

AANGETEKEND

[VERTROUWELIJK]

De Nederlandsche Bank N.V.
[VERTROUWELIJK]
Directeur

Postbus 98
1000 AB Amsterdam
+31 20 524 91 11
www.dnb.nl

Handelsregister 3300 3396

Betreft: beslissing op bezwaar

Geachte [VERTROUWELIJK],

Hierbij stuurt De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) u de beslissing op het door u namens MultiSafepay B.V. (hierna: MSP) ingediende bezwaarschrift tegen het besluit van DNB van 11 oktober 2016 met kenmerk [VERTROUWELIJK] (hierna: het primaire besluit). Bij het primaire besluit heeft DNB aan MSP een bestuurlijke boete opgelegd van EUR 50.000,- wegens – kort samengevat – het niet beschikken over een onafhankelijke en effectieve compliancefunctie in de periode van 1 juli 2014 tot en met 27 augustus 2015.

Datum
20 april 2017

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

De beslissing op bezwaar luidt als volgt. DNB verklaart het bezwaar ongegrond en handhaaft het primaire besluit. Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen.

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij schrijven van 14 juni 2016 heeft DNB aan MSP het voornemen (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) kenbaar gemaakt tot het opleggen van een bestuurlijke boete, wegens de geconstateerde overtreding van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) in samenhang met het Besluit prudentiële regels Wft (hierna: Bpr). MSP heeft op 5 augustus 2016 schriftelijk haar zienswijze gegeven aangaande het voornemen van DNB.

Bij het primaire besluit heeft DNB aan MSP een bestuurlijke boete van EUR 50.000,- opgelegd. Tegen het primaire besluit heeft MSP op 21 november 2016,

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

door DNB ontvangen op 21 november 2016, een pro-forma bezwaarschrift ingediend. Bij brief van 29 november 2016 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB de ontvangst van het bezwaar bevestigd en een termijn gesteld van zes weken voor het aanvullen van de gronden van het bezwaar. Per e-mail d.d. 21 december 2016 is deze termijn op verzoek van MSP met instemming van DNB verlengd met twee weken, tot en met 19 januari 2017. Op 19 januari 2017 heeft DNB de aanvullende gronden van bezwaar van MSP ontvangen. De ontvangst hiervan is door DNB op 23 januari 2017 per brief bevestigd (kenmerk: [VERTROUWELIJK]).

Bij brief van 20 februari 2017 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB de beslistermijn met zes weken verdaagd, tot en met 6 april 2017. De beslistermijn is, met instemming van MSP per e-mail d.d. 5 april 2017, verlengd met twee weken naar 20 april 2017.

Op 13 maart 2017 heeft ten kantore van DNB een hoorzitting plaatsgevonden. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij dit besluit gevoegd (zie **bijlage 1**).

2. WET-EN REGELGEVING

De volgende wet- en regelgeving is in dit geval met name van belang:

Wet op het financieel toezicht:

- Artikel 3:17

Besluit prudentiële regels Wft:

- Artikel 21

3. HEROVERWEGING VAN HET PRIMAIRE BESLUIT

3.1. Onderzoek van DNB

Pagina

2 van 17

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

DNB heeft bij schrijven van 27 oktober 2014 aan MSP aangekondigd in de periode van 10 tot en met 21 november 2014 een aantal betaalinstanties te bezoeken teneinde onderzoek te doen naar de beheersing van integriteitsrisico's door betaalinstanties (kenmerk: [VERTROUWELIJK]). Per e-mail van 10 november 2014 heeft DNB aangegeven op 27 en 28 november 2014 onderzoek te zullen verrichten bij MSP en is verzocht vooraf bepaalde stukken aan DNB te zenden. Op 18 november 2014 ontving DNB per e-mail van MSP de volgende documenten;

- de meest recente versie van het procedurehandboek screening betaalmethoden (alsmede diverse overige procedures uit het handboek als losse documenten)
- de meest recente versie van het handboek KYC
- de meest recente versie van het handboek transactiemonitoring
- het MultiSafepay consumenten acceptatie beleid (versie 1.2, november)
- de Procedurebeschrijving ten aanzien van het risicoprofiel en risicoclassificering voor merchants/klanten
- de MultiSafepay sanction policy (versie 1.0) en
- het Organogram MultiSafepay B.V. vanaf 1 november 2014.

In aanvulling hierop heeft MSP op 25 november 2014 per e-mail de systematische risicoanalyse Q3 2014, de notulen van de bestuursvergadering van 19 november 2014 en het Compliance jaarplan aan DNB toegezonden. Bij het onderzoek ter plaatse, op 27 en 28 november 2014, hebben toezichthouders van DNB gesproken met [naam A], [naam B] en [naam C] van MSP. Verder zijn zeven cliëntdossiers onderzocht en gekopieerd, evenals de partnerovereenkomst [VERTROUWELIJK], KvK uittreksel van een lijst aangedragen klanten door [VERTROUWELIJK], lijsten met betrekking tot "hoge transacties" en hierop betrekking hebbende documenten en de Fraud list van MSP. Op 27 november 2014 heeft MSP per e-mail een Word-document naar DNB gezonden met *High Risk Merchants*. Bij brief van 19 februari 2015 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB een rapportage van onderzoeksbevindingen aan MSP gestuurd. MSP is de gelegenheid geboden om eventuele feitelijke onjuistheden binnen twee

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

weken na dagtekening van voornoemde brief kenbaar te maken. MSP heeft bij brief van 5 maart 2015, met 16 bijlagen, gereageerd en vervolgens bij brief van 12 maart 2015 een plan van aanpak bij DNB ingediend.

DNB heeft [VERTROUWELIJK]. Tot slot heeft DNB [VERTROUWELIJK] bij besluit van 8 november 2016 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) ten aanzien van het bestuur van MSP een curator benoemd. Ook hiertegen heeft MSP bezwaar gemaakt.

3.2. Primaire besluit

MSP heeft sinds 20 september 2012 een vergunning op grond van artikel 2:3a Wft voor het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener. MSP is derhalve gebonden aan de vereisten van de Wft, waaronder artikel 3:17 Wft in samenhang met artikel 21 Bpr.

Uit het door DNB verrichte onderzoek is gebleken dat [naam B] sinds 1 juli 2014 de compliancefunctie bij MSP heeft uitgeoefend. Daarnaast was [naam B] [VERTROUWELIJK] hoofd van de afdeling [VERTROUWELIJK] en hoofd van de afdeling [VERTROUWELIJK]. Deze combinatie van functies heeft [naam B] tot in ieder geval 27 augustus 2015 tegelijkertijd uitgeoefend.

Ingevolge artikel 21 eerste lid, van het Bpr – voor zover hier van belang – beschikt een betaalinstantie over een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliancefunctie uitoefent. Uit de Nota van toelichting op deze bepaling¹ volgt dat de personen die de compliancefunctie uitoefenen, niet betrokken mogen zijn bij het verlenen van diensten of het verrichten van activiteiten waarop zij worden geacht toezicht te houden. Gelet op het feit dat [naam B] in ieder geval in de periode van 1 juli 2014 tot en met 27 augustus 2015 de compliancefunctie heeft uitgeoefend, gelijktijdig met de functies van hoofd van de afdeling [VERTROUWELIJK] en de afdeling

¹ Staatsblad 2007, 407, p. 64.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK], is DNB in het primaire besluit tot het oordeel gekomen dat MSP in deze periode geen organisatieonderdeel had dat op onafhankelijke en effectieve wijze de compliancefunctie heeft uitgeoefend. MSP heeft derhalve in de periode van 1 juli 2014 tot en met 27 augustus 2015 artikel 21 Bpr overtreden.

Gelet op de ernst en de verwijtbaarheid van deze overtreding, en de overige omstandigheden van het geval, heeft DNB besloten - aldus het primaire besluit - om voor de overtreding een bestuurlijke boete op te leggen ter hoogte van EUR 50.000,-.

3.3. Heroverweging op grondslag van het bezwaar

Met toepassing van artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) heeft DNB het primaire besluit in heroverweging genomen, op basis van de bezwaren die tegen dit besluit zijn aangevoerd. In dit kader overweegt DNB als volgt.

3.3.1. Cumulatie van sancties

Ten eerste voert MSP aan dat het samenstel van de aan haar opgelegde sancties, [VERTROUWELIJK]², een onevenredige cumulatie behelst. Volgens MSP heeft DNB ten onrechte nagelaten om de evenredigheid te beoordelen van het primaire besluit in samenhang met de overige opgelegde sancties.³ MSP voert voorts aan dat DNB door middel van [VERTROUWELIJK] reeds toezichtmaatregelen heeft getroffen voor dezelfde overtredingen, over dezelfde periode, als die ten grondslag liggen aan het primaire besluit. Volgens MSP had DNB hier op basis van het Handhavingsbeleid van DNB en de AFM⁴ moeten kiezen voor hetzij het opleggen van een bestuurlijke boete, hetzij [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK]. Derhalve heeft DNB volgens MSP niet alleen in strijd gehandeld met haar handhavingsbeleid, maar ook met het "ne bis

² Zie aanvullend bezwaarschrift d.d. 19 januari 2017, p. 5.

³ Daarbij verwijst MSP naar ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1803.

⁴ Staatscourant 2008, 132.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

in idem-beginsel". Dat levert volgens MSP strijd op met algemene rechtsbeginselen, zoals neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM en artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten (hierna: het Handvest). Daarnaast constateert MSP dat in onderhavig geval door DNB [VERTROUWELIJK].

DNB merkt naar aanleiding hiervan het volgende op.

DNB erkent dat ten aanzien van bepaalde overtredingen over dezelfde periode door DNB verschillende toezichtinstrumenten zijn ingezet. Directe aanleiding daarvoor was evenwel de constatering dat MSP er herhaaldelijk niet in slaagde om de geconstateerde overtredingen te beëindigen, terwijl deze overtredingen deels als ernstig konden worden beschouwd. DNB heeft [VERTROUWELIJK]. Derhalve heeft DNB het passend en geboden geacht om ten aanzien van het bestuur van MSP een curator te benoemen, met als opdracht – kort samengevat – het bewerkstelligen dat MSP [VERTROUWELIJK]. DNB heeft beleidsruimte bij het kiezen voor, en combineren van, herstel- en punitieve sancties. Ook kan zij informele maatregelen nemen. Uit het voorgaande volgt dat DNB voorafgaand aan de opgelegde herstelsancties telkens opnieuw de afweging heeft gemaakt of, en zo ja, welk instrument passend en geboden was om te bewerkstelligen dat MSP de vigerende wet- en regelgeving naleefde, gelet op de situatie van MSP. Daarbij is DNB pas overgegaan tot de inzet van (nieuwe) herstelmaatregelen, nadat zij door middel van verricht onderzoek had geconstateerd dat de overtredingen niet door MSP waren beëindigd.

Naast de inzet van hierboven genoemde herstelmaatregelen heeft DNB eveneens [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK]. Hierbij is eveneens van belang dat van de boetes een generaal en speciaal preventief effect uitgaat. Dat MSP zelf meent voldoende gewaarschuwd te zijn met [VERTROUWELIJK] en dat DNB inmiddels ook een curator bij MSP heeft aangesteld bij MSP, doet daar niet aan af. MSP zal zich, als gevolg van de boetes, meer bewust zijn van het belang bij naleving van de betreffende normen dan wanneer DNB zou volstaan met de reparatoire

Pagina

6 van 17

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

sancties. Bij de oplegging van de bestuurlijke boetes is eveneens van belang dat de inzet van reparatoire sancties, in het bijzonder [VERTROUWELIJK], niet het gewenste effect heeft gehad, ondanks de ruime termijn die MSP voor herstel is gegeven. In het licht van bovenstaande heeft DNB zodoende terecht geconcludeerd dat het overgaan tot de oplegging van een bestuurlijke boete, naast [VERTROUWELIJK], passend en geboden was. Van een onevenredige cumulatie van sancties is volgens DNB geen sprake.

Wat betreft het betoog van MSP dat sprake zou zijn van schending van het ne bis in idem-beginsel merkt DNB het volgende op. Anders dan MSP betoogt, kwalificeren [VERTROUWELIJK] niet als (bestraffende) sancties. In de eerste plaats kwalificeren [VERTROUWELIJK] niet als een bestuurlijke sanctie in de zin van art. 5:2, eerste lid, sub a, Awb, nu deze beide geen opgelegde verplichting of onthouden aanspraak behelzen. Daarnaast hebben deze toezichtmaatregelen ook geen bestraffend karakter. Ingevolge artikel 5:2, eerste lid, sub c, van de Awb is een bestraffende sanctie een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden verplichting, met het oogmerk om de overtreder leed toe te voegen. Blijkens bestendige jurisprudentie wordt onder leedtoevoeging “een geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel” verstaan.⁵ Bij [VERTROUWELIJK] is van dergelijk geïndividualiseerd concreet nadeel geen sprake. Dat MSP dit anders *ervaart*, doet hier niet aan af. [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] zijn hooguit op te vatten als een aansporing tot het beëindigen of ongedaan maken van de door DNB vastgestelde overtredingen. DNB heeft ten aanzien van de aan het primaire besluit ten grondslag liggende overtreding zodoende niet meerdere bestraffende sancties opgelegd. Daarmee is geen sprake van een schending van het ne bis in idem-beginsel, welk beginsel (mede) is geborgd in artikel 50 van het Handvest en in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

⁵ ABRvS 20 november 2002, JB 2003/18, r.o. 2.2.3.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

In tegenstelling tot hetgeen MSP opmerkt ten aanzien van het handhavingsbeleid van DNB en de AFM, staat dit handhavingsbeleid het combineren van een herstelsanctie en bestraffende sanctie uitdrukkelijk toe, evenals het combineren van sancties met informele maatregelen. Dat deze combinatie van maatregelen mogelijk is, volgt eveneens uit de wet en jurisprudentie.⁶ Dit is ook verklaarbaar gelet op het beoogde doel van herstel- (bewerkstelligen normconform gedrag) en bestraffende sancties (leedtoevoeging). Zoals reeds gesteld in het primaire besluit, uit het handhavingsbeleid blijkt expliciet dat de daarin opgesomde factoren die bij de inzet van handhavingsinstrumenten van belang zijn, noch limitatief, noch imperatief van aard zijn. DNB verwerpt dan ook het betoog van MSP dat DNB in strijd handelt met haar eigen handhavingsbeleid.

De bezwaargronden van MSP inzake de cumulatie van maatregelen treffen derhalve geen doel.

3.3.2. Onafhankelijkheid van de compliancefunctie

Ten tweede stelt MSP dat zij weldegelijk gedurende voornoemde periode beschikte over een effectieve en onafhankelijke compliancefunctie in de zin van artikel 21 Bpr. Zij onderbouwt dit door te wijzen op het feit dat deze bepaling een open norm betreft. Met verwijzing naar de toelichting op artikel 21 Bpr stelt MSP dat het haar vrij staat de compliancefunctie in te richten op een manier die, gelet op de aard en omvang van haar organisatie, evenredig en adequaat is.⁷ De norm brengt hiermee naar de mening van MSP tevens met zich dat de mate van onafhankelijkheid in dit kader proportioneel ingevuld kan worden. Voor het standpunt van DNB dat de compliancefunctie geen andere (eerstelijns)taken kan verrichten binnen de eigen organisatie, is in de ogen van MSP in de relevante regelgeving geen grondslag aan te wijzen. MSP wijst voorts op het feit dat de combinatie van [VERTROUWELIJK] met compliance in de praktijk gebruikelijk is. [naam B] heeft derhalve, gelet op de aard en omvang van de organisatie van MSP,

⁶ Zulks blijkt mede uit de in het primaire besluit aangehaalde uitspraak: CbB 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866.

⁷ Staatsblad 2007, 407, p. 64.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

in de periode van 1 juli 2014 tot en met 27 augustus 2015 de compliancefunctie mogen combineren met de functies van afdelingshoofd [VERTROUWELIJK] en afdelingshoofd [VERTROUWELIJK]. Tot slot voert MSP aan dat DNB de gespreksverslagen onjuist heeft geïnterpreteerd in haar primaire besluit. DNB merkt naar aanleiding hiervan het volgende op.

MSP heeft er terecht op gewezen dat uit de toelichting op artikel 21 van het Bpr volgt dat met name bij kleinere betaaldienstverleners de eis van een onafhankelijke compliancefunctie onevenredig kan zijn. DNB heeft om die reden bij het verlenen van de vergunning aan MSP in 2012, toen bij MSP slechts enkele personen werkzaam waren, ingestemd met het vervullen van de compliancefunctie door [naam D]. DNB heeft voor het feit dat dit een uitzondering was op de eis van onafhankelijkheid aandacht gevraagd door een voorschrift te verbinden aan de vergunning, waarin zij opmerkte bij deze specifieke vergunningaanvraag in te stemmen met deze situatie. Voorts heeft DNB er in dit voorschrift op gewezen dat als [naam D] deze functie niet langer zou vervullen, MSP DNB daarover diende te informeren en DNB dan opnieuw zou beoordelen hoe de compliancefunctie belegd zou moeten worden.

Bij e-mail van 26 maart 2014 heeft DNB de aandacht van MSP nogmaals gevestigd op het belang van het beschikken over een zelfstandige, onafhankelijke, compliancefunctie:

“DNB geeft aan afwijzend te staan tegenover het verenigen van de functies van voorzitter van het bestuur (een functie die moet worden uitgevoerd door een niet-uitvoerend toezichthouder) en compliance officer in één persoon. Het is immers aan de compliance officer om het bestuur van de organisatie er vanuit een onafhankelijke positie op te wijzen welke randvoorwaarden het moet scheppen om de compliance doelstellingen van de organisatie te bereiken. Teletik geeft aan dit punt in de organisatie aan te zullen passen”

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Bij het aantreden van [naam B] als compliance officer was de organisatie van MSP inmiddels uitgegroeid tot [VERTROUWELIJK] en was sprake van verschillende teams, die werden aangestuurd door managers. [naam B] bleek [naam B's] compliancetaken te combineren met de leidinggevende functies [VERTROUWELIJK]. Dit betekent dat [naam B] als compliance officer deels [naam B's] eigen, eerstelijns werkzaamheden, althans de werkzaamheden waarvoor [naam B] als leidinggevende verantwoordelijk was, controleerde. In die omstandigheden is geen sprake van een onafhankelijke en effectieve compliancefunctie.

Naar aanleiding van het betoog van MSP dat uit de Nota van toelichting op de vergelijkbare bepaling uit het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft volgt dat de combinatie van de risicobeheerfunctie en de compliancefunctie niet per definitie het onafhankelijk functioneren van elke functie afzonderlijk in gevaar brengt, merkt DNB in de eerste plaats op dat uit de woorden “niet per definitie” valt op te maken dat de vraag of deze combinatie van functies de onafhankelijkheid in gevaar brengt, per geval zal moeten worden beoordeeld. Niet bij voorbaat staat vast dat die combinatie van functies op geen enkele wijze de onafhankelijke invulling daarvan in gevaar brengt. Afgezien daarvan heeft [naam B] meer dan alleen [VERTROUWELIJK] gecombineerd met de compliancefunctie: [naam B] deed ook de eerstelijnsfuncties [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]. Zoals hiervoor overwogen, verzet de aard van de (onafhankelijke) compliancefunctie zich tegen het gelijktijdig verantwoordelijkheid dragen voor eerstelijnsfuncties waarop de compliancefunctie moet toezien. Dit zou namelijk het gevolg hebben dat er in het geheel geen onafhankelijke controle op eerstelijnswerkzaamheden zou plaatsvinden. De compliance officer dient juist zelfstandig en vrij van enige druk de controlerende werkzaamheden uit te oefenen. Een organisatorische scheiding van de overige operationele, eerstelijns, werkzaamheden is derhalve vereist. Controle op eigen werkzaamheden maakt de benodigde onafhankelijke controle illusoir. MSP had in een dergelijke situatie de controle, of een deel daarvan, bij een ander persoon in haar organisatie dienen te beleggen, teneinde de vereiste

Pagina

10 van 17

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

onafhankelijkheid alsnog te waarborgen. Indien dat zou stuiten op praktische bezwaren of onmogelijkheden in het kader van de evenredige functieverdeling binnen haar organisatie, dan had MSP de compliancetaken ten aanzien van die specifieke werkzaamheden bijvoorbeeld kunnen uitbesteden aan een derde partij.

MSP heeft haar keuze om de functies die [naam B] uitoefende te combineren alleen onderbouwd door te wijzen op de praktische voordelen die dat MSP zou opleveren: namelijk dat [naam B] ervaring zou kunnen opdoen en voldoende uitdaging zou houden. DNB constateert dat MSP niet noodgedwongen is overgegaan op het combineren van de leidinggevende functies met de compliancefunctie.

De stelling van MSP dat [naam B] als leidinggevende de eerstelijnswerkzaamheden niet zelf zou hebben uitgevoerd, kan aan het bovenstaande niet afdoen. DNB hecht in dat verband mede waarde aan hetgeen [naam A] heeft verklaard tijdens de hoorzitting: een van de redenen dat [naam B] de combinatie van functies heeft vervuld aangaande [VERTROUWELIJK], was dat [naam B] vanuit [naam B's] rol als compliance officer [VERTROUWELIJK]. Hieruit volgt dat [naam B] niet was afgescheiden van de operationele onderdelen van MSP, en ook dat [naam B] (feitelijk) geen onafhankelijke controle hield op de eerstelijnswerkzaamheden. MSP heeft expliciet een mengvorm voor ogen gestaan met deze combinatie van functies.

De conclusie van DNB uit het voorgaande is dat zij terecht in het primaire besluit tot het oordeel is gekomen dat MSP de in artikel 21 van het Bpr neergelegde eis, dat zij over een organisatieonderdeel beschikt dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliancefunctie uitoefent, heeft overtreden.

Aangaande de interpretatie van de gespreksverslagen in het primaire besluit merkt DNB het volgende op. DNB ziet ook nu in heroverweging in de verklaring van [naam A] een onderkenning van het feit dat de compliancefunctie binnen

Pagina

11 van 17

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

MSP niet onafhankelijk is belegd. Op de vraag van DNB of er nu geen onafhankelijke compliancefunctie bij MSP was, heeft [naam A] geantwoord met "Ja, dat klopt maar daar heb ik wel de eerste stap in gezet". Dat [naam A] vervolgens aangeeft dat de tijdsbesteding van [naam B] is ingedeeld ten behoeve van "een hele hoop dingen", en dat [naam B] 50% in de tweede lijn aan werkzaamheden verricht, beschouwt DNB als een onderschrijving van [naam A's] eerdere opmerking dat de compliancefunctie niet onafhankelijk is belegd, en dat daar nog stappen in moeten worden gemaakt. Tijdens de hoorzitting heeft [naam A] aangegeven dat [naam A] hiermee enkel heeft beoogd duidelijk te maken dat [naam B] ook andere taken had dan [naam B's] tweedelijnsfunctie en dat het niet [naam A's] bedoeling was te erkennen dat sprake was van een overtreding. Zoals DNB hiervoor heeft overwogen, impliceert de combinatie van de specifieke functies die [naam B] heeft uitgeoefend echter wel dat van een onafhankelijke compliancefunctie geen sprake was: als compliance officer controleerde [naam B] immers deels het werk waarvoor [naam B] in eerste instantie ook verantwoordelijk was. Dat die situatie zich voordeed bij MSP, heeft [naam A] onderkend. Dit is niet doorslaggevend voor de conclusie van DNB dat MSP artikel 21 Bpr heeft overtreden, maar draagt wel bij aan de constatering dat MSP het belang van het beschikken over een onafhankelijke compliancefunctie niet hoog in het vaandel had staan.

DNB wijst daarnaast op het citaat dat MSP aanhaalt in randnummer 45 van het aanvullend bezwaarschrift, waaruit volgt dat [naam B] als leidinggevende verantwoording heeft afgelegd aan [naam A], en dat [naam B] in vergaderingen meent van rol te kunnen veranderen naar die van een onafhankelijke. [naam B] zegt in het citaat van MSP dat onafhankelijkheid "in de persoon" zit. DNB leidt mede hieruit af dat er geen adequate organisatorische scheiding is aangebracht tussen de compliancefunctie van [naam B] en de operationele bedrijfsonderdelen en activiteiten waar [naam B] controle op diende uit te oefenen, en dat [naam B] zich van de aard van deze verplichting zelf (kennelijk) ook niet bewust is geweest.

Pagina

12 van 17

De bezwaargronden van MSP aangaande de invulling van de compliancefunctie falen.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

3.3.3. Overige gronden

Ten slotte voert MSP aan dat DNB in redelijkheid niet tot oplegging van een bestuurlijke boete heeft kunnen komen. Daartoe doet MSP beroep op, kort gezegd, het vertrouwensbeginsel en het ontbreken van verwijtbaarheid.

3.3.3.1. Vertrouwensbeginsel

MSP voert aan dat DNB het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat MSP met haar compliancefunctie handelde conform de eisen van DNB. DNB heeft immers haar een vergunning verleend, waaruit MSP afleidt dat DNB geen opmerkingen heeft gehad op het beleid en de procedures van MSP. Was dat wel zo geweest, dan had DNB de vergunning niet mogen verlenen, of had DNB voorschriften moeten verbinden aan de vergunning, aldus MSP. Het beleid en de procedures van MSP zijn de concrete invulling geweest van open normen, zoals artikel 21 Bpr, en uit de vergunningverlening leidt MSP af dat DNB de invulling van MSP aan deze open normen heeft onderschreven. DNB heeft zich immers volgens MSP bij de beoordeling van de vergunningaanvraag inhoudelijk kritisch getoond.

DNB merkt hierover het volgende op. Zoals hiervoor al is overwogen, heeft DNB wel degelijk ten tijde van de vergunningverlening ter zake van de opvolging van [naam D] als compliance officer een voorschrift verbonden aan de vergunning, namelijk dat MSP DNB hierover vooraf zal informeren. DNB zou vervolgens opnieuw beoordelen hoe de compliancefunctie belegd dient te worden binnen de organisatie van MSP. MSP stelt conform het voorschrift van DNB te hebben gehandeld, maar zij gaf tijdens de hoorzitting aan geen melding te hebben gemaakt van de leidinggevende functies van [naam B]. Juist het vergunningsvoorschrift maakt naar het standpunt van DNB dat MSP geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontleen aan de houding van DNB ten

tijde van de vergunningverlening aangaande de invulling van de compliancefunctie door MSP.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

3.3.3.2. Verwijtbaarheid

In het verlengde van haar beroep op het vertrouwensbeginsel betoogt MSP dat de overtreding van artikel 21 Bpr haar niet zou kunnen worden verweten. MSP voert daartoe aan dat zij veronderstelde dat zij na de vergunningverlening haar compliancefunctie juist had ingericht, zodat MSP niet verwijtbaar heeft kunnen handelen. Bovendien heeft DNB de bijzondere positie van FinTech-ondernemingen, zoals MSP, inmiddels onderkend.⁸ Onbegrijpelijk is daarom in de ogen van MSP dat DNB de handhavingsmaatregelen aan MSP heeft opgelegd, terwijl betaalinstanties de transitie hebben moeten maken van een ongereguleerde markt naar een door DNB gereguleerde markt op basis van nieuwe regels. Nieuwe regels voor zowel MSP, als voor DNB. In randnummer 129 van de aanvullende gronden van bezwaar stelt MSP dat DNB voorbij gaat aan het feit dat de opmerkingen van DNB⁹ over het belang van de onafhankelijke compliancefunctie zijn gemaakt in een andere context. Die opmerkingen zien op de verenigbaarheid van de compliancefunctie met de functie van voorzitter van het bestuur. MSP heeft naar aanleiding hiervan juist besloten om een extern geschoolde [VERTROUWELIJK] aan te trekken. Ook dit gegeven doet naar de mening van MSP af aan haar verwijtbaarheid in dezen. Voorts betoogt MSP dat een open norm krachtens het lex certa-beginsel en het legaliteitsbeginsel voldoende duidelijk en kenbaar¹⁰ dient te zijn, alvorens over mag worden gegaan tot punitieve handhaving. MSP stelt in dat kader dat bij handhaving van open normen sprake dient te zijn van een onmiskenbare schending¹¹, waarvan volgens MSP geen sprake is.

⁸ MSP verwijst naar een seminar van DNB voor betaalinstanties d.d. 9 september 2015.

⁹ Zie pagina 3 van het primaire besluit.

¹⁰ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 86.

¹¹ ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, r.o. 2.5.1.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

In paragraaf 3.3.3.1 is reeds door DNB uiteengezet dat MSP geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft kunnen ontlenen aan de houding van DNB met betrekking tot de vormgeving van MSP aan de compliancefunctie. Dit heeft dan ook geen gevolgen voor de mate van verwijtbaarheid van haar gedragingen, nu zij er ten tijde van de vergunningverlening niet blindelings vanuit mocht gaan dat haar handelwijze geheel conform de vereisten van artikel 21 Bpr was.

Aangaande de bijzondere positie van FinTech-ondernemingen overweegt DNB dat ook nieuwe regelgeving vanaf de eerste dag dient te worden nageleefd. De visie van DNB aangaande de compliancefunctie was bovendien bij MSP bekend: DNB heeft haar zienswijze aangaande de compliancefunctie op 26 maart 2014 per e-mail kenbaar gemaakt. MSP heeft derhalve alle gelegenheid gehad om (mede) naar aanleiding hiervan een keuze te maken die de onafhankelijkheid van de compliancefunctie zou kunnen garanderen.

DNB kan het betoog van MSP niet volgen met betrekking tot de opmerkingen op pagina 3 van het primaire besluit over de verenigbaarheid van de compliancefunctie met die van de voorzitter van het bestuur.¹² In het aldaar beschreven contact is MSP in een vroeg stadium geweest op *de vereiste onafhankelijkheid van de compliancefunctie*. Dat MSP naar aanleiding hiervan bij het zoeken naar een passend alternatief heeft besloten de compliancefunctie niettemin op niet-onafhankelijke wijze in te richten, komt geheel voor haar eigen rekening en risico en kan aan haar verwijtbaarheid dan ook niet afdoen.

Anders dan MSP betoogt, is naar de mening van DNB van een schending van het lex certa- en legaliteitsbeginsel geen sprake. DNB acht de portee van de norm in artikel 21 Bpr evident: MSP dient over een organisatieonderdeel te beschikken dat op onafhankelijke en effectieve wijze de compliancefunctie uitoefent. Hierboven heeft DNB uitvoerig onderbouwd waarom zij de mening is toegedaan dat bij MSP in voornoemde periode daarvan geen sprake was.

¹² Zie randnummer 129 van het aanvullend bezwaarschrift. MSP verwijst per abuis in haar bezwaarschrift naar pagina 2 van het primaire besluit, dit dient evident pagina 3 te zijn.

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

De bezwaargronden aangaande de verwijtbaarheid van MSP falen. Uit het voorgaande volgt dat DNB haar in het primaire besluit neergelegde standpunt handhaaft dat de overtreding van artikel 21 Bpr ernstig en verwijtbaar was en dat DNB hiervoor een bestuurlijke boete heeft kunnen opleggen. DNB blijft eveneens bij haar standpunt dat zij terecht tot boeteoplegging is overgegaan, nu de herhaalde inzet van informele en formele maatregelen niet tot beëindiging van de verschillende geconstateerde overtredingen heeft geleid. Ook in het licht van de inmiddels bij MSP aangestelde curator, acht DNB, vanwege de ernst van de overtreding, het opleggen van de bestuurlijke boete van EUR 50.000,- wegens overtreding van artikel 21 Bpr, evenredig.

4. KOSTEN RECHTSBIJSTAND

In het bezwaarschrift heeft u verzocht om vergoeding van de gemaakte rechtsbijstandskosten. Aangezien het primaire besluit niet wordt herroepen wegens een aan DNB te wijten onrechtmatigheid (of anderszins), wijst DNB dit verzoek af.

5. BESLISSING OP BEZWAAR

DNB beslist op het bezwaar van MSP gericht tegen het primaire besluit van 11 oktober 2016, met kenmerk [VERTROUWELIJK], als volgt:

DNB verklaart het bezwaar *ongegrond* en handhaaft het primaire besluit.

Derhalve blijft de bij het primaire besluit opgelegde bestuurlijke boete aan MSP ter hoogte van EUR 50.000,- in stand.

6. BEROEP

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

Datum

20 april 2017

Ons kenmerk

[VERTROUWELIJK]

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.

Hoogachtend,

Pagina

17 van 17