

Aangetekend

[REDACTED]

T.a.v. de heer [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

De Nederlandsche Bank N.V.

[REDACTED]

Directeur

Postbus 98
1000 AB Amsterdam
020 524 91 11
www.dnb.nl

Handelsregister 3300 3396

Betreft

Beslissing op de bezwaarschriften van [REDACTED] en Bonita's Cigars
B.V.**Datum**

04 juli 2016

Ons kenmerk

[REDACTED]

Geachte heer [REDACTED],

Hierbij stuurt De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) u de beslissing op de door u namens [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) en Bonita's Cigars B.V. (hierna: BC) ingediende bezwaarschriften tegen de besluiten van DNB van 17 september 2015, met kenmerken [REDACTED] en [REDACTED] (hierna: de primaire besluiten).

De beslissing op de bezwaren luidt als volgt. DNB verklaart de bezwaren ongegrond en handhaaft de primaire besluiten. Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen.

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Naar aanleiding van – onder meer – een signaal afkomstig van het Financieel Expertise Centrum is bij DNB het vermoeden ontstaan dat vanuit een vestiging van BC geldtransfers zijn verricht van en naar Suriname, zonder een daarvoor op grond van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) vereiste vergunning. Op 26 november 2013 heeft DNB ten kantore van BC een onaangekondigd onderzoek ter plaatse uitgevoerd. Tijdens dit onderzoek heeft DNB aanwijzingen gevonden die er op duiden dat er in de periode van

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

24 augustus 2013 tot en met 26 november 2013 vanuit verschillende nevenvestigingen van [REDACTED] en BC bedragen zijn uitbetaald aan begunstigen in Nederland voor opdrachtgevers in Suriname en vice versa.¹ De resultaten van het onderzoek zijn aanleiding voor DNB geweest om een vervolgonderzoek uit te voeren naar [REDACTED] en BC.

In het kader van het onderzoek naar een vermoedelijke overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, Wft, heeft DNB bij brieven van 28 april 2014 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) inlichtingen van [REDACTED] en BC gevorderd met betrekking tot de personen die in de periode van 24 augustus 2013 tot en met 26 november 2013 werkzaam zijn geweest bij een aantal nader genoemde nevenvestigingen van [REDACTED] en BC. Per brief van 16 mei 2014 hebben [REDACTED] en BC DNB bericht dat zij zich op hun zwijgrecht beroepen.

Bij brieven van 16 juni 2014 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) heeft DNB geconstateerd dat [REDACTED] en BC geen gevolg hebben gegeven aan de inlichtingenvordering van 28 april 2014. DNB heeft [REDACTED] en BC daarbij gerappelleerd om alsnog uiterlijk 23 juni 2014 aan de vordering van DNB te voldoen. Bij deze brief heeft DNB de inlichtingenvordering aangevuld, waarbij DNB – voor zover hier relevant – tevens de volgende inlichtingen van [REDACTED] en BC heeft gevorderd: *“de dienstroosters/registratie van de arbeids- en rusttijden van de werknemers die werkzaam voor u zijn geweest in de hiervoor genoemde vestigingen gedurende 24 augustus 2013 tot en met 26 november 2013”*. Bij brieven van 23 juni 2014 en 2 juli 2014 hebben [REDACTED] en BC DNB wederom medegedeeld dat zij zich op hun zwijgrecht beroepen.

Bij besluiten van 20 augustus 2014 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) heeft DNB aan zowel [REDACTED] als BC een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht

¹ BC en [REDACTED] zijn [REDACTED] van [REDACTED].

(hierna: Awb) en [REDACTED] en BC gelast de inlichtingen alsnog binnen twee weken te verstrekken (hierna: de Lasten onder Dwangsom).

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

[REDACTED]

Bij brief van 29 augustus 2014 hebben [REDACTED] en BC bezwaar gemaakt tegen de Lasten onder Dwangsom. Bij brief van 2 september 2014 hebben [REDACTED] en BC tevens een verzoek om een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam ingediend tot schorsing van de Lasten onder Dwangsom. Op 1 oktober 2014 heeft de voorzieningenrechter dit verzoek afgewezen.

Bij beslissing op bezwaar van 3 februari 2015 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) heeft DNB de bezwaren van [REDACTED] en BC tegen de Lasten onder Dwangsom ongegrond verklaard. [REDACTED] en BC hebben tegen dit besluit beroep ingesteld.

Bij brieven van 8 juni 2015 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) heeft DNB aan [REDACTED] en BC te kennen gegeven dat DNB voornemens is een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb. Bij brief van 3 juli 2015, door DNB ontvangen op 15 juli 2015, hebben [REDACTED] en BC een zienswijze ingediend. Deze zienswijze heeft DNB niet tot een ander oordeel gebracht, zodat DNB bij de primaire besluiten een bestuurlijke boete van EUR 75.000 aan zowel [REDACTED] als BC heeft opgelegd wegens overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb.

Per fax van 26 oktober 2015 hebben [REDACTED] en BC een (pro forma) bezwaarschrift ingediend tegen de primaire besluiten. Bij brieven van 9 november 2015 (kenmerk: [REDACTED] en [REDACTED]) heeft DNB de ontvangst van de bezwaarschriften bevestigd en [REDACTED] en BC een termijn tot 4 januari 2016 gegeven voor het aanvullen van de gronden van bezwaar. Bij brief van 4 januari 2016, door DNB ontvangen op 6 januari 2016, hebben [REDACTED] en BC de gronden van bezwaar aangevuld.

Pagina

3 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

■■■■■■■■■■

Op 5 januari 2016 heeft de rechtbank Rotterdam het beroep van ■■■■ en BC inzake de Lasten onder Dwangsom ongegrond verklaard. Tegen deze uitspraak hebben ■■■■ en BC hoger beroep ingesteld.

Per e-mail van 6 januari 2016, gevolgd door een rappel bij e-mail van 1 februari 2016, heeft DNB ■■■■ en BC (nogmaals) verzocht om aan te geven of zij gebruik wensen te maken van de mogelijkheid te worden gehoord. Per e-mail van 3 februari 2016 hebben ■■■■ en BC DNB laten weten dat zij de daaropvolgende twee maanden verhinderd zijn.

Per brief van 3 februari 2016 (kenmerk: ■■■■■■■■■■) heeft DNB ■■■■ en BC medegedeeld dat de beslistermijn wordt verlengd tot 17 maart 2016.

Per e-mail van 9 februari 2016 heeft DNB, na telefonisch overleg met de gemachtigde van ■■■■ en BC, bevestigd dat DNB op verzoek van ■■■■ en BC de hoorzitting zal laten plaatsvinden op 29 maart 2016 en dat ■■■■ en BC daarbij hebben ingestemd met uitstel van de beslistermijn tot 29 april 2016. Per e-mail van 30 maart 2016 hebben ■■■■ en BC, ter vervanging van de hoorzitting, een schriftelijke aanvullende toelichting gegeven op het bezwaarschrift.

Per e-mail van 5 april 2016 heeft DNB, onder opschorting van de beslistermijn, ■■■■ en BC verzocht om het bij de e-mail gevoegde draagkrachtformulier in te vullen en dit uiterlijk op 26 april 2016 aan DNB te retourneren. Per e-mail van 14 april 2016 heeft DNB, op verzoek van ■■■■ en BC, deze termijn verlengd tot 15 mei 2016. Per e-mail van 17 mei 2016 heeft enkel BC het draagkrachtformulier geretourneerd. Per e-mail van 30 mei 2016 heeft DNB, onder opschorting van de beslistermijn, BC verzocht het draagkrachtformulier uiterlijk 6 juni 2016 nader aan te vullen. Per e-mails van 26 mei 2016 en 30 mei 2016, en telefonisch op 6 juni 2016, heeft DNB ■■■■ gerappelleerd het draagkrachtformulier alsnog uiterlijk 6 juni 2016 te retourneren. ■■■■ heeft echter nagelaten het formulier bij DNB in te dienen.

Pagina

4 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

■■■■■■■■■■

2. WETTELIJK KADER

Voor de beoordeling van het bezwaar en de heroverweging van de primaire besluiten van DNB is met name de volgende wet- en regelgeving van belang: de artikelen 5:10a, 5:16 en 5:20 van de Awb, de artikelen 2:3a, 1:74 en 1:80 van de Wft, artikel 4:3 van de Arbeidstijdenwet (hierna: Atw), artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), alsmede artikel 1 van het Eerste Protocol (hierna: EP) bij het EVRM.

3. HEROVERWEGING VAN DE PRIMAIRE BESLUITEN

3.1 *Equality of arms*

In bezwaar betogen ■■■■ en BC allereerst dat het opleggen van een bestuurlijke boete in strijd is met het in artikel 6 EVRM verankerde 'equality of arms'-beginsel, nu er nog een beroepsprocedure loopt tegen de Lasten onder Dwangsom. ■■■■ en BC stellen dat zij door middel van de bestuurlijke boete worden gedwongen om mee te werken aan de bewijsvoering te hunner laste. Met de bestuurlijke boete zou DNB immers materieel eenzelfde informatieverzoek aan ■■■■ en BC richten, terwijl de rechtmatigheid van dit informatieverzoek nog onderwerp van geschil is bij de rechtbank Rotterdam. ■■■■ en BC verwijzen in dit kader naar rechtspraak van de Hoge Raad.² DNB merkt hierover het volgende op.

Het (inmiddels aanhangige) hoger beroep tussen ■■■■ en BC en DNB heeft betrekking op de rechtmatigheid van de Lasten onder Dwangsom in verband met het niet tijdig voldoen aan de inlichtingenvordering van DNB. De onderhavige bestuurlijke boetes betreffen punitieve sancties in verband met het feit dat ■■■■ en BC niet tijdig hebben voldaan aan de informatievordering van DNB. De opgelegde bestuurlijke boetes strekken er, in tegenstelling tot wat ■■■■ en BC in

² Hoge Raad 10 februari 1988, BNB 1988/160.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

hun bezwaarschrift beweren, niet toe om bewijsmateriaal te verkrijgen ten behoeve van de lopende gerechtelijke (hoger beroeps)procedure tegen de Lasten onder Dwangsom. Het al dan niet alsnog verstrekken van de gevorderde inlichtingen door ■■■ en BC leidt er met andere woorden niet toe dat DNB bewijsmiddelen in handen krijgt die zij kan inzetten ten behoeve van dat geding. Voor zover de bestuurlijke boetes er toe zouden leiden dat ■■■ en BC zich gedwongen zouden voelen om de bij de Lasten onder Dwangsom gevorderde inlichtingen te verstrekken, gaat het om informatie die DNB nodig heeft om te kunnen vaststellen of in strijd met de Wft – bijvoorbeeld artikel 2:3a Wft - is gehandeld. Mocht op basis van die informatie kunnen worden vastgesteld dat ■■■ en BC de Wft hebben overtreden, dan zal DNB daarvoor een formele maatregel kunnen opleggen. Op dit moment is daarover nog geen geding aanhangig.

Met hun stelling gaan ■■■ en BC naar het oordeel van DNB dan ook uit van een onjuiste lezing van het door hen aangehaalde arrest van de Hoge Raad. DNB wijst daartoe, net als zij in de primaire besluiten heeft gedaan, op het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2015³, waaruit de onjuistheid van de opvatting van ■■■ en BC volgt. Uit dit laatste arrest volgt immers dat het vorderen van informatie ten behoeve van een *ander* geding niet in strijd komt met het in artikel 6 EVRM verankerde beginsel van ‘equality of arms’.

De Hoge Raad overwoog in het door ■■■ en BC aangehaalde arrest dat het niet is toegestaan om gedurende de loop van het geding bewijsmiddelen af te dwingen ten behoeve van dat geding. Nu de inlichtingenvordering (als vervat in de Lasten onder Dwangsom) van DNB ziet op een vooralsnog onzekere in de toekomst gelegen procedure inzake overtreding van artikel 2:3a Wft, stelt DNB zich op het standpunt dat zij met de primaire besluiten geen inlichtingen heeft gevorderd ten behoeve van een lopend geding, teneinde bewijsmiddelen af te dwingen van ■■■ en BC. Het betoog van ■■■ en BC kan dan ook niet slagen.

³ ECLI:NL:HR:2015:1141.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

3.2 *Onbevoegd genomen besluit*

In de tweede plaats stellen ■■■ en BC zich op het standpunt dat de primaire besluiten onbevoegdelijk zouden zijn genomen, aangezien degene die de primaire besluiten dient te heroverwegen, hiërarchisch ondergeschikt zal zijn aan de directeur van DNB die de primaire besluiten heeft genomen, te weten de heer ■■■■■. De beoordelaars in de heroverwegingsfase zijn daardoor niet vrij om af te wijken van de primaire besluiten, aldus ■■■ en BC. Hiermee wordt volgens ■■■ en BC in strijd gehandeld met artikel 6 EVRM. DNB overweegt in dit kader als volgt.

Het betoog van ■■■ en BC gaat ten onrechte uit van de aanname dat de onderhavige beslissing op bezwaar genomen zal worden door een ondergeschikte van de heer ■■■■■. Beslissingen op bezwaar worden bij DNB genomen door een directielid, dat wil zeggen iemand op hetzelfde niveau als de heer ■■■■■. In verband met de zorgvuldigheid is dat een ander directielid, dat niet eerder betrokken is geweest bij het besluit waartegen bezwaar wordt gemaakt. Tussen beide directieleden bestaat geen gezagsrelatie dan wel enige afhankelijkheid wegens een mandaat constructie. Op deze manier is de vrijheid om af te wijken van de primaire besluiten gewaarborgd binnen DNB. DNB kan ■■■ en BC dan ook niet volgen in hun betoog dat de primaire besluiten onbevoegdelijk zouden zijn genomen, noch, voor zover zij hebben bedoeld dat te betogen, dat de beslissing op bezwaar onbevoegdelijk zou worden genomen.

3.3 *Het zwijgrecht*

■■■ en BC betogen voorts dat – gelet op de loop van het onderzoek, de gegeven cauties, het handhavingsbeleid van DNB en het feit dat DNB in een vergelijkbare eerdere zaak is overgegaan tot boeteoplegging – redelijkerwijs vastgesteld kan worden dat sprake is van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete aan ■■■ en BC en haar werknemers c.q. bestuurder. Om deze reden komt ■■■ en BC een beroep op het (afgeleide) zwijgrecht toe, aldus ■■■ en

Pagina

7 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

BC. Voorts is DNB volgens [REDACTED] en BC de toezicht fase aan het uitrekken en doet zij daarmee geweld aan het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. In dit kader overweegt DNB het volgende.

Anders dan waar [REDACTED] en BC van zijn uitgegaan, was er ten tijde van de hier aan de orde zijnde informatievorderingen nog geen sprake van een ‘criminal charge’ en kwam [REDACTED] en BC derhalve geen beroep op het zwijgrecht toe.⁴ De rechtbank Rotterdam heeft dit bevestigd in haar uitspraak in het kader van de Lasten onder Dwangsom.⁵ Het zwijgrecht - en ter waarborging daarvan de cautieplicht - bestaat niet ten aanzien van de uitoefening van reguliere toezichtbevoegdheden, zoals in het onderhavige geval.

Op basis van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad⁶ en het College van Beroep voor het bedrijfsleven⁷ (hierna: CBb) kan een belanghebbende zich in de toezichthoudende fase niet met een beroep op artikel 6 EVRM onttrekken aan een op haar rustende wettelijke verplichting om medewerking te verlenen aan – kort gezegd – informatievorderingen, en komt haar geen zwijgrecht toe.

Dat DNB voorzichtigheidshalve in een eerdere fase de cautie heeft gegeven aan [REDACTED] en BC maakt het bovenstaande niet anders. Doorslaggevend is de vraag of in casu sprake is van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wegens overtreding van artikel 2:3a Wft. Daarvan was en is geen sprake. Het geven van de cautie maakt niet dat sprake is van een verhoor dan wel een ‘criminal charge’. Het bezwaar treft in zoverre dan ook geen doel.

Ook het feit dat DNB in een andere zaak een bestuurlijke boete heeft opgelegd wegens overtreding van artikel 2:3a Wft, kan [REDACTED] niet baten. Zoals volgt uit het Handhavingsbeleid van de AFM en DNB⁸ dient de keuze voor het

⁴ Een ‘criminal charge’ (en het daarbij behorende zwijgrecht en de cautieplicht) vangt pas aan op het moment dat redelijkerwijs vermoed kan worden dat sprake is van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Hiervan is in het kader van een mogelijke overtreding van artikel 2:3a Wft geen sprake geweest.

⁵ Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:117, r.o. 5.2.

⁶ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640 en HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144; HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, ECLI:NL:HR:2015:1135 en ECLI:NL:HR:2015:1141.

⁷ CBb 14 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:114, r.o. 4.2 en 4.3.

⁸ Stcrt. 11 juli 2008, nr. 132, p. 30.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

inzetten van een bepaald handhavingsinstrument en de wijze waarop dit wordt ingezet, telkens in een concrete situatie bekeken te worden tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden van dat geval. Op deze manier wordt per situatie bepaald welk instrument het meest effectief is. Uit de mogelijkheid dat DNB bij niet onder toezicht staande ondernemingen sneller overgaat tot de inzet van zwaardere handhavingsinstrumenten, kunnen [REDACTED] en BC niet de gevolgtrekking maken dat zij er derhalve redelijkerwijs vanuit konden gaan dat hen een bestuurlijke boete zou worden opgelegd. In iedere afzonderlijke zaak maakt DNB, nadat zij beschikt over alle relevante inlichtingen en de toezichtfase ten einde is gekomen, een eigen afweging van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen. Afhankelijk van deze afweging bepaalt DNB of zij overgaat tot de inzet van een handhavingsinstrument, en zo ja, welk handhavingsinstrument in de voorliggende specifieke zaak daartoe het meest geëigend is. DNB kan [REDACTED] en BC daarom niet volgen in hun stelling dat zij redelijkerwijs konden vaststellen dat sprake was van een verhoor met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete aan [REDACTED] en BC en haar werknemers c.q. bestuurder.

Voorts merkt DNB op dat voor zover [REDACTED] en BC al een zwijgrecht zou toekomen, dit recht niet geldt ten aanzien van een informatievordering waarmee wilsonafhankelijk materiaal wordt gevorderd. In de uitspraak van de rechtbank Rotterdam tegen de Lasten onder Dwangsom heeft de rechtbank geoordeeld dat de door DNB gevorderde dienstroosters dienen te worden aangemerkt als wilsonafhankelijk materiaal, ook indien deze nog op schrift moeten worden gesteld.⁹ Ook om deze reden kan het beroep van [REDACTED] en BC op artikel 6 EVRM niet slagen.

⁹ Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:117, r.o. 5.4.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

3.4 Onderzoek Inspectie ■■■

■■■ en BC zijn voorts de mening toegedaan dat de wijze waarop zij hun dienstroosters bijhouden in overeenstemming is met artikel 4:3 Atw. ■■■ en BC lijken hiermee te betogen dat DNB hen deze bepaling niet kan tegenwerpen nu correcte naleving ervan door ■■■ en BC er in hun geval niet toe leidt dat zij de gevorderde dienstroosters (alsnog) kunnen verstrekken. Voor de onderbouwing van deze stelling verwijzen zij naar een bij hen in 2013 uitgevoerd onderzoek door de Inspectie ■■■. Dit onderzoek had betrekking op een nooduitgang in haar pand; deze was destijds geblokkeerd. Voor dit feit is door de inspectie ■■■ een boete opgelegd. ■■■ en BC betogen dat in dit specifieke onderzoek geen overtreding van artikel 4:3 Atw is geconstateerd. Zij stellen dat nu ■■■ en BC artikel 4:3 Atw niet hebben overtreden, DNB niet heeft voldaan aan de op haar rustende bewijsplicht van overtreding van artikel 5:20 Awb door ■■■ en BC. In dit kader overweegt DNB het volgende.

De stelling van ■■■ en BC dat na onderzoek door een arbeidsinspecteur van de Inspectie ■■■ geen overtreding van artikel 4:3, eerste lid, Atw is vastgesteld, kan ■■■ en BC niet baten. ■■■ en BC hebben nagelaten stukken te overleggen waaruit blijkt dat het onderzoek van de Inspectie ■■■ (tevens) was gericht op naleving van de Atw, in het bijzonder op de vraag of een deugdelijke registratie wordt gevoerd als bedoeld in artikel 4:3, eerste lid, van deze wet. Zou bij deze inspectie daadwerkelijk zijn vastgesteld dat wordt voldaan aan het bepaalde in dit artikel, dan vormt dit naar het oordeel van DNB bovendien eens te meer reden om aannemelijk te achten dat ■■■ en BC de beschikking hebben over de gevorderde dienstroosters en dat zij deze onmiddellijk aan DNB kunnen verstrekken.

Voorts stellen ■■■ en BC zich in hun bezwaarschrift op het standpunt dat de dienstroosters alleen op een whiteboard worden bijgehouden, en dat deze niet meer door hen te reproduceren zijn. Deze stelling valt echter moeilijk te rijmen met de eerdere verklaringen die zij hieromtrent hebben afgelegd en is daarom

Pagina

10 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

niet aannemelijk. Zo hebben [REDACTED] en BC zich in eerste instantie bij herhaling op het standpunt gesteld dat zij de betreffende informatie niet wensen te verstrekken omdat zij een beroep wensen te doen op hun zwijgrecht. In een later stadium hebben zij gesteld dat de dienstroosters alsnog door hen op schrift te stellen zijn, om vervolgens ten tijde van de beroepsprocedure tegen de Lasten onder Dwangsom te stellen dat de dienstroosters geheel afwezig zijn. Thans stellen [REDACTED] en BC in de schriftelijke aanvullende toelichting op het bezwaarschrift bovendien voor dat DNB hen een termijn van vier weken geeft waarin de gevorderde informatie alsnog wordt gereconstrueerd en voor zover mogelijk op schrift wordt gesteld. Gelet op deze laatste verklaring, acht DNB het niet aannemelijk dat [REDACTED] en BC de door DNB gevorderde informatie niet alsnog op schrift kunnen stellen, zoals zij hebben betoogd in het bezwaarschrift en in de schriftelijke aanvullende toelichting op het bezwaarschrift.

Om deze redenen faalt het betoog van [REDACTED] en BC en blijft DNB, in lijn met het oordeel van de rechtbank Rotterdam, van oordeel dat DNB recht heeft op kennisneming van alle gevorderde informatie, inclusief het gevraagde overzicht van de arbeids- en rusttijden van de werknemers van [REDACTED] en BC.

3.5 *Rechtsmiddelen tegen inlichtingenvordering*

In bezwaar stellen [REDACTED] en BC verder dat het feit dat er geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend tegen de inlichtingenvordering van DNB, in strijd is met het evenredigheidsbeginsel (als vervat in artikel 3:4 Awb), het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en het recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie (artikel 13 EVRM). Bovendien verwijzen [REDACTED] en BC in dit kader naar jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit volgt dat artikel 1 EP EVRM meebrengt dat elke maatregel die het ongestoorde genot van eigendom aantast, vergezeld moet gaan van procedurele garanties die de betrokkene een redelijke mogelijkheid bieden tot effectieve betwisting van de rechtmatigheid van die maatregel.¹⁰ DNB merkt hierover het volgende op.

¹⁰ HR, 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1943, r.o. 3.4.2.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

DNB kan het betoog van ■■■ en BC niet volgen. ■■■ en BC hebben de mogelijkheid om de rechtmatigheid van de informatievordering van DNB ten volle door de rechter te laten toetsen. Dit kunnen zij doen, zoals zij overigens ook hebben gedaan, door middel van het aanwenden van rechtsmiddelen tegen de Lasten onder Dwangsom waarmee de informatie werd gevorderd, tegen de primaire besluiten, dan wel door het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een mogelijk toekomstig besluit waarbij gebruik wordt gemaakt van de door ■■■ en BC te verstrekken informatie. ■■■ en BC beschikken met andere woorden over een effectief rechtsmiddel, zodat het vorderen van inlichtingen (zonder dat tegen die informatievordering rechtstreeks bezwaar of beroep openstaat) niet in strijd is met het bepaalde in de door ■■■ en BC aangehaalde artikelen. Bovendien heeft het CBb in een eerdere zaak geoordeeld dat een inlichtingenvordering van een toezichthouder dient te worden aangemerkt als een feitelijke handeling, waartegen op adequate wijze rechtsbescherming kan worden gezocht bij de burgerlijke rechter.¹¹ DNB kan ■■■ en BC derhalve niet volgen in hun redenering dat hen geen of onvoldoende rechtsbescherming toekomt.¹²

3.6 *Pleitbaar standpunt*

Voorts doen ■■■ en BC een beroep op het leerstuk van het 'pleitbaar standpunt'. Op grond hiervan betogen ■■■ en BC, onder verwijzing naar rechtspraak en literatuur, dat het juridisch pleitbaar of verdedigbaar is dat ■■■ en BC redelijkerwijs konden menen juist te hebben gehandeld en niet gehouden zijn om wilsafhankelijke informatie aan DNB te verstrekken, althans niet zonder restricties. Dit brengt volgens ■■■ en BC met zich dat hen ingevolge artikel 5:5 Awb dan wel 5:41 Awb geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd. In dit kader overweegt DNB als volgt.

¹¹ CBb 2 maart 1999, ECLI:NL:CBB:1999:BR1471, r.o. 5.2.

¹² Overigens kan DNB ook niet inzien op welke wijze de primaire besluiten het ongestoorde genot van eigendom van ■■■ aantast; dit heeft ■■■ evenmin onderbouwd.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

DNB kan niet inzien dat [REDACTED] en BC in casu een geslaagd beroep kunnen doen op het leerstuk van het pleitbaar standpunt, dan wel op een rechtvaardigings- c.q. schulditsluitingsgrond als bedoeld in de artikelen 5:5 en 5:41 Awb.

Uit de arresten van de Hoge Raad van 12 juli 2013¹³, 8 augustus 2014¹⁴ en 24 april 2015¹⁵ volgt dat de vordering van wilsonafhankelijk materiaal op grond van een wettelijke informatieverplichting en het opleggen van een last onder dwangsom ter zake daarvan geen schending van artikel 6 EVRM opleveren en dat dit materiaal later mede mag worden gebruikt voor een eventuele boeteoplegging of strafvervolging. Voor zover sprake is van wilsafhankelijk materiaal volgt uit voormelde arresten dat de verkrijging van zodanig materiaal eveneens mag worden afgedwongen, evenwel onder de restrictie dat dit materiaal uitsluitend wordt gebruikt voor toezicht doeleinden en niet voor sanctiedoeleinden. Voor zover het materiaal wordt gevorderd ten behoeve van het toezicht, zoals in het onderhavige geval, speelt het - met het zwijgrecht samenhangende - onderscheid tussen wilsafhankelijk materiaal en wilsonafhankelijk materiaal dus geen rol. Zou het gevorderde materiaal mede worden gebruikt voor boeteoplegging of strafvervolging, dan komt het oordeel over de vraag in hoeverre het gaat om wilsafhankelijk materiaal en over de vraag welk gevolg moet worden verbonden aan schending van voormelde restrictie toe aan de rechter die over de beboeting of bestraffing beslist, ook indien het invorderings- of dwangsombesluit een dergelijke restrictie niet bevat, aangezien een restrictie met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal voor sanctiedoeleinden reeds uit het EVRM voortvloeit.¹⁶

Daar het onderzoek van DNB naar een mogelijke overtreding van artikel 2:3a Wft, zoals DNB hierboven genoegzaam uiteen heeft gezet, zich in de toezichthoudende fase bevond en bevindt, hadden [REDACTED] en BC op basis van voormelde arresten kunnen en moeten begrijpen dat DNB bevoegd was om alle inlichtingen te vorderen die zij nodig heeft in het kader van haar

¹³ HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

¹⁴ HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144.

¹⁵ HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1141.

¹⁶ Vgl. Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:117, r.o. 5.4.

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

toezichthoudende taak. De status van het gevorderde materiaal en de vraag of in het invorderingsbesluit of de Lasten onder Dwangsom een restrictie is opgenomen met betrekking tot het gebruik van wilsafhankelijk materiaal, is daarbij irrelevant. Het betoog van [REDACTED] en BC faalt in zoverre.

3.7 *De Lasten onder Dwangsom*

In de schriftelijke aanvullende toelichting op het bezwaarschrift van 30 maart 2016 gaan [REDACTED] en BC een aantal keer in op de Lasten onder Dwangsom. Zo stellen zij dat zij tweemaal worden gestraft voor hetzelfde feit door de Lasten onder Dwangsom en de primaire besluiten. [REDACTED] en BC miskennen met deze stelling echter dat de Lasten onder Dwangsom herstelsancties betreffen en de bij de primaire besluiten opgelegde bestuurlijke boetes bestraffende sancties. Uitsluitend de cumulatie van twee herstelsancties (artikel 5:6 Awb) of cumulatie van twee bestraffende sancties (artikel 5:43 Awb) vanwege dezelfde overtreding is door de wetgever uitgesloten. Hieruit volgt dat het feit dat er aan [REDACTED] en BC reeds een herstelsanctie is opgelegd er niet aan in de weg staat dat thans (ook) een bestraffende sanctie wordt opgelegd. Daarbij is van belang dat het feit dat aan [REDACTED] en BC een herstelsanctie is opgelegd, hen er niet toe heeft bewogen om (alsnog) de gevorderde inlichtingen te verstrekken. Overigens zou DNB, ook indien de overtreding na de Lasten onder Dwangsom wel zou zijn beëindigd, de bevoegdheid blijven houden om naast de herstelsancties bestuurlijke boetes op te leggen aan [REDACTED] en BC.

Daarnaast stellen [REDACTED] en BC dat zij binnen de begunstigingstermijn aan de Lasten onder Dwangsom hebben voldaan, en dat de dwangsommen derhalve niet zijn verbeurd. DNB constateert dat [REDACTED] en BC de onderhavige procedure, die betrekking heeft op de hen opgelegde bestuurlijke boetes, verwarren met de procedure die ziet op de hen opgelegde Lasten onder Dwangsom. Deze laatste procedure waarin de rechtmatigheid van de Lasten onder Dwangsom onderwerp van geschil is, is op dit moment aanhangig bij het CbB. [REDACTED] en BC kunnen in dat kader hun standpunt inzake de Lasten onder Dwangsom inbrengen.

Pagina

14 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

3.8 Draagkracht van [REDACTED]

In bezwaar voert [REDACTED] aan dat zij [REDACTED]

[REDACTED]. Zij stelt daartoe dat [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].
[REDACTED]
[REDACTED].
[REDACTED]
[REDACTED].
[REDACTED].

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

3.8 Draagkracht van BC

BC betoogt in bezwaar dat zij onvoldoende draagkracht heeft om de opgelegde boete te kunnen voldoen. Zij verwijst in dit kader naar een brief van [REDACTED] aan BC van 16 december 2015 waarin [REDACTED] haar zorgen uit over de continuïteit van BC. Inmiddels zou de kredietfaciliteit aan BC al gedeeltelijk zijn opgezegd, aldus BC. Voorts zou BC in totaal EUR 310.930,- aan kortlopende schulden hebben. Derhalve verzoekt BC de opgelegde bestuurlijke boete te matigen tot nihil.

Pagina

15 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

Vanwege de beperkte onderbouwing van de draagkracht van BC in het bezwaarschrift, heeft DNB BC per e-mail van 31 maart 2016 een draagkrachtformulier toegezonden en BC daarbij verzocht dit formulier in te vullen en, alsmede alle in dit formulier opgevraagde documenten, aan DNB terug te sturen. Per e-mail van 5 april 2016 heeft DNB, op verzoek van BC daartoe in haar e-mail van 5 april 2015, het draagkrachtformulier nogmaals toegestuurd. Per e-mail van 14 april 2016 heeft DNB, op verzoek van BC, de termijn voor het retourneren van het draagkrachtformulier verlengd tot 15 mei 2016. Per e-mail van 17 mei 2016 heeft BC het draagkrachtformulier geretourneerd en DNB het financieel verslag 2014 van BC toegezonden. DNB overweegt in dit kader als volgt.

Zoals DNB in haar e-mail van 30 mei 2016 aan BC kenbaar heeft gemaakt, heeft DNB geconstateerd dat BC het draagkrachtformulier niet volledig en deels incorrect heeft ingevuld en dat BC een aantal opgevraagde documenten niet heeft verstrekt. Om deze reden heeft DNB per e-mail van 30 mei 2015 BC alsnog verzocht de volgende gegevens uiterlijk op maandag 6 juni 2016 aan DNB te overleggen (zoals DNB tevens reeds had verzocht in het draagkrachtformulier op pagina 5):

- De aangiftes en aanslagen vennootschapsbelasting over 2014 en 2015;
- De aktes van lening tussen BC en [REDACTED] en [REDACTED] (zie pagina 19 van het door BC ingediende financieel verslag 2014);
- De WOZ-beschikking van de pand(en) waarvoor BC in 2014 onroerende zaakbelasting ad. EUR [REDACTED] heeft betaald (zie pagina 22 van het door BC ingediende financieel verslag 2014).

Tevens heeft DNB in haar e-mail van 30 mei 2016 kenbaar gemaakt dat zij meer inzicht wenst te krijgen in de financiële relatie tussen BC en haar

[REDACTED]. Blijkens de jaarrekening 2014 van

[REDACTED] had zij eind 2014 een eigen vermogen van EUR [REDACTED]

Bovendien heeft DNB geconstateerd dat [REDACTED] blijkens haar statuten onder andere is opgericht voor het “

Pagina

16 van 18

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

█
DNB heeft BC derhalve verzocht aan te geven in hoeverre

█ BC in financiële zin ondersteunt of kan ondersteunen. Tot op heden heeft DNB deze gegevens echter niet van BC mogen ontvangen.

Nu BC, ondanks herhaald verzoek van DNB hiertoe, niet voldoende gegevens heeft verstrekt die inzage kunnen geven in de financiële draagkracht van BC en DNB ook anderszins geen gegevens bekend zijn omtrent de financiële positie van BC die aanleiding geven de boete te matigen, zal DNB niet overgaan tot matiging van de opgelegde bestuurlijke boete op grond draagkracht.

3.10 Conclusie

Gelet op het voorgaande komt DNB tot de conclusie dat de in de bezwaarschriften van █ en BC aangevoerde gronden geen doel treffen. Derhalve handhaaft DNB de primaire besluiten.

4. KOSTEN RECHTSBIJSTAND

In uw bezwaarschrift hebben █ en BC ex artikel 7:15 Awb uitdrukkelijk verzocht om vergoeding van de gemaakte rechtsbijstandskosten. Aangezien de primaire besluiten niet worden herroepen wegens aan DNB te wijten onrechtmatigheid, wijst DNB dit verzoek af.

5. BESLISSING OP BEZWAAR

DNB verklaart de bezwaren *ongegrond* en handhaaft de primaire besluiten van 17 september 2015, met kenmerken █ en █.

6. BEROEP

Pagina

17 van 18

Tegen deze beslissing op bezwaar kan een belanghebbende, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit, beroep instellen bij:

Rechtbank Rotterdam
Afdeling Publiek
Team 2 Bestuursrecht
Postbus 50951
3007 BM ROTTERDAM

U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.

Het instellen van beroep tegen deze beslissing op bezwaar schorst de werking van de betalingsplicht voor de opgelegde bestuurlijke boetes.

Hoogachtend,

Datum

4 juli 2016

Ons kenmerk

