

Aangetekend

E.R. Capital Vermogensbeheer B.V.

T.a.v. [REDACTED]

Westplein 9

3016 BM ROTTERDAM

De Nederlandsche Bank N.V.

[REDACTED]
Directeur

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

Handelsregister 3300 3396

Onderwerp

Beslissing op bezwaar

Geachte [REDACTED],

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

Hierbij stuurt De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) u de beslissing op het door u namens E.R. Capital Vermogensbeheer B.V. (hierna: ER Capital) ingediende bezwaarschrift tegen het besluit van DNB van 4 oktober 2017 met kenmerk: [REDACTED] (hierna: het primaire besluit).

De beslissing op bezwaar luidt als volgt. DNB verklaart het bezwaar ongegrond en handhaaft de bij het primaire besluit opgelegde bestuurlijke boete van EUR 10.000,-. Hieronder wordt uiteengezet hoe DNB tot deze beslissing is gekomen.

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij brief van 5 juli 2017 heeft DNB aan ER Capital het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete kenbaar gemaakt (kenmerk: [REDACTED]). ER Capital heeft ter zake de voorgenomen bestuurlijke boete op 9 augustus 2017 haar zienswijze mondeling ten kantore van DNB naar voren gebracht.

DNB heeft op 4 oktober 2017 het primaire besluit genomen, waarbij aan ER Capital een boete van EUR 10.000,- is opgelegd wegens overtreding van artikel 3:72, eerste lid, juncto het vijfde lid, van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), juncto artikel 130 en artikel 131 van het Besluit prudentiële regels (hierna: Bpr), juncto artikel 2:2, eerste en tiende lid, van de Regeling staten financiële ondernemingen 2011 (hierna: Rsfo) en de artikelen 3, 7 en 11 van de

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

Verordening EU nr. 680/2014 (hierna: Uitvoeringsverordening). Kort gezegd heeft ER Capital ten onrechte nagelaten om de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2017 tijdig, te weten uiterlijk op 12 mei 2017, bij DNB in te dienen.¹

Bij brief van 8 november 2017, door DNB ontvangen op 14 november 2017, heeft ER Capital bezwaar ingesteld tegen het primaire besluit. Bij schrijven van 21 november 2017 heeft DNB de ontvangst van het bezwaar bevestigd (kenmerk: [REDACTED]). Bij brief van 21 december 2017 heeft DNB de beslistermijn verdaagd en de telefonisch gemaakte afspraak voor het houden van een telefonische hoorzitting op 16 januari 2018 bevestigd (kenmerk: [REDACTED]).

Op 8 januari 2018 heeft ER Capital op verzoek van DNB per e-mail een memo met een nadere toelichting met betrekking tot de draagkracht van ER Capital toegezonden.

Op 16 januari 2018 heeft ER Capital het bezwaar telefonisch van DNB toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat aan deze beslissing op bezwaar is gehecht (Bijlage 1). Naar aanleiding van deze hoorzitting heeft ER Capital d.d. 16 januari 2018 op verzoek van DNB een organogram van de structuur waarvan ER Capital B.V., een vennootschap waarin u eveneens een aandelenbelang heeft, deel uitmaakt aan DNB toegezonden.

2. WETTELIJK KADER

Voor de beoordeling van het bezwaar en de heroverweging van het primaire besluit van DNB is met name de volgende wet- en regelgeving van belang; artikel 3:72, eerste lid, juncto het vijfde lid, van de Wft, juncto artikel 130 en artikel 131 van het Bpr, juncto artikel 2.2, eerste en tiende lid, van de Rsfo en de artikelen 3,

¹ Zie op dit punt het primaire besluit, p. 2 en 3.

7 en 11 van de Uitvoeringsverordening en de artikelen 2, 4 en 4a van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna: Bbbfs).

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

3. HEROVERWEGING VAN HET PRIMAIRE BESLUIT

Het bezwaarschrift richt zich tegen het in het primaire besluit genoemde feitencomplex en tegen de hoogte van de aan ER Capital opgelegde boete. ER Capital verzoekt DNB primair om de boete in te trekken en subsidiair om deze te verlagen dan wel voorwaardelijk te stellen. Indien ER Capital de boete moet betalen, verzoekt zij om een betalingsregeling te treffen. Hiertoe voert zij de volgende gronden aan.

Feitencomplex

ER Capital voert allereerst aan dat aan het niet tijdig indienen van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2017 een miscommunicatie met de accountant ten grondslag ligt. Verder merkt ER Capital op dat DNB in het primaire besluit (p. 8) ten onrechte heeft aangegeven dat ER Capital ook de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2015 te laat heeft ingediend. Volgens ER Capital heeft zij deze rapportage wél tijdig ingediend. Voorts betwist ER Capital niet dat zij de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2016 te laat heeft ingeleverd, maar zou de rapportage alsnog op 30 mei 2016 zijn ingediend, in plaats van 31 mei 2016 zoals staat vermeld in het primaire besluit.

DNB stelt voorop dat niet in geschil is dat ER Capital de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2017 niet tijdig, te weten uiterlijk 12 mei 2017, bij DNB heeft ingediend. Daarmee is sprake van overtreding van artikel 3:72, eerste lid, van de Wft in samenhang met de bij of krachtens het vijfde lid van dit artikel gestelde voorschriften, alsmede de artikelen 3, 7 en 11 van de Uitvoeringsverordening, heeft overtreden. De in de wet neergelegde termijn betreft een fatale termijn. Ook bij een korte overschrijding van een week of zelfs een dag, is de termijn overschreden en is niet voldaan aan de rapportageverplichting. DNB heeft de kwartaalrapportage nodig om het

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

prudentieel toezicht adequaat te kunnen uitoefenen. Het is van belang dat DNB tijdig inzicht heeft in de financiële positie van een beleggingsonderneming en de tijdige indiening van de wettelijk verplichte rapportage is hierbij een noodzakelijk element. Het niet tijdig indienen van de rapportage beschouwt DNB dan ook als een ernstige overtreding, ook als de rapportage enkele dagen te laat is ingediend. DNB maakt in beginsel gebruik van haar bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen als een beleggingsonderneming binnen een aaneengesloten periode van 13 maanden twee keer te laat rapporteert. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven² heeft geoordeeld dat dit beleid³ van DNB niet onredelijk is. Dat het niet tijdig indienen van de kwartaalrapportage te wijten zou zijn aan miscommunicatie tussen de accountant van ER Capital en ER Capital doet hier niet aan af. Deze omstandigheid komt voor risico en rekening van ER Capital en laat onverlet dat de verplichting op ER Capital rust om binnen de hiertoe gestelde termijn rapportages aan DNB te verstrekken.

ER Capital wijst er in bezwaar op dat het primaire besluit een fout bevat, te weten de vermelding bij punt 19 bovenaan pagina 8 dat ER Capital reeds eerder de kwartaalrapportage niet tijdig heeft ingediend. Het primaire besluit noemt hier de kwartaalrapportage 2015, die niet uiterlijk op 12 mei 2015 is ingediend maar op 21 mei 2015. DNB merkt op dat het hier inderdaad een foutieve vermelding betreft, de opsteller van het primaire besluit heeft op dit punt een verschrijving gemaakt. Bedoeld werd de kwartaalrapportage 2016, die niet uiterlijk op 12 mei 2016 maar op 31 mei 2016 volledig door DNB is ontvangen. Bij het opleggen van de boete zijn derhalve alleen de overtredingen over 2016 en 2017 meegenomen, geen (vermeende) overtreding over 2015.

Ten aanzien van de overtreding met betrekking tot het te laat indienen van de kwartaalrapportage 2016 merkt ER Capital in bezwaar op dat zij deze

² College van Beroep voor het bedrijfsleven 25 januari 2017, overweging 4.4. (ECLI:NL:CBB:2017:25)

³ Handhavingsbeleid bij niet-tijdige verstrekking van financiële rapportages door onder toezicht staande instellingen, vastgesteld op 16 mei 2013, gepubliceerd op 8 juli 2017, <https://www.dnb.nl/nieuws/sancties/index.jsp>.

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

overtreding niet betwist, maar dat zij deze rapportage heeft ingediend op 30 mei 2016, en niet op 31 mei 2016 zoals staat vermeld in het primaire besluit. DNB merkt hierover op dat de door ER Capital over het eerste kwartaal van 2016 ingediende rapportage eerst volledig was toen op 31 mei 2016 de Corep rapportage door DNB is ontvangen, nadat op 30 mei 2016 de Finrep rapportage werd ontvangen. De kwartaalrapportage van ER Capital dient op grond van artikel 130, eerste lid, en artikel 131 van het Bpr en Bijlage 6.3 Rsfo zowel de Finrep rapportageset als de Corep rapportageset met kapitaaleisen en verklaring te bevatten.

Hetgeen DNB heeft overwogen met betrekking tot het feitencomplex leidt tot de conclusie dat de overtreding vast staat en DNB daarbij is uitgegaan van de juiste feiten. DNB heeft ER Capital conform het beleid een boete opgelegd.

Het verzoek van ER Capital om de opgelegde bestuurlijke boete in te trekken, wijst DNB dan ook af.

Evenredigheid boetehoogte en draagkracht

ER Capital voert aan dat boetehoogte ex EUR 10.000,- niet evenredig is, gelet op de omvang van de onderneming, het feit dat zij al een groot deel van de omzet kwijt is aan kosten die verband houden met het financieel toezicht en dit een te zware straf is nu het gaat om het enkele dagen te laat indienen van een rapportage.

Heroverweging evenredigheid en draagkracht

Zoals reeds vermeld is niet in geschil is dat ER Capital artikel 3:72, eerste lid, van de Wft in samenhang met de bij of krachtens het vijfde lid van dit artikel gestelde voorschriften, alsmede de artikelen 3, 7 en 11 van de Uitvoeringsverordening, heeft overtreden. Evenmin is in geschil dat DNB derhalve bevoegd was om op grond van artikel 1:80 van de Wft een bestuurlijke boete op te leggen.

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

Ingevolge artikel 10 van het Bbbfs is de overtreding van artikel 3:72, eerste lid, van de Wft beboetbaar met een boete uit categorie 2. Voor boetecategorie 2 geldt een basisbedrag van EUR 500.000,- met een maximumbedrag van EUR 1.000.000,- en een minimumbedrag van EUR 0,-. DNB kan het bedrag van de bestuurlijke boete vaststellen binnen deze minimum en maximum grenzen en houdt daarbij rekening met de ernst en duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Daarnaast houdt DNB op grond van artikel 4, eerste lid, van het Bbbfs bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete rekening met de financiële draagkracht van de overtreder. Voorts houdt DNB ingevolge artikel 4a van het Bbbfs, onverminderd de artikelen 2, 3 en 4 van dit besluit, rekening met de omstandigheden als genoemd in artikel 70⁴ van de richtlijn kapitaalvereisten.⁵

Het betoog van ER Capital dat in onderhavig geval een boete van EUR 10.000,- onevenredig is, treft geen doel. DNB merkt allereerst op dat het hier een overtreding betreft die beboetbaar is gesteld met een basisbedrag van EUR 500.000,-. In zijn algemeenheid geldt dat het door de wetgever vastgestelde basisbedrag van de bestuurlijke boete van EUR 500.000,- evenredig is aan de ernst, duur en de verwijtbaarheid van de overtreding. In onderhavig geval is sprake van een ernstige overtreding, die bovendien aan ER Capital te wijten is.⁶ Er is naar het oordeel van DNB geen aanleiding om de boete te matigen op grond van een minder dan normale mate van ernst van de overtreding of verwijtbaarheid van ER Capital. DNB heeft evenwel aanleiding gezien om in verband met de evenredigheid het vastgestelde basisbedrag voor de boete fors te matigen tot EUR 10.000,-.⁷ Hiertoe is in het primaire besluit overwogen dat in onderhavig geval van een boete van EUR 10.000,- een voldoende punitieve

⁴ Zie in dit verband het primaire besluit, p. 7.

⁵ Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG

⁶ Zie in dit kader het primaire besluit, p. 3, alsmede Rb. Rotterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2430, r.o. 5.2.

⁷ Dit betreft een matiging van 98% ten opzichte van het basisbedrag.

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

werking uitgaat. DNB komt in heroverweging tot het oordeel dat in beginsel ook bij een partij met weinig draagkracht een boete van een zekere omvang gepast en geboden is, gezien de afschrikwekkende werking die uit dient te gaan van een boete. Een nog lagere boete doet volgens DNB geen recht aan de aard en ernst van de overtreding. DNB is dan ook van oordeel dat deze matiging, die zeer fors is ten opzichte van het basisbedrag, tegemoet komt aan de omvang van ER Capital.

Dat ER Capital in verhouding tot haar omzet een relatief groot aandeel kwijt is aan kosten die verband houden met het financieel toezicht, doet evenmin afbreuk aan de evenredigheid van de opgelegde boete. DNB merkt in de eerste plaats op dat de wetgever heeft bepaald dat onder toezicht staande ondernemingen, zoals ER Capital, gehouden zijn de kosten die het financieel toezicht met zich brengen te dragen, hetgeen wettelijk is verankerd in de Wet bekostiging financieel toezicht (hierna: Wbft). Dat ER Capital deze toezichtskosten dient te dragen, is dan ook een gevolg van het actief zijn als beleggingsonderneming op de financiële markten. De weerslag van deze kosten op de vermogenspositie van ER Capital is reeds betrokken bij de omvang van ER Capital in het kader van de evenredigheidstoets, alsmede bij de draagkracht van ER Capital (zie over de draagkracht hieronder).

De discussie of de bij ER Capital in rekening gebrachte toezichtskosten, gelet op haar omvang, proportioneel zijn, is voor de heroverweging van het primaire besluit niet relevant. Deze discussie heeft namelijk betrekking op de vigerende wet- en regelgeving en in hoeverre deze rekening houden met de grootte van onder toezicht staande ondernemingen en valt buiten onderhavige procedure. DNB merkt ter informatie op dat de regering voornemens is de Wbft te wijzigen en hiertoe inmiddels een consultatievoorstel heeft gepubliceerd.⁸ Op dit voorstel hebben diverse marktpartijen een reactie gegeven, waaronder de Vereniging van Vermogensbeheerders en Adviseurs (hierna: VV&A).

⁸ <https://www.internetconsultatie.nl/toezichtkosten>.

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

████████████████████

Het betoog van ER Capital dat de opgelegde boete een te zware straf zou zijn, omdat de kwartaalrapportage over 2017 slechts enkele dagen te laat zou zijn ingediend bij DNB, wijst DNB af. Hiertoe wordt volstaan met een verwijzing naar de voorgaande overwegingen in dit besluit, in het bijzonder de overwegingen ten aanzien van de ernst van de overtreding en het feit dat ER Capital de kwartaalrapportage zowel in 2017 als 2016 te laat heeft verstrekt aan DNB.

████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████

Gelet op het vorenstaande ziet DNB geen aanleiding om de bestuurlijke boete verder te matigen op basis van de beperkte draagkracht van ER Capital. ER Capital heeft voldoende eigen vermogen⁹ om de boete ex EUR 10.000,- te kunnen dragen.

████████████████████
████████████████████
████████████████████

⁹

████████████████████
████████████████████
████████████████████

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

Ook overigens stelt DNB (*ten principale*) zich op het standpunt dat indien is vastgesteld dat de onderneming de boete kan dragen, er geen ruimte is voor matiging van het boetebedrag op grond van de draagkracht, ook niet via de evenredigheidstoets. Naar het oordeel van DNB volgt dit uit de systematiek van het Bbbfs (*de lex specialis*). De draagkrachttoets behelst immers enkel de toets of de beboete entiteit de boete kan dragen.

Een boete van EUR 10.000,- is gelet op alle omstandigheden van dit geval dan ook evenredig en ER Capital kan de boete dragen. Daarbij wijst DNB erop dat ER Capital een betalingsregeling voor het betalen van de boete kan aanvragen, waarbij de boete in termijnen betaald kan worden.

Klankbord kleine vermogensbeheerders

Tijdens de hoorzitting heeft u aangegeven dat u zich graag beschikbaar stelt om deel te nemen in een klankbordgroep, die in gesprek gaat met DNB over het toezicht op kleine beleggingsondernemingen, zodat DNB een beter beeld krijgt van wat er speelt bij deze groep ondernemingen. Met betrekking tot dit aanbod wijst DNB u erop dat zij op regelmatige basis overleg pleegt met belangenverenigingen van vermogensbeheerders, zoals de VV&A en Dutch Fund and Asset Management Association (Dufas). DNB verzoekt u daarom vriendelijk om uw zorgen bij deze belangenverenigingen neer te leggen, zodat deze aandacht kunnen krijgen in de gesprekken die DNB met deze verenigingen voert.

4. BESLISSING OP BEZWAAR

Gelet op het voorgaande heeft DNB, ten aanzien van het door ER Capital gemaakte bezwaar tegen het primaire besluit van 4 oktober 2017, met kenmerk [REDACTED], als volgt beslist:

DNB verklaart het bezwaar ongegrond. DNB handhaaft derhalve de bij het primaire besluit opgelegde bestuurlijke boete van EUR 10.000,-.

5. 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

Hoogachtend,

Datum

06 februari 2018

Ons kenmerk

████████████████████