

Aangetekend met bericht van ontvangst

[VERTROUWELIJK]

De Nederlandsche Bank N.V.
[VERTROUWELIJK]
Directeur

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

Onderwerp

Beslissing op bezwaar boetebesluit - Erez Corporate Service B.V.

Handelsregister 3300 3396
BTW: NL003569056B01

Geachte [VERTROUWELIJK],

Hierbij ontvangt u de beslissing van De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) op het door u namens Erez Corporate Service B.V. (hierna: Erez) ingediende pro forma bezwaarschrift van 28 februari 2022, zoals aangevuld op 21 april 2022 (hierna tezamen: het bezwaarschrift). Het bezwaarschrift richt zich tegen het besluit van DNB van 20 januari 2022 (kenmerk: T048-235482999-2818, hierna: het primaire besluit), waarbij DNB Erez een bestuurlijke boete van EUR 95.000 heeft opgelegd, zoals bedoeld in artikel 48, tweede lid, van de Wet toezicht trustkantoren 2018 (hierna: Wtt 2018), vanwege overtreding van artikel 18, eerste lid, van het Besluit toezicht trustkantoren (hierna: Btt 2018) in combinatie met artikel 15, tweede en derde lid, van de Wtt 2018, in de periode van 1 januari 2019 tot en met in ieder geval 31 december 2019.

Datum
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

DNB heeft beoordeeld of zij ten tijde van het primaire besluit op juiste gronden heeft besloten om Erez een bestuurlijke boete op te leggen. Daarnaast heeft DNB, voor zover relevant, feiten en omstandigheden die zich na het primaire besluit hebben voorgedaan betrokken bij de heroverweging. De beslissing op bezwaar luidt als volgt: DNB verklaart het bezwaar ongegrond en laat het primaire besluit, onder aanvulling van de motivering, in stand. Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen en hoe dit besluit is opgebouwd.

Inhoud

1.	VERLOOP VAN DE PROCEDURE	3
2.	WETTELIJK KADER	5
3.	HEROVERWEGING VAN HET PRIMAIRE BESLUIT	6
3.1	Het primaire besluit	6
3.2	Gronden van bezwaar	6
3.3	Heroverweging op grondslag van het bezwaar	7
Ad. A.	Er is onvoldoende juridische grondslag voor een boete	7
Ad. B.	Uit de feiten blijkt onvoldoende dat de norm is overschreden	9
Ad. C.	Mogelijke overtredingen van voor 2019 zijn niet relevant voor het besluit om over het jaar 2019 een boete op te leggen.	12
Ad. D.	Het belopen van de boete [DNB leest: de overtreding] kan Erez niet worden verweten	14
Ad. E.	De boetebepaling in de Wtt in artikelen 15 jo. 48, tweede lid en 49 is op zichzelf niet evenredig.	16
Ad. F.	De hoogte van de boete van EUR 95.000 is niet evenredig	17
Ad. G.	De boete is niet passend en geboden	19
4.	BESLISSING OP BEZWAAR	22
5.	BEROEP	23

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

1. Op 21, 22 en 23 januari 2020 heeft DNB een onderzoek verricht op het kantoor van Erez om te beoordelen in hoeverre Erez onder andere de Wtt 2018 en het Btt 2018 naleeft.
2. Op 14 april 2020 heeft DNB de (voorlopige) bevindingen van het onderzoek aan Erez teruggekoppeld. In de terugkoppelingsbrief licht DNB, kort samengevat, toe meerdere ernstige overtredingen van de op Erez rustende wettelijke verplichtingen te hebben geconstateerd en stelt zij Erez in de gelegenheid om schriftelijk kenbaar te maken of de brief feitelijke onjuistheden bevat.
3. Bij brief van 22 juni 2020 heeft Erez gereageerd op de voorlopige bevindingen van DNB. Na bestudering van de reactie van Erez, heeft DNB haar op 6 oktober 2020 de definitieve bevindingenbrief toegestuurd.
4. Bij brief van 12 februari 2021 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB Erez bericht dat zij voornemens is Erez een aanwijzing te geven in verband met de door haar geconstateerde overtredingen van verschillende artikelen in de Wtt 2018 en het Btt 2018. DNB heeft Erez in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 9 maart 2021 een zienswijze te geven. Per brief van 9 maart 2021 heeft Erez een schriftelijke zienswijze gegeven op het voorgenomen aanwijzingsbesluit. Per brief van 3 juni 2021 heeft DNB aan Erez een aanwijzing opgelegd.
5. Bij brief van 10 november 2021 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) heeft DNB een kennisgeving gestuurd van het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens overtreding van artikel 18, eerste lid Btt 2018 in combinatie met artikel 15, tweede en derde lid Wtt 2018, in de periode van 1 januari 2019 tot en met in ieder geval 31 december 2019. DNB heeft Erez in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 23 november 2021 haar zienswijze kenbaar te maken.

6. Bij brief en e-mail van 16 november 2021 heeft de gemachtigde van Erez, [VERTROUWELIJK], verzocht om uitstel voor het kenbaar maken van een zienswijze. Bij e-mail van 18 november 2021 heeft DNB uitstel voor het kenbaar maken van een zienswijze verleend tot en met 7 december 2021. Bij brief en e-mail van 6 december 2021 heeft de gemachtigde van Erez namens zijn cliënte een zienswijze kenbaar gemaakt.
7. Bij het primaire besluit van 20 januari 2022 heeft DNB Erez een bestuurlijke boete opgelegd in de zin van artikel 48, tweede lid, Wtt 2018. Bij brief van 28 februari 2022 heeft [VERTROUWELIJK] namens Erez pro forma bezwaar gemaakt tegen het primaire besluit. Bij brief van 11 maart 2022 heeft DNB de ontvangst van het tegen het primaire besluit gerichte (pro forma) bezwaarschrift van Erez bevestigd en haar een termijn gegund van zes weken voor het aanvullen en nader motiveren van de bezwaargronden. Ook heeft DNB haar beslistermijn opgeschort vanaf dagtekening van de brief tot en met de dag van ontvangst van het aanvullend bezwaarschrift. Op 21 april 2022 heeft DNB van Erez een aanvullend bezwaarschrift ontvangen.
8. Bij brief van 18 mei 2022 heeft DNB Erez in de gelegenheid gesteld haar bezwaar mondeling toe te lichten tijdens een hoorzitting. Ook heeft DNB in deze brief haar beslistermijn met zes weken verdaagd tot 7 juli 2022. Erez heeft kenbaar gemaakt gebruik te willen maken van haar recht te worden gehoord.
9. Op 20 mei 2022 heeft [VERTROUWELIJK] namens Erez de concept-jaarstukken over 2021 aan DNB verstrekt. DNB heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken op verzoek van [VERTROUWELIJK] digitaal gedeeld op 25 mei 2022. Tijdens de hoorzitting op 30 mei 2022 heeft [VERTROUWELIJK] namens Erez op basis van de concept-jaarstukken een beroep op verminderde draagkracht van Erez gedaan. In dat kader heeft DNB tijdens de hoorzitting om de definitieve jaarcijfers van Erez en de jaarcijfers van [VERTROUWELIJK] (hierna: "[VERTROUWELIJK]"), het moederbedrijf van Erez, verzocht. Tot slot verzocht Erez om de

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

gelegenheid om na de hoorzitting op de op de zaak betrekking hebbende stukken te reageren. DNB heeft daarop aangegeven als zij binnen een week na de hoorzitting de stukken en opmerkingen zou ontvangen zij die zou kunnen verwerken in haar beslissing zonder de termijn verder te moeten opschorten.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

10. Op 9 juni 2022 zond DNB een e-mail met het verzoek de genoemde stukken en eventuele opmerkingen binnen een week te mogen ontvangen, en haar beslistermijn met een week op te schorten.
11. [VERTROUWELIJK] heeft namens Erez de definitieve jaarstukken van Erez over 2021 toegestuurd op 10 juni 2022. Na navraag van DNB of er nog opmerkingen waren op de op de zaak betrekking hebbende stukken en of de jaarcijfers van [VERTROUWELIJK] nog zouden volgen, liet [VERTROUWELIJK] op 16 juni 2022 weten dat Erez geen opmerkingen had op de op de zaak betrekking hebbende stukken. [VERTROUWELIJK] stuurde namens Erez met deze mail wel een overzicht toe van delen van cijfers van de afgelopen jaren met uitleg. Ook gaf [VERTROUWELIJK] aan dat de directie van [VERTROUWELIJK] niet bereid is om jaarstukken te verstrekken. Zij stelt dat zij niet kan inzien waarom dit van belang is om de draagkracht van Erez te bepalen nu Erez vanaf 2015 geen dividend heeft uitgekeerd of andere onttrekkingen uit Erez hebben plaatsgevonden. [VERTROUWELIJK] heeft bovendien ook andere activiteiten die geheel los staan van Erez, aldus [VERTROUWELIJK]. Ook stelt [VERTROUWELIJK] namens Erez dat de management fees de afgelopen jaren gelijk zijn gebleven (de toename in het afgelopen jaar betreft volgens Erez een hogere vergoeding voor autokosten). Tot slot heeft [VERTROUWELIJK] aan de directie van Erez wel laten weten dat ook zij in de afgelopen jaren geen dividend heeft uitgekeerd

2. WETTELIJK KADER

12. Voor de beoordeling van het bezwaar en de heroverweging van het primaire besluit is met name de volgende wet- en regelgeving van belang:

Wtt 2018:

- artikel 15, tweede lid;
- artikel 15, derde lid.

Btt 2018:

- artikel 18, eerste lid.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

3. HEROVERWEGING VAN HET PRIMAIRE BESLUIT

3.1 Het primaire besluit

13. DNB heeft in het primaire besluit vastgesteld dat Erez in de periode van 1 januari 2019 tot en met in ieder geval 31 december 2019 heeft nagelaten een controle door de auditfunctie uit te laten voeren. Daardoor heeft Erez in ieder geval in deze periode artikel 18, eerste lid Btt 2018 in combinatie met artikel 15, tweede en derde lid Wtt 2018 overtreden.¹

3.2 Gronden van bezwaar

14. Erez heeft, samengevat, de volgende bezwaargronden geformuleerd:
- A. Onduidelijke normstelling die geen grondslag kan zijn voor beboeting;
 - B. Uit de vastgestelde en niet betwiste feiten blijkt onvoldoende dat de door de wetgever gestelde norm is overschreden;
 - C. Invulling van de norm die van toepassing was vanaf 1 januari 2019 kan niet aan de hand van invulling van deze norm onder de voorgaande regeling;
 - D. Het belopen van de boete [DNB leest: de overtreding] kan Erez niet worden verweten;
 - E. De boetebepaling in de Wtt in artikelen 15 jo. 48, tweede lid en 49 is op zichzelf niet evenredig;
 - F. De hoogte van de boete van EUR 95.000 is niet evenredig;

¹ Primaire besluit, paragraaf C.

- G. De boete is niet passend en geboden, mede gezien de beperkte draagkracht van Erez.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

3.3 Heroverweging op grondslag van het bezwaar

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

15. DNB heeft het primaire besluit naar aanleiding van de bezwaren van Erez op grond van artikel 7:11 Awb heroverwogen. DNB heeft beoordeeld of ten tijde van het primaire besluit op juiste gronden is besloten om Erez een boete op te leggen (ex tunc-toetsing). Daarnaast heeft DNB, voor zover relevant, feiten en omstandigheden die zich na het primaire besluit hebben voorgedaan betrokken bij de heroverweging (ex nunc-toetsing).
16. DNB gaat hierna puntsgewijs in op de bezwaargronden van Erez, waarbij voor wat betreft de volgorde zoveel mogelijk is aangesloten bij het bezwaarschrift. DNB geeft steeds eerst de stellingen van Erez weer, waarna de reactie van DNB is opgenomen.

Ad. A. Er is onvoldoende juridische grondslag voor een boete

Bezwaar Erez

17. Erez herhaalt grotendeels haar zienswijze op het boetevoornemen. Zij stelt dat er onvoldoende juridische grondslag bestaat voor het opleggen van een boete. Zij stelt dat de norm die zij zou hebben overtreden niet helder en vooraf kenbaar is en daarmee in strijd is met het lex certa-beginsel (artikelen 6 en 7 EVRM en artikel 49 EU Handvest).
18. Erez meent dat onduidelijk is wat in artikel 15, tweede lid Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018 wordt bedoeld met “zorgdragen”, “uitoefenen van een auditfunctie”, “eenmaal per jaar” en “uitoefenen van een controle”. Zij meent daarom dat er geen grondslag is voor beboeting.
19. In het primaire besluit heeft DNB hierop aangegeven dat zij meent dat artikel 15, tweede lid Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018 wel voldoen aan het lex certa-beginsel. Ter toelichting daarop heeft zij aangegeven dat deze

norm ook gold onder de Regeling interne bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014 (“**Rib Wtt 2014**”) en dat deze verder is toegelicht in de Q&A Inrichting audit functie van 27 oktober 2014 (hierna: “**Q&A**”)² en het DNB Beoordelingskader voor de auditfunctie bij Trustkantoren ingevolge de Rib Wtt 2014 (het “**Beoordelingskader**”)³ die zijn opgesteld door DNB waaruit blijkt dat eenmaal per jaar een audit moest worden uitgevoerd.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

20. In reactie daarop stelt Erez in het bezwaarschrift dat DNB daarmee stelt dat haar eigen invulling van de wettelijke norm uit 2014 als leidend moet worden beschouwd voor de beoordeling of de norm die in 2019 expliciet in de wet is opgenomen al dan niet is overtreden. De wetgever heeft deze verwachtingen van DNB onder de voorgaande regeling niet in de wet opgenomen. De conclusie kan dan volgens Erez niet zijn dat er een overtreding is begaan in 2019 omdat de verwachtingen van DNB uit 2014 door Erez niet zouden zijn opgevolgd.

Reactie DNB

21. Uit de toelichting bij artikel 15 Wtt 2018 blijkt dat, vanwege het belang van de auditfunctie, de verplichting voor trustkantoren om over deze functie te beschikken is verplaatst naar het niveau van de wet.⁴ De verplichting om over een auditfunctie te beschikken bestond dus al in de regelgeving van vóór 2019, in artikel 7 van de Rib Wtt 2014. Deze regeling gold tot en met 31 december 2018. Hetzelfde geldt voor de verplichting om één keer per jaar een audit uit te voeren, hetgeen DNB in het primaire besluit heeft toegelicht (randnummers 51 tot en met 53). Deze verplichting was een uitwerking van de norm van artikel 7 Rib Wtt 2014 in de guidance van DNB over deze norm in de genoemde Q&A en het Beoordelingskader. De norm om éénmaal per jaar een audit uit te voeren

² Te raadplegen via <https://dnb.archiefweb.eu/#archive> > Terugscrollen naar oktober 2020 > zoeken op Q&A interne audit en op de eerste link te klikken.

³ Dit Beoordelingskader is gepubliceerd op 27 januari 2017 bij het nieuwsbericht ‘Kwaliteit auditfunctie schiet tekort’.

⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34910, 3, p. 44.

is dan ook als specifieke uitwerking van artikel 15 Wtt 2018 in artikel 18 Btt 2018 vastgelegd.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

22. DNB is van oordeel dat Erez aan eenzelfde invulling van de norm als onder de Rib Wtt 2014 dient te voldoen, omdat die norm met de verplaatsing naar de Wtt 2018 en het Btt 2018 niet is gewijzigd. Zoals hiervoor is aangegeven is dat ook precies wat de wetgever heeft beoogd. Anders dan Erez betoogt gaat het dus niet om een 'eigen invulling van de wettelijke norm uit 2014', maar heeft DNB enkel duidelijk willen maken dat de verplichting, om éénmaal per jaar een audit uit te voeren, al onder de Rib Wtt 2014 gold en nu nog steeds onder artikel 15 Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018. Zoals in het primaire besluit is uiteen gezet is door de invulling van die norm die al gold onder de Rib Wtt 2014 de norm van artikel 18, eerste lid Btt 2018 en artikel 15, tweede en derde lid Wtt 2018 voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar.
23. Indien een professional zoals Erez twijfelt over de uitleg van een norm kan worden verwacht dat zij deskundig advies inwint of nadere guidance vraagt van DNB. Dat heeft zij niet gedaan. Daarnaast hebben over de jaren 2016, 2017 en 2020 wel audits plaatsgevonden. Daaruit blijkt dat Erez wel degelijk op de hoogte was van wat de (gecontinueerde) norm uit artikel 15 Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018 inhoudt.
24. DNB is daarom van mening dat sprake is van een duidelijke normstelling die voldoet aan artikel 7 EVRM en daarmee voldoende grondslag biedt voor beboeting bij een overtreding daarvan.

Ad. B. Uit de feiten blijkt onvoldoende dat de norm is overschreden

Bezwaar Erez

25. Erez verwijst net als in haar zienswijze naar een samenvatting van feiten en omstandigheden waaruit volgens haar zou volgen dat

[VERTROUWELIJK], de auditor die zij heeft aangesteld in 2020, ook het jaar 2019 in haar controle zou hebben betrokken.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

26. Erez meent dat zij *in* 2019 heeft gezorgd voor invulling van de auditfunctie door aanstelling van een auditor in 2019 ([VERTROUWELIJK]) en in 2020 ([VERTROUWELIJK]). Nu [VERTROUWELIJK] zich in 2019 wel heeft ‘uitgelaten’ over 2018 kan volgens Erez niet worden gezegd dat de auditfunctie in 2019 niet is uitgevoerd.
27. Erez herhaalt in haar bezwaar dat inderdaad geen auditrapport is opgeleverd in 2019 maar dat dit een te beperkte opvatting zou zijn van “zorgdragen voor het uitoefenen van de auditfunctie” en het uitoefenen van een controle.

Reactie DNB

28. De auditor die Erez in 2019 had aangesteld ([VERTROUWELIJK]) heeft op 28 januari 2019 haar taak neergelegd omdat zij Erez zou gaan adviseren over de gebreken die waren geconstateerd bij het begin van de audit. Uit de communicatie met [VERTROUWELIJK] die Erez heeft overgelegd aan DNB blijkt dat in 2019 inderdaad advieswerkzaamheden volgden door [VERTROUWELIJK] (zie ook randnummer 32 van het primaire besluit). Tot slot heeft DNB van Erez een memo ontvangen dat is gedateerd op 3 december 2019 en is opgesteld door [VERTROUWELIJK] van [VERTROUWELIJK]. Uit het memo volgt dat de audit zou plaatsvinden in de tweede helft van 2019, maar is uitgesteld tot februari/maart 2020.
29. Vervolgens heeft DNB een auditrapport ontvangen van [VERTROUWELIJK] van 19 maart 2021 over het jaar 2020. Over de boekjaren 2018 en 2019 heeft DNB nimmer een door een externe auditor opgesteld auditrapport ontvangen.
30. Kortom, uit de communicatie met [VERTROUWELIJK] blijkt dat zij in 2019 geen audit heeft uitgevoerd. Zij geeft immers in het memo van 3 december

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

2019 expliciet aan dat de audit wordt verplaatst naar februari/maart 2020. Hieruit blijkt dat er *in* 2019 geen audit is uitgevoerd. Bovendien is er ook nimmer een auditrapport opgesteld *over* de jaren 2019 en 2018.

31. Daarnaast wordt, anders dan Erez stelt, niet voldaan aan artikelen 15, tweede lid Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018 door het enkele aanstellen van een auditor die zich op enige wijze uitlaat over het jaar waarin hij is aangesteld. De auditor moet ook daadwerkelijk een volledige audit uitvoeren, zoals ook uit de tekst van de Wtt 2018, het Btt 2018 en invulling daarvan in de Q&A en het Beoordelingskader blijkt.
32. Verder is het opleveren van een auditrapport onderdeel van het uitvoeren van een audit. Op deze manier is immers controleerbaar wat de auditor heeft gedaan en tot welke conclusies de auditor is gekomen. Daarnaast is controleerbaar of de auditor ook daadwerkelijk een complete audit heeft doorlopen in een specifiek jaar. Dat een rapport onderdeel is van een audit blijkt ook uit verschillende onderdelen:
- Beoordelingskader: “De auditfunctie rapporteert minimaal eenmaal per jaar schriftelijk aan het bestuur en, indien van toepassing, het orgaan belast met intern toezicht van het trustkantoor.”⁵
 - Q&A: “De auditfunctie zal zijn taken periodiek uitvoeren en kan hierbij kiezen voor verschillende vormen: één jaarlijkse complete audit, of verspreid over het jaar kleinere audits van deelprocessen.”⁶
33. Tot slot kan het bestuur van een trustkantoor aan de hand van een jaarlijks rapport tijdig eventuele tekortkomingen adresseren. Uit de toelichting bij Btt 2018 staat:

⁵ Beoordelingskader, p. 6

⁶ Te raadplegen via <https://dnb.archiefweb.eu/#archive> > Terugscrollen naar oktober 2020 > zoeken op Q&A interne audit en op de eerste link te klikken. Zie voor dit onderdeel onder het kopje “Frequentie van uitvoering van taken”.

“De compliance- en de auditfuncties geven het bestuur de middelen om tijdig in te grijpen op het moment dat ontoereikende naleving dreigt.”⁷

34. Kortom, zoals in de voorgaande paragraaf is uiteengezet geldt dat de invulling van de norm onder de Rib Wtt 2014 is voortgezet onder de Wtt 2018 en het Btt 2018, hetgeen inhoudt dat jaarlijks een audit wordt uitgevoerd. Uit de communicatie met [VERTROUWELIJK] dat er geen audit heeft plaatsgevonden *in* het jaar 2019. [VERTROUWELIJK] heeft immers expliciet laten weten dat de audit zou worden verplaatst naar februari/maart 2020. Ook is geen auditrapport opgeleverd *over* de jaren 2018 of 2019.

35. DNB concludeert dat Erez in de periode van 1 januari 2019 tot en met 31 december 2019 niet aan artikel 15 Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2018 heeft voldaan. DNB ziet daarom geen aanleiding na heroverweging tot een ander oordeel te komen.

Ad. C. Mogelijke overtredingen van voor 2019 zijn niet relevant voor het besluit om over het jaar 2019 een boete op te leggen.

Bezwaar Erez

36. Erez stelt dat de norm die zij zou hebben overtreden in de Wtt 2018 staat, die in 2019 in werking is getreden, en daarom niet eerder dan in 2019 kan zijn overtreden. Een eventuele overtreding van de oude norm uit de Rib Wtt 2014 kan volgens haar niet meewegen in de bepaling van de hoogte van de boete voor 2019.
37. Verder stelt Erez dat artikel 18, lid 1 Btt 2018 in 2019 betrekking heeft op een audit van de situatie in 2018. Volgens Erez zou de auditfunctie in haar audit *in* 2019 moeten toetsen aan de Wtt 2014, de Wtt 2018 gold immers nog niet in 2018. Artikel 15 Wtt 2018 bepaalt echter dat de auditfunctie de naleving controleert door een trustkantoor van de bij of krachtens deze

Datum **DNB PUBLIC** |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

⁷ Stb. 2018, 463, p. 28.

wet (de Wtt 2018) gestelde regels. Een overgangsregeling voor deze situatie ontbreekt, dus de wetgever heeft dit niet zo willen regelen, althans, heeft dit onvoldoende duidelijk in de wet opgenomen.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

Reactie DNB

38. Voor zover Erez meent dat overtredingen van voor 2019 aan de boete ten grondslag liggen, is haar bezwaar ongegrond. De boete is opgelegd over de periode van 1 januari 2019 tot en met 31 december 2019, zoals ook nader omschreven in het primaire besluit.⁸ Zoals hiervoor uiteengezet in randnummers 21 tot en met 24 is de normstelling in artikel 15 Wtt 2018 en artikel 18 Btt 2019 wel een voortzetting van de norm onder de Rib Wtt 2014, waardoor eenzelfde toetsingskader als onder de Rib Wtt 2014 van toepassing is op de overtreding van Erez uit 2019.
39. Daarnaast is het feit dat er geen overgangsregime is opgenomen een bewuste keuze van de wetgever om aan te geven dat de norm per direct geldt. Zo staat ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving dat een nieuwe regeling niet slechts van toepassing is op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen. Met andere woorden, de regeling heeft onmiddellijke werking.⁹
40. Uit de toelichting op artikel 15 Wtt 2018 blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was om de bestaande norm te laten continueren, en enkel op een andere plek vast te leggen:
- “Met het oog op het zwaarwegende belang van de compliance- en auditfunctie, wordt de verplichting voor trustkantoren om over deze functies te beschikken vanuit artikel 7 van de Rib Wtt 2014 naar het niveau van de wet verplaatst.”¹⁰
41. Tot slot had het ook in dit kader op de weg van Erez gelegen om, indien zij hier vragen over had, deskundig advies in te winnen of guidance aan DNB

⁸ Zie randnummers 35, 45 en 56.

⁹ Aanwijzingen voor de regelgeving, 5.61.

¹⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34910, 3, p. 44.

te vragen, hetgeen zij heeft nagelaten. DNB ziet daarom geen aanleiding na heroverweging tot een ander oordeel te komen.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

Ad. D. Het belopen van de boete [DNB leest: de overtreding] kan Erez niet worden verweten

Bezwaar Erez

42. Erez meent dat een schulduitsluitingsgrond in de zin van artikel 5:41 Awb op haar van toepassing is. Zij stelt dat mede gezien de onduidelijke regelgeving en het beperkte aanbod van auditors Erez niet kan worden verweten dat ze heeft gehandeld zoals is beschreven. Bovendien heeft DNB volgens Erez geoordeeld dat zij aan de wettelijke eisen van de Wtt 2018 voldeed met betrekking tot de auditfunctie (zij verwijst daarbij naar 'opvolging aanwijzing 8 november 2021'). Volgens Erez mag zij hier het vertrouwen aan ontlennen dat de auditfunctie over het jaar 2019 binnen de wettelijke kaders heeft plaatsgevonden.
43. DNB constateerde in het primaire besluit dat Erez niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van afwezigheid van alle schuld. Erez meent echter dat zij gezien de omstandigheden alles heeft gedaan wat zij redelijkerwijs kon doen om in 2019 aan artikel 15 Wtt 2018 te voldoen. Zij stelt dat het beroep op afwezigheid van alle schuld moet worden gezien in het kader van de onduidelijkheid van de norm. Volgens Erez verlangde DNB dat over 2018 een auditrapport zou zijn opgesteld in 2019 en had dat rapport aan DNB moeten worden toegestuurd, hetgeen voor Erez niet duidelijk was.

Reactie DNB

44. Voor zover Erez meent dat DNB in het primaire besluit heeft gesteld dat *in* 2019 een rapport had moeten worden opgesteld *over* 2018 en aan DNB had moeten worden gestuurd is dat onjuist. DNB heeft in het primaire besluit opgenomen dat er een volledige audit *in* 2019 plaats had moeten vinden en dat daar een auditrapport *over* had moeten worden opgemaakt.

Verder verwijst DNB naar hetgeen zij hiervoor heeft opgemerkt over de duidelijkheid van de normstelling in artikelen 15 Wtt 2018 en 18 Btt 2018 in randnummers 21 tot en met 24.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

45. Daarnaast mag DNB zoals in het primaire besluit aangegeven (randnummer 60) verwijtbaarheid veronderstellen als het daderschap vaststaat. Wel kan Erez een beroep doen op artikel 5:41 Awb, nu het beginsel 'geen straf zonder schuld' ook voor bestuurlijke boetes geldt. Het is dan aan Erez om aannemelijk te maken dat sprake is van afwezigheid van alle schuld. DNB meent dat Erez dat ook met haar bezwaarschrift niet heeft gedaan. De enkele stelling dat Erez 'gezien de omstandigheden alles heeft gedaan wat zij redelijkerwijs kon doen om in 2019 aan artikel 15 Wtt 2018 te voldoen' is daarvoor onvoldoende.
46. Erez had reeds vanaf 28 januari 2019 (het bericht dat [VERTROUWELIJK] haar taak neerlegde) een andere externe auditor aan kunnen trekken. Dat er slechts een beperkt aanbod van auditors is ligt in haar risicosfeer en sluit bovendien niet uit dat er wel andere auditors dan [VERTROUWELIJK] zijn. Erez heeft in ieder geval meer dan genoeg tijd gehad om binnen dit volgens haar beperkte aanbod een andere externe auditor aan te stellen, hetgeen begin 2020 ook daadwerkelijk is gelukt.
47. Ook het feit dat DNB heeft aangegeven dat Erez na het begaan van de overtreding herstelmaatregelen heeft getroffen en deels aan de verschillende onderdelen van de aanwijzing heeft voldaan zoals opgenomen in de brief van DNB van 8 november 2021 is geen grond om te concluderen dat er sprake is van afwezigheid van alle schuld. Zoals aangegeven in het primaire besluit in randnummer 60 kan verwijtbaarheid voor een overtreding in de periode van 1 januari 2019 tot en met 31 december 2019 niet achteraf weg worden genomen en zag de brief van DNB van 8 november 2021 enkel op de opvolging van de aanwijzing.

48. Verder heeft Erez geen andere omstandigheden gesteld of aannemelijk gemaakt op grond waarvan sprake zou zijn van afwezigheid van alle schuld.

49. DNB ziet daarom ook hier geen aanleiding om na heroverweging tot een ander oordeel te komen.

Datum **DNB PUBLIC**
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

Ad. E. De boetebepaling in de Wtt in artikelen 15 jo. 48, tweede lid en 49 is op zichzelf niet evenredig.

Bezwaar Erez

50. Erez stelt in bezwaar, net als in haar zienswijze, dat de boetebepaling in de Wtt 2018 niet evenredig is omdat een boete in de tweede categorie staat voorgeschreven (EUR 250.000-EUR 1 mio of 5% van de omzet) terwijl geen opzet is vereist om deze boete opgelegd te krijgen. De gehele regeling is daardoor volgens Erez in strijd met artikel 6 EVRM. Ook zou de boete in het strafrecht niet uitkomen boven EUR 21.750, hetgeen een belangrijke aanwijzing is dat de boete in zijn algemeenheid disproportioneel is, aldus Erez.

51. Als reactie op hetgeen DNB heeft gesteld in het primaire besluit stelt Erez dat zij van mening is dat in de zaak die DNB aanhaalt (ECLI:NL:CBB:2013:CAO275) weliswaar sprake was van een evenredige boete, maar in haar concrete geval niet. DNB heeft niet met alle specifieke omstandigheden rekening gehouden.

Reactie DNB

52. Hieronder in Ad F. zal DNB ingaan op de evenredigheid van de boete in het concrete geval van Erez. DNB zal in deze paragraaf ingaan op de evenredigheid van de boetebepaling in het algemeen.

53. Erez heeft ten opzichte van haar zienswijze op het boetevoornemen geen nieuwe argumenten aangedragen waarom de boetebepaling in de Wtt

2018 in het algemeen onevenredig is. DNB vat daarom kort samen wat zij in het primaire besluit over de zienswijze van Erez heeft opgemerkt.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

54. Kort samengevat zet DNB in randnummers 62 en 63 van het primaire besluit uiteen dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving en het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector expliciet is ingegaan op de boetesystematiek en de verschillen tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke boetes. De boetes moeten proportioneel zijn aan de overtreding om voldoende afschrikwekkend te zijn. Vervolgens dient DNB rekening te houden met bijzondere omstandigheden en met behulp van het Algemeen boetetoemettingsbeleid DNB te komen tot een proportionele boete. Nu deze overwegingen van DNB ook toetsbaar zijn door de rechter, komt het opleggen van boetes door DNB onder die omstandigheden niet in strijd met artikel 6 EVRM.¹¹
55. Ook is in de totstandkoming van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving en het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector aandacht gegeven aan de verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht, waarbij de wetgever erop heeft gewezen dat de draagkracht van de financiële instellingen die te maken kunnen krijgen met de bestuurlijke boetes nogal uiteenlopend is en dat om een effectieve handhaving te kunnen realiseren het vereist is dat de preventieve werking van bestuursrechtelijke sancties voldoende groot is. Daarnaast heeft de wetgever erop gewezen dat het niet uitzonderlijk is dat het bedrag van een bestuursrechtelijke boete hoger is dan het bedrag dat via strafrechtelijke afdoening kan worden vastgesteld.
56. Kortom, de regeling is evenredig en DNB ziet geen aanleiding na heroverweging tot een ander oordeel te komen.

Ad. F. De hoogte van de boete van EUR 95.000 is niet evenredig

¹¹ Zie ook de verwijzing naar CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275, r.o. 5.1.

57. Erez stelt dat DNB bij de keuze voor het opleggen van een boete rekening dient te houden met het feit dat standaard een zeer hoge boete is voorgeschreven. De motivering van de boete, die is vastgesteld op EUR 95.000 is verder niet duidelijk. Zoals hiervoor in randnummer 50 aangegeven meent Erez dat de boete in haar concrete geval onevenredig is en dat DNB geen rekening heeft gehouden met de specifieke omstandigheden van het geval. Daarnaast stelt zij dat DNB de hoogte van de boete extra moet motiveren omdat DNB niet verplicht is om een boete op te leggen.
58. De boete kan volgens Erez in ieder geval niet hoger zijn van EUR 21.750, nu dit als redelijke maatstaf in het strafrecht wordt gezien. Erez beroept zich in dit kader op artikel 6, tweede lid EVRM.

Reactie DNB

59. Erez stelt dat de uiteindelijke boetehoogte van EUR 95.000 onvoldoende is gemotiveerd, maar geeft daarbij niet aan waarom deze onvoldoende is gemotiveerd en op welke punten de boete motivering ontbeert. Ook is niet duidelijk welke specifieke omstandigheden DNB niet heeft meegenomen in de motivering van de hoogte van de boete. Voor zover Erez daarmee de opsomming bedoelt onder Ad 7 van haar bezwaarschrift ("de boete is niet passend en geboden"), geldt dat DNB deze wel heeft meegenomen in haar overwegingen (zie randnummer 69 primair besluit). Daarnaast heeft DNB de hoogte van de boete gemotiveerd in de randnummers 73 tot en met 83 van het primaire besluit. Zoals DNB heeft aangegeven in randnummer 69 van het primaire besluit maakt het gegeven dat een omstandigheid als genoemd in stap 2 en stap 3 van het Boetetoemettingsbeleid zich niet voordoet niet dat DNB reeds om deze reden afziet van boeteoplegging dan wel overgaat tot matiging van de boetehoogte. Erez heeft deze omstandigheden verder niet geconcretiseerd, noch in haar zienswijze op het boetevoornemen noch in bezwaar, en deze bezwaargrond leidt dus niet tot een ander standpunt van DNB.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

60. DNB meent, anders dan Erez stelt, dat er geen extra eisen worden gesteld aan de motivering van de hoogte van de boete omdat DNB niet verplicht is om een boete op te leggen. Uit onder andere het evenredigheidsbeginsel (artikel 3:4 en artikel 5:46 Awb) vloeien de eisen die aan de motivering van een besluit van DNB worden gesteld al voort en daarbij is al meegenomen dat deze zwaarder zijn bij het toepassen van een discretionaire bevoegdheid. DNB is van mening dat zij aan deze eisen heeft voldaan, te meer nu Erez geen nieuwe argumenten heeft aangedragen in bezwaar of een concretisering heeft opgenomen van de verschillende punten die zij heeft aangedragen ten aanzien van de verschillende stappen in het Boetetoemettingsbeleid.
61. Ten aanzien van de stelling van Erez dat de boete niet hoger dan EUR 21.750 kan zijn omdat dat de hoogte van de boete in het strafrecht is, verwijst DNB naar hetgeen zij heeft opgemerkt over het verschil tussen strafrecht en bestuursrecht in randnummer 54 van deze beslissing op bezwaar en randnummers 63 en 54 van het primaire besluit.
62. Op grond van het voorgaande ziet DNB geen aanleiding na heroverweging tot een ander oordeel te komen.

Ad. G. De boete is niet passend en geboden

63. Erez haalt in haar bezwaar dezelfde omstandigheden aan als zij in haar zienswijze op het boetevoornemen heeft aangevoerd als redenen om de boete te matigen. DNB heeft in het primaire besluit geen reden gezien om op basis van stap 1 tot en met 7 het boetebedrag te verlagen. Tijdens de hoorzitting heeft Erez nog aangegeven dat DNB van mening zou zijn dat haar eigen boetetoemettingsbeleid is toegepast waarmee de boete passend en geboden is. Erez stelt dat er een individuele afweging moet worden gemaakt.
64. Ook verzoekt zij om nadere matiging van de boete wegens verminderde draagkracht op grond van de jaarstukken van Erez over 2021.

Datum **DNB PUBLIC |**
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

Reactie DNB

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

65. DNB verwijst deels terug naar de randnummers 59 tot en met 62 van het primaire besluit, waarin zij al ingaat op de genoemde punten van Erez. Zij ziet geen aanleiding om, nu zij in bezwaar enkel worden herhaald, tot een andere conclusie te komen.
66. Daarnaast heeft DNB inderdaad haar Boetetoemettingsbeleid toegepast en daarmee juist een individuele afweging gemaakt. Zij heeft niet enkel naar haar Boetetoemettingsbeleid verwezen, maar heeft de verschillende stappen toegepast op de concrete situatie van Erez. Onder andere heeft DNB op basis van de jaarcijfers over de jaren 2018, 2019 en 2020 en de toelichting daarbij die Erez heeft toegezonden de boete om redenen van beperkte draagkracht gematigd van EUR 172.150 naar EUR 95.000. DNB verwijst in dit kader nogmaals naar haar motivering in randnummers 71 tot en met 83 van het primaire besluit.
67. Het (herhaalde) beroep op verminderde draagkracht beoordeelt DNB als volgt. Uit het Rapport inzake jaarstukken 2021 blijkt dat Erez per 31 december 2021 een balanstotaal van [VERTROUWELIJK] had, een eigen vermogen van [VERTROUWELIJK] en een verlies van [VERTROUWELIJK]. De post Vorderingen bedroeg in dat jaar [VERTROUWELIJK]. De beheervergoeding aan [VERTROUWELIJK] over 2021 bedroeg [VERTROUWELIJK]. Er zijn verschillende aspecten op basis waarvan DNB heeft besloten niet tot verdere matiging van de boete over te gaan.
68. Ten eerste heeft Erez geweigerd om de cijfers van [VERTROUWELIJK] te overleggen. Dat betekent dat DNB onvolledige informatie heeft om tot beoordeling van de draagkracht van Erez over te gaan. Uit jurisprudentie blijkt dat geen rechtsregel zich verzet tegen het betrekken van cijfers van

het moederbedrijf bij de bepaling van de draagkracht van de dochter.¹² Daarbij is relevant dat DNB een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt bij het uitvoeren van de draagkrachtmeting.¹³ Onder andere is dat het geval om te voorkomen dat de mogelijkheid van beboeting afhankelijk zou worden van de betrekkelijk toevallige omstandigheid hoe de financiële verhoudingen binnen een groep zijn geregeld en kan leiden tot willekeur.¹⁴

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

69. Daarbij komt dat [VERTROUWELIJK] enig aandeelhouder is van Erez, één van de twee bestuurders van Erez ook enig bestuurder is van [VERTROUWELIJK] en zij als bestuurder van Erez alleen en zelfstandig bevoegd is, er geen werkzame personen bij [VERTROUWELIJK] zijn volgens het handelsregister en er een rekening-courant verhouding bestaat tussen Erez en [VERTROUWELIJK]. Dit zijn belangrijke aanwijzingen dat een moedermaatschappij en haar dochter feitelijk als één entiteit moeten worden aangemerkt.¹⁵
70. Ook vloeien er, anders dan Erez stelt, wel degelijk geldstromen van Erez naar [VERTROUWELIJK]. Er is weliswaar geen dividend uitgekeerd, maar er is wel een beheervergoeding betaald. Die was respectievelijk [VERTROUWELIJK] (2018), [VERTROUWELIJK] (2019), [VERTROUWELIJK] (2020) en EUR [VERTROUWELIJK] (2021). Volgens Erez is de verhoging van de beheervergoeding in 2021 gelegen in 'verhoogde autokosten'. Uit (bijvoorbeeld) de jaarcijfers van [VERTROUWELIJK]g dan wel een onderliggend contract had duidelijkheid kunnen worden verschaft over de reden van de hoogte van deze beheervergoeding, zoals de gestelde 'verhoogde autokosten'. Dat heeft Erez, ondanks daartoe door DNB nadrukkelijk in de gelegenheid te zijn gesteld, nagelaten.

¹² CBB 20 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:455, r.o. 3.3.3; Rb. Rotterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8566, r.o. 12.5; CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:432, r.o. 6.2.7.

¹³ CBB 20 november 2014, ECLI:NL:CBB:2014:455, r.o. 3.3.3.

¹⁴ Rb. Rotterdam 15 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8566, r.o. 12.5.

¹⁵ Zie o.a. ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2120; Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3063.

71. In het document dat [VERTROUWELIJK] namens Erez aan DNB toestuurde op 16 juni 2022, stelt Erez kritische liquiditeitskrapte te hebben van EUR - [VERTROUWELIJK] Dit is echter niet geheel verklaard. Volgens Erez zou dat zijn ontstaan door de uitbetaling van de salarissen van januari 2022 ten opzichte van de liquiditeit die zij had aan het einde van 2021. Hier is echter niet opgenomen welke inkomsten Erez heeft gehad in januari 2022, waarvan DNB er redelijkerwijs vanuit gaat dat het meer dan EUR 0,- was. Ook gezien de opmerking van Erez tijdens de hoorzitting dat de post Vorderingen deels in het nieuwe jaar zou worden voldaan. Daarnaast merkt DNB op dat in het extra document dat [VERTROUWELIJK] namens Erez heeft toegestuurd op 16 juni 2022 onjuiste cijfers zijn opgenomen ten aanzien van de beheervergoedingen (namelijk EUR [VERTROUWELIJK] in 2018 en 2019 terwijl dat niet klopt met de jaarrekeningen die eerder door Erez aan DNB zijn verstrekt) en dat de [VERTROUWELIJK] van de beheervergoeding van 2021 wordt afgetrokken, terwijl deze volgens het Rapport inzake jaarstukken 2021 ten goede is gekomen aan de post "Lonen en salarissen". Delen van dit document lijken dus onjuist te zijn. Tot slot kan DNB de liquiditeitskrapte op basis van dit document niet verifiëren. Ook in dit kader heeft DNB daarom onvoldoende informatie om nader te kunnen oordelen over het beroep op verminderde draagkracht.
72. Gelet op het voorgaande heeft Erez met de stukken die zij in bezwaar heeft overgelegd niet aannemelijk gemaakt dat haar financiële positie momenteel zodanig is dat zij niet in staat is de boete te voldoen. De door Erez verstrekte informatie geeft geen volledig beeld van haar financiële positie, zodat er in de draagkracht van Erez geen aanleiding wordt gezien voor verdere matiging van de boete. Hierbij merkt DNB op dat Erez DNB kan verzoeken om een betalingsregeling te treffen zodat Erez de boete in termijnen kan voldoen.

4. BESLISSING OP BEZWAAR

DNB:

Datum **DNB PUBLIC |**
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

- verklaart het bezwaar *ongegrond*; en
- handhaaft het primaire besluit, onder aanvulling van de motivering zoals opgenomen in dit besluit.

Datum DNB PUBLIC |
14 juli 2022

Ons kenmerk
[VERTROUWELIJK]

5. BEROEP

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

Rechtbank Rotterdam
Afdeling Bestuursrecht
Postbus 50951
3007 BM ROTTERDAM

Er kan ook digitaal beroep worden ingesteld bij genoemde rechtbank. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Meer informatie over het instellen van digitaal beroep is beschikbaar via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>.

Hoogachtend,