenomen uitgebreidere norm. Ook is het oude regime gunstiger, omdat in dat regime geen beginselplicht gold om boetes openbaar te maken. Dit is volgens eiseressen van belang, ook al wordt pas later een besluit over de openbaarmaking genomen, omdat de boetebesluiten de eerste stap naar de openbaarmaking daarvan zijn.

8.1 De rechtbank is van oordeel dat DNB op basis van haar bevoegdheid uit de Wtt 2018 eiseressen een bestuurlijke boete kan opleggen voor de overtreding van de verplichte auditfunctie die zij in de periode voor 1 januari 2019 hebben begaan. De rechtbank legt hieronder uit waarom de argumenten die eiseressen hiertegen hebben ingebracht niet slagen.

8.2 De Wtt 2018 bevat in artikel 75 alleen overgangsrecht voor de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen vanwege overtredingen die voor de inwerkingtreding van die wet hebben plaatsgevonden en zijn beëindigd. Daarvoor geldt dat hoofdstuk 7 van de Wtt oud, waarin de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen is geregeld, van toepassing blijft. De Wtt 2018 bevat geen overgangsrecht voor overtredingen die bij de inwerkingtreding nog bestaan (de doorlopende overtredingen). Hieruit leidt de rechtbank af dat de wetgever heeft bedoeld dat een overtreding van de verplichte auditfunctie die onder de Wtt oud is begonnen en die na de inwerkingtreding van de Wtt 2018 doorloopt, als een overtreding van de Wtt 2018 voortduurt. Dit betekent dat DNB de bevoegdheid uit de Wtt 2018 kan gebruiken om voor een dergelijke doorlopende overtreding een bestuurlijke boete op te leggen.

8.3 Anders dan eiseressen aanvoeren zijn hun overtredingen van de verplichte auditfunctie wel doorlopende overtredingen. Het is in de Wtt 2018 niet nieuw dat de verplichte auditfunctie ook op de naleving van de bij of krachtens de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) en de Sanctiewet 1977 (Sw 1977) gestelde regels is gericht. In de Rib Wtt oud staat namelijk dat de auditfunctie ook is gericht op de naleving van het procedurehandboek en dit procedurehandboek voorziet in de procedures over de naleving van de bij of krachtens de Wwft of Sw 1977 gestelde regels. Dit was in artikel 7, tweede lid, en artikel 6, aanhef en onder a, van de Rib Wtt oud zo bepaald. Daarbij blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 dat de verplichte auditfunctie alleen door het zwaarwegende belang daarvan naar het niveau van wet is verheven. Hieruit blijkt niet dat daarbij ook is beoogd om de auditfunctie te wijzigen of uit te breiden. De rechtbank verwijst hiervoor naar Kamerstukken II 2017-2018, 34 910, nr. 3. De inwerkingtreding van de Wtt 2018 heeft dus niet tot de door eiseressen gestelde normuitbreiding geleid. Daarnaast is de bestuurlijke boete niet opgelegd vanwege een gebrekkige uitvoering van de verplichte auditfunctie. De bestuurlijke boete is opgelegd vanwege het geheel ontbreken van de verplichte auditfunctie en dit ontbreken levert op basis van de oude en op basis van de nieuwe regelgeving eenzelfde overtreding op.

8.4.1 Anders dan eiseressen aanvoeren heeft DNB niet in strijd met het legaliteits- of rechtszekerheidsbeginsel van de artikelen 5:4 en 5:46, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in combinatie met artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht gehandeld. Het kon eiseressen in de gehele periode duidelijk zijn wat van hen in het kader van de verplichte auditfunctie werd verwacht en welke sanctie zij zouden riskeren als zij niet aan deze verwachting voldeden, ongeacht het niveau (van wet- of regelgeving) waarop de gedragsnorm en sanctiestelling van de verplichte auditfunctie was en is omschreven.

8.4.2 Zoals de rechtbank eerder in haar uitspraak al heeft vastgesteld levert het ontbreken van de verplichte auditfunctie op basis van de oude en op basis van de nieuwe regelgeving eenzelfde overtreding op. De normen uit de Rib Wtt oud en de Wtt 2018 over de verplichte auditfunctie wijken materieel niet van elkaar af en waren en zijn voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar. In zoverre is er voor eiseressen sinds 1 januari 2019 ook geen gunstigere regelgeving gaan gelden.

8.4.3 Ook is er sinds 1 januari 2019 geen ander of gunstiger sanctieregime gaan gelden. In de situatie voor en in de situatie na 1 januari 2019 is een overtreding van de verplichte auditfunctie een categorie 2 overtreding, geldt voor het beboeten van die overtreding een basisbedrag van € 500.000,00 en een maximumbedrag van € 1.000.000,00, en kan de boete op dezelfde manier worden verlaagd of worden verhoogd, namelijk op de manier die in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) is omschreven. De rechtbank verwijst hiervoor naar artikel 22 van de Wtt oud, artikel 49 van de Wtt 2018 en de artikelen 16 en 1b tot en met 4 van het Bbbfs van voor en na 1 januari 2019.

8.4.4 Hierbij is niet van belang dat de verplichte auditfunctie onder de oude regelgeving niet in de Wtt oud zelf maar in de Rib Wtt oud was opgenomen en dat het basisbedrag toen niet aan de Rib Wtt oud maar aan artikel 10 van de Wtt oud was gekoppeld. Ook is niet van belang en dat de verplichte auditfunctie slechts een van de elementen was die op basis van dat artikel 10 van de Wtt oud in lagere regelgeving moest worden uitgewerkt. Artikel 10 van de Wtt oud bevatte namelijk wel de bevoegdheid om bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur regels aan trustkantoren te stellen. De Rib Wtt oud was op basis van die bevoegdheid opgesteld en hierin was de verplichte auditfunctie opgenomen. In de periode voor 1 januari 2019 betekende een overtreding van de verplichte auditfunctie dus een overtreding van een bij of krachtens artikel 10 van de Wtt oud aan een trustkantoor gestelde regel, wat een overtreding van dat artikel zelf opleverde. De overtreding van dit artikel werd op basis van de toen geldende regelgeving als een categorie 2 overtreding aangemerkt waaraan een basisbedrag van € 500.000,00 was gekoppeld. Hierbij maakte het

niet uit welk element uit artikel 10 van de Wtt oud werd overtreden of hoeveel verschillende elementen uit dat artikel er werden overtreden. Het basisbedrag was steeds dezelfde € 500.000,00. De rechtbank verwijst hiervoor ook naar de uitspraken van het CbB van 2 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:101, en van 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:432.

8.4.5 Verder is niet van belang wat eiseressen hebben aangevoerd over het al dan niet gunstigere publicatieregime van de Wtt oud. In de bestreden besluitvorming is namelijk geen beslissing over de publicatie van het boetebesluit genomen. Hierover wordt een afzonderlijk besluit genomen waartegen eiseressen rechtsmiddelen kunnen aanwenden. In het argument van eiseressen dat het boetebesluit de eerste stap op weg naar publicatie is, ziet de rechtbank geen reden om zich buiten de reikwijdte van deze procedure toch over de publicatie uit te laten.

Heeft DNB de hoogte van de boetes terecht vastgesteld?

9.1 Zoals de rechtbank al heeft vastgesteld geldt voor de overtreding van de verplichte auditfunctie voor en na 1 januari 2019 dat dit een categorie 2 overtreding is, dat daaraan een basisbedrag van € 500.000,00 en een maximumbedrag van € 1.000.000,00 is gekoppeld en dat de boete kan worden verlaagd of worden verhoogd op de manier die in het Bbbfs is omschreven. Aan dit laatste heeft DNB sinds 12 december 2020 in het Algemeen boetetoemingsbeleid DNB (Abb DNB) nadere invulling gegeven. DNB heeft toegelicht dat het Abb DNB de codificatie is van beleid dat zij in de praktijk al langer bij het bepalen van boetes hanteerde. De rechtbank begrijpt hieruit dat dit eigen beleid ook bij het bepalen van de hoogte van de aan eiseressen opgelegde boetes is gehanteerd en zal daarom het Abb DNB bij de behandeling van deze zaak betrekken. De rechtbank verwijst hiervoor ook naar de al eerdergenoemde uitspraak van het CbB van 26 april 2021. In deze uitspraak heeft het CbB het Abb DNB geaccepteerd als codificatie van het beleid dat DNB de tien jaren daarvoor heeft gevoerd.

9.2 Bij het bepalen van de hoogte van de boetes heeft DNB het in artikel 3 van het Abb DNB omschreven stappenplan toegepast. Bij dit stappenplan hanteert DNB het basisbedrag uit het Bbbfs 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 verwijt-baarheid (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).

10. De rechtbank is van oordeel dat DNB op basis van het dit stappenplan de hoogte van de boetes juist heeft vastgesteld. De rechtbank legt hieronder uit waarom de argumenten van eiseressen dat de opgelegde boetes disproportioneel, onevenredig en onredelijk zijn niet slagen. Hierbij gaat de rechtbank niet in op de argumenten die uitgaan van de situatie dat DNB onbevoegd is om eiseressen over de periode tot 1 januari 2019 een bestuurlijke boete op te leggen, omdat de rechtbank al heeft geoordeeld dat DNB deze bevoegdheid wel heeft.

Stap 2, ernst en/of duur van de overtreding

11.1 Eiseressen voeren aan dat de overtreding tot 1 januari 2019 van (sterk) verminderde ernst is, omdat de normstelling onder het oude regime van een andere aard was en de verplichte auditfunctie maar één van de vele elementen van artikel 10 van de Wtt oud was die in lagere wetgeving nader moest worden uitgewerkt.

11.2 Dit argument slaagt niet. 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. De rechtbank verwijst hierbij naar wat zij onder 8.4.4 heeft overwogen en geoordeeld.

Stap 5, de omvang van de overtreder

- 12.1 Eiseressen voeren aan dat DNB met de beperkte omvang van [Eiseres 2] en [Eiseres 4] onvoldoende rekening heeft gehouden door de hoogte van de boetes (€ 25.000,00) op een veelvoud van de omzetten van [Eiseres 4] (€ 9.250,00) en [Eiseres 2] (€ 4.500,00) vast te stellen. De door DNB gewenste 'zekere prikkel' zou ook uit een boete van € 10.000,00 zijn uitgegaan. Ook voeren eiseressen aan dat het Abb DNB te grofmazig is en buiten toepassing moet blijven voor zover daarin een boetepercentage van 5% de ondergrens vormt. Volgens eiseressen moet DNB in haar beleid ook rekening houden met het feit dat sommige trustkantoren heel klein zijn. Aan dergelijke kantoren verleent zij ook een vergunning. Als DNB daar geen rekening mee houdt, wordt de boetetoemeting willekeurig. Dit blijkt al uit het feit dat DNB [Eiseres 3] met een omzet van € 68.095,00 ook als klein trustkantoor aanmerkt waarvoor hetzelfde boetepercentage van 5% geldt. Daarbij heeft DNB de grenzen van de vrijheid veronachtzaamd die haar bij het afstemmen van boete aan de omzet toekomt. Verder voeren eiseressen aan dat onderdeel d van stap 5 de mogelijkheid biedt om een afwijkend boetepercentage te hanteren als in een specifiek geval de op basis van de omvangtabel berekende percentage niet passend is. Volgens eiseressen is deze bepaling toepasbaar en is het frappant dat DNB niet op een lager boetepercentage is uitgekomen en dat niet heeft overwogen. Daarbij heeft DNB in het bestreden besluit niet gemotiveerd wanneer onderdeel d van stap 5 wel wordt toegepast, ondanks dat eiseressen in bezwaar wel op onderdeel d hebben gewezen.
- 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. Zij gebruikt daarbij de omvangs-tabellen die als bijlage bij het Abb DNB zijn gevoegd. 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%. Dit boetepercentage ligt tussen 5% en 100% bij een omzet van tussen de € 100.000,00 en € 5.000.000,00. Heeft een trustkantoor een nog hogere omzet dan hanteert DNB een boetepercentage van 100%. Heeft DNB niet de financiële gegevens die zij nodig heeft om de omzet te bepalen, dan maakt DNB een reële inschatting van die omzet. Is ook dat niet mogelijk, dan geldt een boetepercentage van 100%. Leidt de toepassing van de omvangstabellen in een specifiek geval tot een boetepercentage dat niet passend is, dan kan DNB een afwijkend boetepercentage hanteren.
- 12.3 De rechtbank ziet in wat eiseressen hebben aangevoerd geen reden waarom het Abb DNB 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 [Eiseres 2] en [Eiseres 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. Dit wordt niet anders door de uitspraak van het CBb van 2 februari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:101, die eiseressen hebben aangehaald. In deze zaak gold namelijk een ander

toetsingskader dan in de zaak van eiseressen, waardoor de zaken niet vergelijkbaar zijn. In de zaak bij het CBb vormde de omzet een onderdeel van een meeromvattende subjectieve evenredigheidsstap. In de zaak van eiseressen is de omzet een aparte objectieve draagkrachtstap geworden. Daarbij is het inherent aan een systeem waarbij (rechts)personen op basis van bepaalde criteria in categorieën worden ingedeeld dat er tussen de binnen een categorie vallende (rechts)personen verschillen zitten. Eiseressen hebben de rechtbank er niet van overtuigd dat de categorisering van trustkantoren met een omzet tot en met € 100.000,00 in eenzelfde categorie een ontoelaatbare invulling is van de mogelijkheid die de regelgeving DNB biedt om boetes te verlagen of te verhogen, juist ook omdat de boetehoogte kan worden gecorrigeerd aan de hand van de draagkracht waarop stap 8 ziet.

- 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. De op dit punt wat gebrekkige motivering is daarom onvoldoende voor het oordeel dat het bestreden besluit geen stand kan houden.
- 13.1 Eiseressen beargumenteren dat het totaal aan opgelegde boetes onevenredig is, omdat DNB [Eiseres 1] , [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] ieder afzonderlijk een boete heeft opgelegd. Dat er vier afzonderlijke vergunninghoudende entiteiten zijn heeft een organisatorische achtergrond. Hiervoor is van belang dat [Eiseres 4] en [Eiseres 3] dochtermaatschappijen van [Eiseres 1] zijn en dat [Eiseres 1] de uiteindelijke belanghebbende van [Eiseres 2] is. Volgens eiseressen had DNB alleen aan [Eiseres 1] een boete moeten opleggen, waarbij een redelijke toepassing van het Abb DNB en het evenredigheidsbeginsel met zich meebrengen dat DNB de omzetten van alle entiteiten bij elkaar optelt en op het totaal de middencategorie toepast. Dit zou tot een aanzienlijk lagere boete hebben geleid. Door dit niet te doen heeft DNB eiseressen in een in totaliteit disproportionele boete opgelegd. De door DNB genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 24 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8329, maakt dat niet anders. Volgens eiseressen zijn de feiten en normstelling niet hetzelfde en was in de zaak van de Autoriteit Consument & Markt niet het boetebeleid van DNB aan de orde.
- 13.2 Deze argumenten slagen niet. Eiseressen ontkennen niet dat [Eiseres 1] , [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 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. Daarnaast voorzien de Wtt oud, de Wtt 2018, het Bbbfs en het Abb DNB niet in een aparte mogelijkheid om het totaal aan boetes te verlagen als meerdere trustkantoren uit dezelfde groep apart van elkaar de regels over de verplichte auditfunctie overtreden. 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. Een andere uitleg zou ook tot gevolg hebben dat trustkantoren die (een)zelfde overtreding begaan maar niet tot een groep behoren worden benadeeld tegenover verschillende trustkantoren die apart van elkaar een(zelfde) overtreding begaan maar wel tot een groep behoren. Dit is niet de bedoeling van de regelgeving.

Stap 8, draagkracht

- 14.1 Eiseressen voeren aan dat DNB bij het bepalen van de draagkracht ten onrechte naar het gehele eigen vermogen heeft gekeken, omdat dit vermogen ook uit niet-trustactiviteiten is opgebouwd. Waarom het redelijk is dat dit eigen vermogen desondanks beschikbaar moet worden gesteld om

boetes te betalen die uitsluitend uit trustwerkzaamheden voortkomen, heeft DNB niet gemotiveerd. Daarbij geldt dat ook de jaarlijkse toezichtheffing alleen op de omzet en overige opbrengsten uit trustdiensten is gebaseerd. Verder heeft het alleen acht slaan op het eigen vermogen tot gevolg dat beboete trustkantoren die, zoals [Eiseres 1], niet tot dividenduitkering zijn overgegaan extra en onevenredig worden bestraft; dat zet ook een premie op het zo snel mogelijk uitkeren van dividenden. Daarnaast heeft DNB er geen rekening mee gehouden dat het eigen vermogen van [Eiseres 1] voor een belangrijk deel uit deelnemingen bestaat die ook door DNB zijn beboet, waardoor sprake is van dubbeltelling. Specifiek voor [Eiseres 4] geldt verder nog dat deze vennootschap is opgericht om in het kader van de Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFMD), als bewaarder van onroerend goed beleggingsinstellingen op te treden en dat zij in dat verband en losstaand van de later verrichte trustdiensten het eigen vermogen naar € 112.500,00 moest verhogen. Volgens eiseressen is het daarom niet juist om dat eigen vermogen nu als maatstaf voor de draagkracht te gebruiken bij het bepalen van de hoogte van een boete die in het kader van de Wtt oud en de Wtt 2018 en dus niet in het kader van de AIFMD is opgelegd.

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 en de Nota van toelichting bij artikel 4 van het Bbbfs (Staatsblad 2009, 329) gaan namelijk alle van de draagkracht van de overtreder uit. Daarbij wordt in de Nota van toelichting wel uitgelegd op welke elementen de draagkracht kan worden gebaseerd, maar niet dat daarbij op basis van de herkomst van deze elementen onderscheid moet worden gemaakt. De regelgeving biedt dus geen aanknopingspunten voor de conclusie dat bij het bepalen van de draagkracht het door eiseressen bedoelde onderscheid moet worden gemaakt.

De betekenis van de draagkracht voor het bepalen van de boetehoogte is beperkt tot het beantwoorden van de vraag of aanleiding bestaat een aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding evenredige boete te matigen. Daartoe kan aanleiding bestaan indien deze boete, gelet op de hoogte daarvan, onevenredige gevolgen heeft voor de overtreder. 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. Zou het standpunt van eiseressen worden gevolgd, dan zou dit onder omstandigheden ernstig afbreuk kunnen doen aan het punitieve karakter van de boete. De rechtbank verwijst hierbij naar haar uitspraken van 3 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7264, en 15 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4258.

De enkele omstandigheid dat dit onderscheid wel bij de jaarlijkse toezichtheffing wordt gemaakt, maakt dat niet anders. Voor het in rekening brengen van de kosten van het toezicht geldt namelijk dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat daarbij wel onderscheid moet worden gemaakt tussen de omzet en opbrengsten die zijn behaald met werkzaamheden die voortvloeien uit of verband houden met het verlenen van trustdiensten en de omzet en opbrengsten uit het verlenen van andere diensten. De rechtbank verwijst hiervoor naar haar uitspraak van 29 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2681.

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. Pagina 15 van het bestreden besluit waarnaar DNB tijdens de zitting heeft gewezen, maakt dat niet anders. Hier wordt de bezwaargrond over het onderscheid naar herkomst wel benoemd, maar niet gemotiveerd afgewezen. 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. Eiseressen hebben tijdens de zitting de gelegenheid gekregen om hierop te reageren. Eiseressen zijn door de schending van het motiveringsbeginsel dan ook niet benadeeld. De rechtbank is daarom van oordeel dat het motiveringsgebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Awb kan worden gepasseerd. Het motiveringsgebrek leidt dan ook niet tot vernietiging van het bestreden besluit, maar wel tot de veroordeling van DNB in de proceskosten. Voor de berekening daarvan verwijst de rechtbank naar 16.3.

- 14.3 Ook het argument van eiseressen dat een deel van het eigen vermogen van [Eiseres 4] niet bij het bepalen van de draagkracht mag worden meegewogen omdat [Eiseres 4] het eigen vermogen in het kader van de AIFMD naar € 112.500,00 heeft moeten verhogen en dat dit losstaat van de trustdiensten die [Eiseres 4] later ook is gaan verrichten, slaagt niet. Ook dit zou bij het bepalen van draagkracht tot de niet in de regelgeving beoogde onderscheid naar herkomst leiden.
- 14.4 Daarnaast slaagt het argument van eiseressen over dubbeltelling bij [Eiseres 1] niet. Er vindt namelijk geen dubbeltelling plaats, omdat [Eiseres 1] , [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] alle vier apart worden beboet voor vier aparte overtredingen die zij los van elkaar zijn begaan. Het eigen vermogen van [Eiseres 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. Op zichzelf is juist dat DNB in het kader van een onderzoek naar de draagkracht bij eiseressen ook andere informatie heeft opgevraagd, zoals de netto omzet, de netto winst, schulden, voorzieningen en activa. De rechtbank begrijpt uit de stellingen van eiseressen echter dat zij niet wensen te betogen dat de draagkracht van [Eiseres 1] , [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] ontoereikend is, dat dit DNB op grond van de aangeleverde informatie duidelijk had moeten worden en dat de boetes aan [Eiseres 1] , [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] daardoor hadden moeten worden verlaagd. 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. De rechtbank ziet in wat eiseressen hebben aangevoerd geen reden om buiten de omvang van het geschil te treden.

Is de redelijke termijn overschreden?

- 15.1 Eiseressen hebben op zitting aangevoerd dat de redelijke termijn met een half jaar is overschreden omdat het boetevoornemen van 20 augustus 2020 dateert. Eiseressen verzoeken om hiermee bij de hoogte van boete rekening te houden.
- 15.2 Bij punitieve zaken geldt dat de redelijke termijn is overschreden als de bezwaar- en beroepsfase in totaal langer dan twee jaar heeft geduurd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die een langere termijn rechtvaardigen. Deze termijn begint te lopen als het voornemen voor het opleggen van een boete is geuit. 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. De rechtbank verwijst hiervoor naar de uitspraken van het CbB van 16 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0270, van 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:151 en van 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1060.
- 15.3 Vanaf het moment dat DNB op 20 augustus 2020 de voornemens om eiseressen bestuurlijke boetes op te leggen heeft geuit tot aan de datum van deze uitspraak is meer dan twee jaar verstreken. De zaak zelf en ook de opstelling van eiseressen geven geen aanleiding voor het oordeel dat in dit geval de totale lengte van de procedure meer dan twee jaar zou mogen

bedragen. 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 [Eiseres 1] van € 75.000,00 met een bedrag van € 3.750,00 tot € 71.250,00 wordt verlaagd. De boetes van [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] van ieder apart € 25.000,00 worden met een bedrag van € 1.250,00 tot € 23.750,00 verlaagd.

Conclusie en gevolgen

16.1 Het beroep is gegrond, omdat door de overschrijding van de redelijke termijn de aan eiseressen opgelegde boetes moeten worden verlaagd. Dit betekent dat de rechtbank alleen op dat punt het bestreden besluit vernietigt en de primaire besluiten herroept. De rechtbank stelt vervolgens met toepassing van artikel 8:72a van de Awb de bestuurlijke boete voor [Eiseres 1] op € 71.250,00 vast en voor [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] ieder afzonderlijk op € 23.750,00.

16.2 DNB moet het griffierecht aan eiseressen vergoeden, omdat het beroep gegrond is en omdat er een motiveringsgebrek is geconstateerd.

16.3 Om dezelfde redenen krijgen eiseressen ook een vergoeding voor hun proceskosten en moet DNB dat betalen. De vergoeding is met toepassing van het Besluit proceskosten bestuursrecht als volgt berekend. Voor de rechtsbijstand door een gemachtigde krijgen eiseressen een vast bedrag per proceshandeling. In bezwaar heeft elke proceshandeling een waarde van € 541,00. In beroep heeft elke proceshandeling een waarde van € 759,00. Eiseressen hebben in bezwaar gevraagd om vergoeding van de proceskosten. De gemachtigde heeft één gezamenlijk bezwaarschrift ingediend, één gezamenlijk beroepschrift ingediend en heeft aan de zitting van de rechtbank deelgenomen. De vergoeding bedraagt dan in totaal € 2.059,00 (1 punt voor bezwaar, 2 punten voor beroep).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover dat ziet op de hoogte van de boetes;
- herroept de primaire besluiten voor zover die op de hoogte van de boetes zien, legt aan [Eiseres 1] een boete van € 71.250,00 op en aan [Eiseres 2] , [Eiseres 3] en [Eiseres 4] ieder afzonderlijk een boete van € 23.750,00 en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats van het bestreden besluit treedt;
- bepaalt dat DNB het griffierecht van € 360,00 aan eiseressen moet vergoeden;
- veroordeelt DNB tot betaling van € 2.059,00 aan proceskosten aan eiseressen.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.J. van Spengen, rechter, in aanwezigheid van mr. P.F.H.M. Terstegge, griffier. De uitspraak is uitgesproken in het openbaar op 17 oktober 2022.

griffier	rechter
----------	---------

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

Informatie over hoger beroep

Een partij die het niet eens is met deze uitspraak, kan een hogerberoepschrift sturen naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven waarin wordt uitgelegd waarom deze partij het niet eens is met deze uitspraak. Het hogerberoepschrift moet worden ingediend binnen zes weken na de dag waarop deze uitspraak is verzonden. Kan de indiener de behandeling van het hoger beroep niet afwachten, omdat de zaak spoed heeft, dan kan de indiener de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven vragen om een voorlopige voorziening (een tijdelijke maatregel) te treffen.