Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht aan Zonnepanelendelen B.V.

Datum
10 juli 2020

Kenmerk
[VERTROUWELIJK]

De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) BESLUIT het volgende.

DNB legt aan Zonnepanelendelen B.V. (ZPD), gevestigd op de James Wattstraat 77K achtste etage, 1097 DL in Amsterdam, een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Deze bestuurlijke boete wordt aan ZPD opgelegd wegens overtreding van artikel 3:57, eerste lid, van de Wft juncto artikel 95, eerste en tweede lid, van de Capital Requirements Regulation (EU) No. 575/2013[1] (CRR) door niet over voldoende solvabiliteit te beschikken.

Tevens stelt DNB vast dat ZPD artikel 3:53, eerste lid gelezen in samenhang met het derde lid, van de Wft en artikel 48, eerste lid en onder h, van het Besluit prudentiële regels (Bpr) heeft overtreden door niet over het benodigde minimumbedrag aan eigen vermogen te beschikken. ZPD heeft daarmee niet aan haar wettelijke kapitaaleisen voldaan.

De bestuurlijke boete bedraagt **EUR 14.000,-**.

De bestuurlijke boete dient betaald te worden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voorgeschreven termijn van zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [VERTROUWELIJK] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., onder vermelding van factuurnummer [VERTROUWELIJK].

Aan dit besluit liggen de volgende overwegingen ten grondslag.

A. Wettelijk kader

1. Het relevante wettelijk kader is opgenomen in **bijlage 1**. Deze bijlage maakt deel uit van dit besluit.

B. Onderzoek van DNB

Aanleiding en verloop onderzoek

2. ZPD beschikt sinds 31 mei 2018 over een door de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) op grond van artikel 2:96 van de Wft verleende vergunning voor het verlenen van een beleggingsdienst zoals genoemd in artikel 1:1, onder a (ontvangen en doorgeven van orders) en onder f (plaatsen zonder plaatsingsgarantie), van de Wft. ZPD is daarmee een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onder 2, van de CRR alsmede een 'beleggingsonderneming in de zin van de verordening kapitaalvereisten' zoals gedefinieerd in artikel 1:1 van de Wft.

3. Per e-mail van 3 mei 2019 heeft ZPD DNB ervan op de hoogte gebracht dat zij in het eerste kwartaal van 2019 aan haar kapitaaleisen voldoet, maar dat zij haar kapitaalpositie via een investering wil aansterken, zodanig dat

[1] Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) Nr. 648/2012 (CRR).

dit in de kwartaalrapportage over het tweede kwartaal van 2019 zichtbaar zal zijn.

4. Vervolgens heeft ZPD op 16 mei 2019 haar kwartaalrapportage (de FINREP_GAAP Individual-rapportage als bedoeld in artikel 99, tweede lid, van de CRR) over het eerste kwartaal van 2019 aan DNB verstrekt.

5. ZPD heeft bij e-mail van 20 mei 2019 (en dus na het verstrekken van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019) gesteld dat zij al enkele maanden bezig is om haar kapitaalpositie te versterken. Hierbij heeft ZPD verwezen naar haar e-mail van 3 mei 2019, waarin volgens ZPD aan DNB al melding is gemaakt van het dreigende kapitaaltekort.

6. Op 21 mei 2019 heeft een telefonisch gesprek plaatsgevonden tussen ZPD en medewerkers van DNB. Tijdens dit gesprek heeft ZPD aangegeven dat zij verwacht haar kapitaalpositie, zoals blijkt uit de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019, (op korte termijn) te herstellen.

7. Bij brief van 27 mei 2019 heeft DNB de uit de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 gebleken kapitaalpositie aan ZPD bevestigd.[2] DNB heeft ZPD tot uiterlijk 30 september 2019 de gelegenheid gegeven om haar kapitaalpositie te herstellen en dit met cijfers te onderbouwen. DNB heeft hierbij vermeld dat zij een bestuurlijke boete oplegt, indien binnen een aaneengesloten periode van 25 maanden twee keer niet aan de wettelijke kapitaaleisen is voldaan.

8. Vervolgens heeft ZPD op 30 september 2019 per e-mail aan DNB aangetoond dat zij haar kapitaalpositie per 27 september 2019 hersteld heeft.

9. Naar aanleiding hiervan heeft DNB op 1 november 2019 een boeterapport opgesteld.[3]

Resultaten onderzoek

10. Uit het onderzoek van DNB en het handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK) blijkt het volgende.

11. ZPD is opgericht op 1 oktober 2012 en is gevestigd aan de James Wattstraat 77 op de achtste etage, 1097 DL in Amsterdam.

12. De bestuurders van ZPD zijn [VERTROUWELIJK].

13. Aan de hand van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 stelt DNB vast dat in ieder geval per 31 maart 2019 de volgende bedragen gelden voor ZPD om aan haar wettelijke kapitaaleisen te voldoen. Deze bedragen zijn berekend aan de hand van deze kwartaalrapportage en de wettelijke bepalingen die voor ZPD gelden. Deze berekening is nader uitgewerkt onder randnummers 16 tot en met 29.

[2] Brief van DNB van 27 mei 2019 met kenmerk [VERTROUWELIJK].
[3] Boeterapport van DNB van 1 november 2019 met kenmerk [VERTROUWELIJK].

- Aanwezig toetsingsvermogen[4]: EUR 31.124,-
- Totale vaste kosten[5]: EUR 374.312,-
- Vastekosteneis[6]: EUR 93.578,-
- Solvabiliteitseis[7]: EUR 93.578,-

C. Geconstateerde overtreding

14. Gelet op voormeld onderzoek, in samenhang met het wettelijk kader, constateert DNB het volgende.

15. Om aan haar wettelijke kapitaaleisen te voldoen, dient ZPD op grond van artikel 3:53, eerste en derde lid, en artikel 3:57, eerste lid, van de Wft zowel over het benodigde minimumbedrag aan eigen vermogen te beschikken (eigenvermogenseis) alsmede over voldoende solvabiliteit (solvabiliteitseis).

Overtreding van de eigenvermogenseis (artikel 3:53, eerst en derde lid, van de Wft)

16. Om te bepalen of ZPD aan haar wettelijke kapitaaleisen heeft voldaan, beoordeelt DNB aan de hand van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 allereerst of ZPD voldeed aan haar eigenvermogenseis.

17. Op grond van artikel 3:53, eerste lid, van de Wft dient een beleggingsonderneming met zetel in Nederland over een minimumbedrag aan eigen vermogen te beschikken. ZPD is een beleggingsonderneming met zetel in Nederland. Zij beschikt niet over een door DNB op grond van artikel 3:53, zevende lid, van de Wft hiervoor verleende ontheffing.

18. Doordat ZPD de beleggingsdiensten a (ontvangen en doorgeven van orders) en f (plaatsen zonder plaatsingsgarantie) verleent, wordt de hoogte van de voor haar geldende eigenvermogenseis vastgesteld op grond van artikel 3:53, derde lid, van de Wft juncto artikel 48, eerste lid en onder h, van het Bpr. De eigenvermogenseis van ZPD bedraagt hierdoor EUR 50.000,-.[8]

19. Op grond van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 heeft DNB vastgesteld dat ZPD in ieder geval per 31 maart 2019 over een aanwezig toetsingsvermogen van EUR 31.124,- beschikte. Dit bedrag is lager dan ZPD's eigenvermogenseis van EUR 50.000,-. ZPD had hierdoor een tekort van EUR 18.876,-.

20. Dit tekort heeft ZPD via een kapitaalstorting op 27 september 2019 hersteld.

[4] Zie staat C 01.00 in de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019. Op grond van artikel 1 van het Bpr is 'het toetsingsvermogen' het eigen vermogen, bedoeld in artikel 72 van de CRR. Ingevolge artikelen 4, eerste lid, onder 118, en 72 van de CRR is dit de som van het tier 1- en tier 2-kapitaal.
[5] Zie staat F 70.00 in de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019. Van dit bedrag zijn de aftrekposten ter hoogte van EUR [VERTROUWELIJK] van de door de accountant gecontroleerde totale kosten van de onderneming ter hoogte van EUR [VERTROUWELIJK] afgetrokken. Dit zijn aftrekposten, zoals opgenomen in de Delegated Regulation (EU) No. 2015/488 'as regards own funds requirements for firms based on fixed overheads' van de Europese Commissie (DRFO).
[6] 25% van EUR 374.312 (voor de berekening zie randnummer 27).
[7] 8% van 12,5 x EUR 93.578,- (voor de berekening zie randnummers 25 tot en met 27).
[8] Het eigen vermogen is ingevolge artikel 4, eerste lid, onder 51, van de CRR de hoeveelheid en de soorten toetsingsvermogen die in titel IV van de Richtlijn 2013/36/EU (CRD IV) voor beleggingsondernemingen zijn vastgesteld. Uit artikel 29, eerste en derde lid, van de CRD IV en artikel 48, eerste lid, onder h, van het Bpr blijkt dat dit voor beleggingsondernemingen, zoals ZPD, EUR 50.000,- bedraagt.

Conclusie

21. Gelet op het onderzoek van DNB, met inachtneming van het wettelijk kader, constateert DNB dat ZPD in ieder geval per 31 maart 2019 tot 27 september 2019 niet voldeed aan de voor haar geldende eigenvermogenseis, nu zij een tekort had van EUR 18.867,-. ZPD heeft daarmee in ieder geval in die periode artikel 3:53, eerste lid, gelezen in samenhang met het derde lid, van de Wft en artikel 48, eerste lid, onder h, van het Bpr overtreden.

Overtreding van de solvabiliteitseis (artikel 3:57, eerste lid, van de Wft)

22. Om te bepalen of ZPD aan haar wettelijke kapitaaleisen heeft voldaan, beoordeelt DNB aan de hand van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 tevens of ZPD aan haar solvabiliteitseis voldeed.

23. Op grond van artikel 3:57, eerste lid, van de Wft dient een 'beleggingsonderneming in de zin van de verordening kapitaalvereisten' met zetel in Nederland te beschikken over voldoende solvabiliteit. Zoals onder randnummer 2 is overwogen, is ZPD, gezeteld in Nederland, een 'beleggingsonderneming in de zin van de verordening kapitaalvereisten'.

24. Ingevolge artikel 3:57, tweede lid, van de Wft juncto artikel 59, derde lid, van het Bpr, beschikt ZPD over voldoende solvabiliteit als haar aanwezige toetsingsvermogen voldoet aan de in deel 3 van de CRR voor haar geldende solvabiliteitseis.

25. ZPD dient ingevolge artikel 92, eerste lid en onder c, van de CRR te allen tijde aan een totale kapitaalratio van 8% te voldoen. Deze totale kapitaalratio van 8% is de solvabiliteitseis. Voor een beleggingsonderneming als ZPD wordt deze solvabiliteitseis berekend als het hoogste van een van de volgende bedragen:
    - de som van de in artikel 92, derde lid, onder a tot en met d en f, van de CRR bedoelde bedragen na toepassing van artikel 92, vierde lid, van de CRR (risicogewogen posten voor krediet en marktrisico);
    - het in artikel 97 van de CRR bepaalde bedrag (vastekosteneis) vermenigvuldigd met 12,5.

26. De vastekosteneis vermenigvuldigd met 12,5 is in casu voor ZPD het hoogste bedrag. Deze vastekosteneis staat qua bedrag gelijk aan de voor ZPD geldende solvabiliteitseis.[9]

27. Doordat deze twee bedragen aan elkaar gelijk staan, betekent dit concreet voor ZPD dat zij ingevolge artikel 97, eerste lid, van de CRR een toetsingsvermogen van ten minste een kwart van de vaste kosten van het voorafgaande boekjaar dient aan te houden om aan haar solvabiliteiteis te voldoen. Dit bedrag mag op grond van artikel 93, eerste lid, van de CRR niet kleiner zijn dan de eigenvermogenseis. In het geval van ZPD mag haar toetsingsvermogen (en dus haar vastenkosteneis) niet lager zijn dan EUR 50.000,- (zie randnummer 18).

[9] Het bedrag dat voortkomt uit 8% van 12,5 x de vastekosteneis is gelijk aan de vastekosteneis.

28. Gelet op het voorgaande en de door ZPD ingediende kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019, stelt DNB vast dat voor ZPD de vastekosteneis EUR 93.578,- bedroeg (zie randnummer 13). De solvabiliteitseis van ZPD was daarmee ook EUR 93.578,-. ZPD beschikte echter over een aanwezig toetsingsvermogen van EUR 31.124,-. Dit betekent dat ZPD in ieder geval per 31 maart 2019 niet heeft voldaan aan de voor haar geldende solvabiliteitseis, nu zij een tekort had van EUR 62.454,-.

29. Dit tekort heeft ZPD tevens via de kapitaalstorting van 27 september 2019 hersteld.

Conclusie

30. Gelet op het onderzoek van DNB, met inachtneming van het wettelijk kader, constateert DNB dat ZPD in ieder geval per 31 maart 2019 tot 27 september 2019 een tekort had van EUR 62.454,- op de solvabiliteitseis. ZPD heeft daarmee in ieder geval in die periode artikel 3:57, eerste lid, van de Wft juncto artikel 95, eerste en tweede lid, van de CRR overtreden.

Eerdere overtredingen van de eigenvermogenseis en de solvabiliteitseis

31. In dit verband merkt DNB op dat ZPD eerder niet aan haar eigenvermogenseis heeft voldaan. Aan de hand van de kwartaalrapportage over het tweede kwartaal van 2018 had DNB vastgesteld dat het aanwezige toetsingsvermogen van ZPD in ieder geval per 30 juni 2018 EUR 14.863,- bedroeg. Dit is lager dan de voor haar geldende eigenvermogenseis van EUR 50.000,-. ZPD had daarmee een tekort van EUR 35.137,- op de voor haar geldende eigenvermogenseis.

32. Tevens heeft DNB vastgesteld dat ZPD eerder niet aan de solvabiliteitseis heeft voldaan. Aan de hand van de kwartaalrapportage over het tweede kwartaal van 2018 had DNB vastgesteld dat het aanwezige toetsingsvermogen van ZPD in ieder geval per 30 juni 2018 EUR 14.863,- bedroeg en de vastekosteneis EUR 47.273,-. Daardoor bedroeg de solvabiliteitseis EUR 50.000,-. De vastekosteneis was immers kleiner dan de eigenvermogenseis. ZPD had daarmee een tekort van EUR 35.137,- op de voor haar geldende solvabiliteitseis.

33. ZPD heeft DNB op 12 november 2018 ervan op de hoogte gebracht dat deze kapitaaltekorten via een kapitaalstorting zijn hersteld. DNB heeft dit herstel bij brief van 27 november 2018 bevestigd.[10] In deze brief heeft DNB ook kenbaar gemaakt dat zij gebruik maakt van haar bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, indien binnen een aaneengesloten periode van 25 maanden twee keer niet aan de wettelijke kapitaaleisen is voldaan.

Conclusie

34. Gelet op het onderzoek van DNB, met inachtneming van het wettelijk kader, constateert DNB dat ZPD artikel 3:57, eerste lid, van de Wft juncto artikel 95, eerste en tweede lid, van de CRR en artikel 3:53, eerste lid gelezen in samenhang met het derde lid, van de Wft en artikel 48, eerste lid en onder h, van het Bpr heeft overtreden door niet aan haar wettelijke kapitaaleisen te voldoen.

[10] Brief van DNB van 27 november 2018 met kenmerk [VERTROUWELIJK].

D. Handhavingsbevoegdheid van DNB

35. Ingevolge artikel 1:80, aanhef en onder a, van de Wft is DNB bevoegd bestuurlijke boetes op te leggen ter zake van overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens artikel 3:57, eerste lid, en artikel 3:53, eerste en derde lid, van de Wft.

36. DNB voert vast beleid bij het uitoefenen van haar bevoegdheden tot het treffen van handhavingsmaatregelen.[11] Op grond van dit beleid hanteert DNB het uitgangspunt dat overtredingen niet worden gedoogd en dat in beginsel handhavend wordt opgetreden tegen geconstateerde overtredingen.

E. Belangenafweging

37. Hieronder overweegt DNB of het opleggen van bestuurlijke boetes vanwege de geconstateerde overtredingen opportuun is. Bij deze belangenafweging beoordeelt DNB alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtredingen en de mate waarin deze aan de overtreder kunnen worden verweten. Voorts wordt de naar voren gebrachte zienswijze in aanmerking genomen.

Ernst van de overtredingen

38. Met betrekking tot de ernst van de overtredingen overweegt DNB als volgt. De doelen van de Wft zijn onder andere het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel en de soliditeit van financiële ondernemingen. In dit kader is het van groot belang dat beleggingsondernemingen te allen tijde aan de wettelijk gestelde prudentiële voorschriften, waaronder de kapitaaleisen, voldoen. De naleving van de kapitaaleisen dient ervoor te zorgen dat een financiële onderneming ook in minder gunstige omstandigheden over voldoende aansprakelijk vermogen beschikt. Het voldoen aan de kapitaaleisen is essentieel voor het waarborgen van de financiële soliditeit van een beleggingsonderneming en bovendien van een gezonde financiële sector. Door voormelde kapitaaltekorten over een periode van in ieder geval zes maanden, heeft ZPD deze doelstellingen in gevaar gebracht. DNB beschouwt deze overtredingen dan ook als ernstig.

Mate van verwijtbaarheid

39. Met betrekking tot de mate waarin de overtredingen ZPD kunnen worden verweten, overweegt DNB dat een beleggingsonderneming die in het bezit is van een vergunning als bedoeld in artikel 2:96 van de Wft, met de wettelijke kapitaaleisen bekend dient te zijn. Ook op de website van DNB is informatie met betrekking tot de wettelijke kapitaaleisen opgenomen.[12] Daarnaast heeft DNB ZPD nadrukkelijk gewezen op de wettelijke kapitaaleisen bij eerdergenoemde brief van 27 november 2018.[13] Hierin heeft DNB gemeld dat bij het herhaaldelijk niet voldoen aan de wettelijke kapitaaleisen binnen een aaneengesloten periode van 25 maanden, in beginsel een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Desondanks heeft

[11] Zie www.dnb.nl voor de Beleidsregel Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank N.V. van 10 juli 2008 (Staatscourant 2008, nr. 132).
[12] Zie 'Beleggingsondernemingen' op www.toezicht.dnb.nl en op www.dnb.nl.
[13] Brief van DNB van 27 november 2018 met kenmerk [VERTROUWELIJK].

ZPD opnieuw niet aan haar wettelijke kapitaaleisen voldaan. DNB is daarom van oordeel dat de overtredingen ZPD volledig te verwijten zijn.

Zienswijze

40. Bij brief van 15 april 2020 heeft DNB ZPD in kennis gesteld van het voornemen tot het opleggen van bestuurlijke boetes wegens de geconstateerde overtredingen. ZPD is in de gelegenheid gesteld naar aanleiding hiervan mondeling dan wel schriftelijk op 29 april 2020 een zienswijze naar voren te brengen. Op 28 april 2020 heeft ZPD telefonisch en per e-mail om uitstel gevraagd. Dit uitstel is per e-mail van 28 april 2020 tot uiterlijk 13 mei 2020 verleend. Vervolgens heeft ZPD op 13 mei 2020 haar zienswijze mondeling aan DNB kenbaar gemaakt. Tevens heeft ZPD per e-mail diezelfde dag gespreksnotities overgelegd.

Mate van verwijtbaarheid van ZPD

41. In haar betoog schetst ZPD allereerst de situatie rondom het kapitaaltekort dat DNB per 30 juni 2018 en per 31 maart 2019 heeft vastgesteld. Ten aanzien van het kapitaaltekort per 30 juni 2018 voert ZPD aan dat zij op 22 oktober 2016 een vergunningaanvraag bij de AFM heeft ingediend. De vergunning is vervolgens op 31 mei 2018 verleend. Gedurende deze periode was het onmogelijk voor ZPD om extern kapitaal aan te trekken vanwege de terughoudendheid van externe partijen om zich aan ZPD te committeren zonder dat ZPD over een daartoe vereiste vergunning van de AFM beschikt. Pas vanaf het moment dat de AFM de vergunning aan ZPD had verleend, kon ZPD haar kapitaalpositie versterken. Vanaf dat moment heeft ZPD [VERTROUWELIJK] nieuwe aandeelhouders aangetrokken. Doordat de overige [VERTROUWELIJK] aandeelhouders hiervoor akkoord moesten geven, was het onmogelijk voor ZPD om tijdig, te weten binnen één maand, aan haar kapitaaleisen te voldoen.

42. Ten aanzien van het kapitaaltekort per 31 maart 2019 voert ZPD aan dat zij op 29 maart 2019 een termsheet met [VERTROUWELIJK] heeft ondertekend waarmee de kapitaalpositie van ZPD kon worden versterkt. De formele uitwerking van deze termsheet heeft flink wat tijd in beslag genomen, mede vanwege de verklaring van geen bezwaar die [VERTROUWELIJK] hiervoor nodig had. Desalniettemin heeft ZPD, zo stelt zij, de totstandkoming van deze termsheet tijdig en vóór de uiterlijke inzenddatum van de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019 aan DNB gecommuniceerd. Daarmee was al zicht op een kapitaalversterking bij ZPD gedurende de periode van het kapitaaltekort.

43. Gelet hierop betoogt ZPD dat zij niet in de gelegenheid is geweest om als het ware ‘even’ op een knop te drukken om haar kapitaaltekort aan te vullen. Zij heeft er in haar ogen alles aan gedaan om haar kapitaalpositie te herstellen en zij heeft dit tevens duidelijk aan DNB gecommuniceerd. Het feit dat ZPD zich hierbij bewust was van het kapitaaltekort, zegt volgens haar niet direct iets over de mate waarin de overtredingen aan haar kunnen worden verweten. Verwijtbaarheid zou volgens haar moeten gaan over de maatregelen die ZPD in deze zin heeft getroffen.

44. DNB vat het betoog van ZPD zo op dat zij stelt dat DNB geen bestuurlijke boetes aan ZPD dient op te leggen dan wel deze dient te matigen nu de

geconstateerde overtredingen haar niet verweten kunnen worden, althans dat er sprake is van een verminderde mate van verwijtbaarheid. In dit kader verwijst ZPD – kort gezegd – naar de maatregelen die zij heeft getroffen om het kapitaaltekort te herstellen en de tijdigheid waarmee zij dit aan DNB heeft gecommuniceerd. DNB merkt hierover het volgende op.

45. Zoals reeds onder randnummer 39 is overwogen, mag van een beleggingsonderneming als ZPD worden verwacht dat zij op de hoogte is van de voor haar geldende wet- en regelgeving en dat zij deze ook naleeft. Dit geldt ook voor de wettelijke kapitaaleisen vastgelegd in artikel 3:57, eerste lid, en artikel 3:53, eerste en derde lid, van de Wft. Dit klemt temeer, nu DNB ZPD meermaals over het belang van het voldoen aan de wettelijke kapitaaleisen heeft geïnformeerd. Dit heeft zij onder meer gedaan bij brief van 27 november 2018[14], via het Open Boek Toezicht en via de website van DNB.

46. In dit kader merkt DNB op dat ZPD erkent bewust te zijn van het feit dat zij niet aan haar kapitaaleisen heeft voldaan. DNB volgt ZPD niet in haar betoog dat dit bewustzijn niet bijdraagt aan de mate waarin de overtredingen aan ZPD kunnen worden verweten. DNB waardeert het op zichzelf dat ZPD maatregelen heeft genomen om het kapitaaltekort te herstellen en dit uit eigen beweging aan DNB te communiceren. Dit doet echter niet af aan het feit dat de overtredingen zijn ontstaan en ZPD heeft nagelaten om de nodige maatregelen te treffen ter voorkoming van deze overtredingen. DNB merkt hierbij op dat de normen uit artikel 3:53 en artikel 3:57 van de Wft geen inspanningsverplichtingen behelzen, maar resultaatsverplichtingen. ZPD dient te allen tijde aan de voor haar geldende kapitaaleisen te voldoen.

47. DNB merkt hierbij tevens op dat het kapitaaltekort dat is vastgesteld op 31 maart 2019, niet het eerste bij ZPD vastgestelde kapitaaltekort betreft. Aan de hand van de kwartaalrapportage over het tweede kwartaal van 2018 bleek dat ZPD per 30 juni 2018 niet aan haar kapitaaleisen voldeed. De na deze overtreding door ZPD getroffen maatregelen waren kennelijk onvoldoende om een dergelijke overtreding in de toekomst te voorkomen. DNB is dan ook van oordeel dat de door ZPD getroffen maatregelen om het kapitaaltekort te herstellen en de communicatie hierover met DNB niet af doen aan de mate waarin de overtredingen ZPD moeten worden verweten. DNB ziet in de mate van verwijtbaarheid dan ook geen reden om van boeteoplegging af te zien dan wel de boetehoogte te matigen.

[14] Brief van DNB van 27 november 2018 met kenmerk [VERTROUWELIJK].

Ernst van de overtredingen

48. Met betrekking tot de ernst van de overtredingen betoogt ZPD het volgende. ZPD erkent dat het waarborgen van de financiële soliditeit essentieel is om een gezonde financiële sector te waarborgen. ZPD is hierbij echter van mening dat het doel en het middel niet door elkaar moeten worden gehaald. De financiële soliditeit is niet het doel, maar het middel voor een gezonde financiële sector. ZPD erkent dat zij niet volledig aan de wettelijke kapitaaleisen heeft voldaan, maar betoogt hierbij dat haar continuïteit noch de kwaliteit van haar dienstverlening in het geding is geweest. ZPD heeft geen formele klachten ontvangen en haar klantwaardering is nog steeds hoog. ZPD probeert een eerlijk en goed bedrijf neer te zetten. Hierbij betoogt ZPD dat zij wat uitdagingen heeft gekend die zij heeft overwonnen.

49. DNB vat dit betoog van ZPD zo op dat de bestuurlijke boetes gematigd dienen te worden, omdat de overtredingen de continuïteit en kwaliteit van haar dienstverlening niet in gevaar hebben gebracht en derhalve niet ernstig zijn. DNB merkt hierover het volgende op.

50. Dat de continuïteit en kwaliteit van de dienstverlening van ZPD mogelijk niet in gevaar zijn gebracht, wat hier ook van zij, maakt de geconstateerde overtredingen niet minder ernstig. Zoals onder randnummer 38 uiteen is gezet, is het in het kader van de stabiliteit van het financiële stelsel en de soliditeit van financiële ondernemingen van groot belang dat beleggingsondernemingen te allen tijde aan de kapitaaleisen voldoen. De naleving van de kapitaaleisen dient ervoor te zorgen dat een financiële onderneming ook in minder gunstige omstandigheden over voldoende aansprakelijk vermogen beschikt. Dat de continuïteit van ZPD mogelijk niet in het gedrang is gekomen, neemt niet weg dat zij met haar handelswijze bovengenoemde doelstellingen wel in gevaar heeft gebracht. Het gedurende een periode van in ieder geval zes maanden in gevaar brengen van deze doelstellingen, maakt de overtredingen op zichzelf al ernstig. Overigens merkt DNB hierbij op dat ZPD eerder bijna een halfjaar in overtreding van de solvabiliteitseis en eigenvermogenseis is geweest. Ten slotte merkt DNB op dat de wetgever de naleving van onderhavige kapitaaleisen van groot belang acht, wat tot uitdrukking komt in het feit dat de overtreding van deze eisen beboetbaar is gesteld met een boete uit categorie 3. DNB beschouwt deze overtredingen dan ook als ernstig.

Draagkracht

51. Tot slot betoogt ZPD dat zij als startende onderneming inmiddels in een groeifase is beland, waarin zij haar best doet om de beschikbare financiële middelen zo effectief mogelijk in te zetten voor de groei van haar bedrijf en het neerzetten van een stabiel en financieel gezonde onderneming. Verwijzend naar het door ZPD ingevulde draagkrachtformulier, vraagt ZPD om dit, en het gewenste effect van de bestuurlijke boetes mee te nemen bij de vaststelling van de hoogte daarvan. Hierbij betoogt ZPD dat een laag boetebedrag hetzelfde effect zal hebben en ervoor zal zorgen dat ZPD normconform handelt, nu ZPD niet nogmaals in een dergelijke kapitaalpositie wil komen.

52. DNB merkt op dat een bestuurlijke boete een punitieve (bestraffende) sanctie is die naar haar aard gericht is op een gedraging uit het verleden. Een dergelijke sanctie heeft, zoals ook wordt opgemerkt in het Handhavingsbeleid van DNB[15], niet alleen een bestraffende werking, maar daarvan gaat ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen.

53. Ook merkt DNB op dat ZPD eerder een kapitaaltekort had. DNB heeft toen geen bestuurlijke boetes opgelegd, maar heeft volstaan met het versturen van een brief aan ZPD, waarin ZPD erop is gewezen dat DNB een bestuurlijke boete zal opleggen, indien ZPD binnen een aaneengesloten periode van 25 maanden twee keer niet voldoet aan de wettelijke kapitaaleisen. Nu ZPD desalniettemin opnieuw binnen een periode van 25 maanden niet aan haar wettelijke kapitaaleisen heeft voldaan, acht DNB het opleggen van bestuurlijke boetes thans passend en geboden. Met de draagkracht van ZPD zal bij de bepaling van de hoogte van de bestuurlijke boetes in paragraaf F rekening worden gehouden.

Conclusie

54. Gelet op het voorgaande is DNB van oordeel dat de overtreding correct is vastgesteld en dat het opleggen van bestuurlijke boetes wegens deze overtredingen gerechtvaardigd en proportioneel is. DNB acht geen feiten of omstandigheden aanwezig die aanleiding geven om van boeteoplegging af te zien. Wel ziet DNB aanleiding om tot matiging van de bestuurlijke boetes over te gaan. Daartoe wordt verwezen naar paragraaf F.

F. Hoogte bestuurlijke boetes

55. In artikel 1:81 van de Wft, het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) en de artikelen 3:4 en 5:46 van de Awb is uitgewerkt hoe de hoogte van een bestuurlijke boete moet worden vastgesteld.

56. De onderhavige overtredingen zijn ingevolge artikel 1:81 van de Wft en artikel 10, eerste lid, van het Bbbfs elk beboetbaar gesteld met een boete uit categorie 3. Voor deze boetecategorie geldt een basisbedrag van EUR 2.500.000.-, met een maximumbedrag van EUR 5.000.000,- en een minimumbedrag van EUR 0,-. Bestuurlijke boetes worden in beginsel vastgesteld op het basisbedrag. In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat het door de wetgever voor boetecategorie 3 vastgestelde basisbedrag van EUR 2.500.000,- evenredig is aan de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.

57. Het basisbedrag kan evenwel met maximaal 50% worden verlaagd of verhoogd indien de ernst of duur van de overtreding, mede gelet op de omstandigheden genoemd in artikel 1b, eerste lid, aanhef en onder a tot en met d, van het Bbbfs, dat rechtvaardigen. Voorts kan het basisbedrag met maximaal 50% worden verlaagd of verhoogd indien de verwijtbaarheid,

[15] 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank' op 10 juli 2008 vastgesteld door de AFM en DNB. Te raadplegen op https://www.toezicht.dnb.nl/2/2/50-236979.jsp.

mede gelet op de omstandigheden genoemd in artikel 1b, eerste lid, aanhef en onder e en f, van het Bbbfs, dat rechtvaardigen.

58. De op grond hiervan vast te stellen bestuurlijke boete wordt op grond van artikel 3 van het Bbbfs verdubbeld indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder voor eenzelfde overtreding (recidive).

59. De bestuurlijke boete kan voorts met maximaal 100% worden verlaagd in verband met de draagkracht van de overtreder en, voor zover van toepassing, gelet op de omstandigheden genoemd in artikel 1b, eerste lid, aanhef en onder g en h, van het Bbbfs. Indien daartoe aanleiding bestaat, wordt in het kader van de algemene evenredigheidstoets voorts rekening gehouden met overige bijzondere omstandigheden.

60. Volgens het 'Handhavingsbeleid bij prudentieel kapitaaltekort beleggingsonderneming en/of beheerder van een beleggingsinstelling' dat door DNB is vastgesteld op 20 februari 2015, wordt de hoogte van een afzonderlijke bestuurlijke boete in beginsel vastgesteld aan de hand van de grootte van de instelling.[16] Daarbij wordt bij categorie 3 overtredingen uitgegaan van 15% van het voor de instelling hoogst geldende kapitaalvereiste. Dit is voor ZPD de voor haar geldende solvabiliteitseis van EUR 93.578,-, zoals blijkt uit de kwartaalrapportage over het eerste kwartaal van 2019. Daarmee komt het bedrag van de bestuurlijke boete voor elk van de overtredingen in beginsel afgerond uit op EUR 14.000,-. Hierbij wordt uitgegaan van de standaard ernst, duur, verwijtbaarheid en proportionaliteit. In bijzondere gevallen kan hiervan naar boven of beneden worden afgeweken. Een boete bedraagt minimaal EUR 10.000,-. Uitsluitend op grond van de beperkte draagkracht van de overtreder kan in uitzonderingsgevallen een lagere boete dan EUR 10.000,- worden opgelegd.

61. Zoals onder randnummers 38 en 39 overwogen, acht DNB de geconstateerde overtredingen ernstig en verwijtbaar. DNB ziet dan ook geen aanleiding om het in randnummer 60 genoemde bedrag van EUR 14.000,- dat voor elk van de overtredingen geldt, op grond van de ernst en/of duur van de overtreding dan wel de mate van verwijtbaarheid van ZPD naar boven of beneden bij te stellen. Desalniettemin acht DNB het beboeten van beide overtredingen afzonderlijk in dit geval niet evenredig, nu het vastgestelde kapitaaltekort tot beide overtredingen leidt. Overtreding van de voor ZPD geldende eigenvermogenseis heeft immers automatisch een overtreding van de voor ZPD geldende solvabiliteitseis tot gevolg. Bovendien strekken artikel 3:57, eerste lid, en artikel 3:53, eerste lid en derde lid, van de Wft ter implementatie van de CRR en bevatten beide artikelen de plicht om te allen tijde aan de wettelijk gestelde kapitaaleisen te voldoen. Gelijktijdige overtreding van zowel de solvabiliteitseis als de eigenvermogenseis kan daarom als een samenhangend, zich op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex worden beschouwd, waarbij de strekking van de in deze artikelen opgenomen voorschriften bovendien vergelijkbaar is. Nu gelijktijdige overtreding van de solvabiliteitseis en de eigenvermogenseis niet los van

[16] Te raadplegen op de website van DNB via https://www.dnb.nl/binaries/leidraad_tcm46-361179.pdf.

elkaar kan worden gezien, is er in wezen sprake van één nalaten, waarvoor ZPD één verwijt kan worden gemaakt (eendaadse samenloop).[17]

62. Gelet op het vorenstaande legt DNB aan ZPD één bestuurlijke boete op voor overtreding van het voorschrift met het zwaarste strafmaximum. Nu de geconstateerde overtredingen beide beboetbaar zijn met een boete uit categorie 3, legt DNB enkel een bestuurlijke boete op voor overtreding van het hoogst geldende kapitaalvereiste, te weten de solvabiliteitseis genoemd in artikel 3:57, eerste lid, van de Wft juncto artikel 95, eerste en tweede lid, van de CRR. Conform het onder randnummer 60 beschreven handhavingsbeleid en met inachtneming van de grootte van ZPD, bedraagt de bestuurlijke boete in beginsel EUR 14.000,-.

63. De door ZPD aangeleverde draagkrachtgegevens leiden niet tot een verdere matiging van de bestuurlijke boete. Het verschil tussen het eigen vermogen van ZPD en de voor haar hoogst geldende kapitaaleis is groot genoeg om deze bestuurlijke boete te kunnen dragen. Bij het beoordelen van de draagkracht heeft DNB reeds rekening gehouden met het besluit van dezelfde datum waarbij DNB ZPD ook een bestuurlijke boete heeft opgelegd van EUR 17.000,- voor het niet tijdig verstrekken van de kwartaalrapportage over het derde kwartaal van 2019.[18]

64. Gelet op het voorgaande legt DNB aan ZPD een bestuurlijke boete op van **EUR 14.000,-** voor overtreding van artikel 3:57, eerste lid, van de Wft juncto artikel 95, eerste en tweede lid, van de CRR.

G. Betaling van de boete

65. De bestuurlijke boete dient betaald te worden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [VERTROUWELIJK] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., onder vermelding van factuurnummer [VERTROUWELIJK]. De bestuurlijke boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente (momenteel 2%), welke wordt berekend vanaf de dag waarop, sinds de bekendmaking van dit besluit, zes weken zijn verstreken.

H. Openbaarmaking

66. Uit artikel 1:97, eerste lid, van de Wft volgt dat DNB een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens de aan de orde zijnde overtreding in beginsel openbaar dient te maken. Over een eventuele openbaarmaking wordt ZPD op een later moment afzonderlijk geïnformeerd.

[17] Zie in dit kader de Hoge Raad 20 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1111, r.o. 2.8: "[…] Vervolgens komt het voor de eendaadse samenloop vooral aan op de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen in die mate een samenhangend, zich min of meer op dezelfde tijd en plaats afspelend feitencomplex opleveren dat de verdachte daarvan (in wezen) één verwijt wordt gemaakt." Zie ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 11.5 en CBb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:400, r.o. 8.4.2.
[18] Besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan ZPD van DNB met kenmerk [VERTROUWELIJK].

I. Bezwaar

67. Tegen dit besluit kan door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit bezwaar worden gemaakt. Een bezwaarschrift kan worden ingediend via: www.dnb.nl/bezwaarmaken. Een bezwaarschrift kan ook per post worden ingediend bij:

    De Nederlandsche Bank N.V.
    Divisie Juridische Zaken, afdeling Toezicht & Wetgeving
    Postbus 98
    1000 AB AMSTERDAM

68. Ingevolge artikel 1:85 van de Wft wordt met het instellen van bezwaar en beroep de verplichting tot betaling opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op dat beroep is beslist. De schorsing van de verplichting tot betaling schorst niet de berekening van de wettelijke rente.

Hoogachtend,
De Nederlandsche Bank N.V.

[VERTROUWELIJK]
Directeur

Bijlage 1 Wettelijk kader

Artikel 3:57, eerste tot en met het vierde lid, van de Wft, bepaalt:

1. De volgende financiële ondernemingen met zetel in Nederland beschikken over voldoende solvabiliteit:
   - […]
   - beleggingsondernemingen in de zin van de verordening kapitaalvereisten en beleggingsondernemingen waarop artikel 95, tweede lid, van die verordening van toepassing is, die beleggingsdiensten verlenen of beleggingsactiviteiten verrichten in Nederland;
   - […]
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de solvabiliteit van de financiële ondernemingen, bedoeld in het eerste lid. Deze regels kunnen in het bijzonder betrekking hebben op de minimumomvang, de samenstelling en de berekening van de solvabiliteit, alsmede op de waardering van de vermogensbestanddelen die tot de solvabiliteit kunnen worden gerekend.
3. De aan te houden solvabiliteit van een […] of beleggingsonderneming als bedoeld in het eerste lid, wordt uitgedrukt in een minimaal aan te houden toetsingsvermogen. […]
4. Indien een financiële onderneming als bedoeld in het eerste lid voorziet of redelijkerwijze kan voorzien dat haar solvabiliteit niet voldoet of niet zal voldoen aan de regels, bedoeld in het tweede lid, geeft zij hiervan onverwijld kennis aan de Nederlandsche Bank. […]

Artikel 59, derde lid, van het Bpr bepaalt:

3. De solvabiliteit van een […] beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 3:57, eerste lid, […] van de wet, is voldoende, indien het aanwezige toetsingsvermogen van de onderneming voldoet aan de op de […] beleggingsonderneming van toepassing zijnde kapitaaleisen uit deel 3 van de verordening kapitaalvereisten.

Artikel 92, eerste en tweede lid, van de CRR bepaalt:

1. Onverminderd de artikelen 93 en 94 voldoen de instellingen te allen tijde aan de volgende eigenvermogensvereisten:
   […]
   c. een totale kapitaalratio van 8 %.
2. De instellingen berekenen hun kapitaalratio's als volgt:
   […]
   c. de totale kapitaalratio is het eigen vermogen van de instelling uitgedrukt als percentage van het totaal van de risicoposten.

Artikel 93, eerste lid, van de CRR bepaalt:

1. Het eigen vermogen van een instelling mag niet kleiner worden dan het bij het verlenen van de vergunning vereiste niveau van aanvangskapitaal.

Artikel 95, eerste, tweede en derde lid van de CRR bepaalt:

1. Voor de toepassing van artikel 92, lid 3, gebruiken beleggingsondernemingen die geen vergunning hebben om de in Richtlijn 2004/39/EG, bijlage I, deel A, punten 3 en 6, vermelde beleggingsdiensten en -activiteiten te verrichten, de in lid 2 bepaalde berekening van het totaal van de risicoposten.
2. In lid 1 van dit artikel bedoelde beleggingsondernemingen […], berekenen het totaal van de risicoposten als het hoogste van de volgende bedragen:

a. de som van de in artikel 92, lid 3, onder a) tot en met d) en f), bedoelde bedragen na toepassing van artikel 92, lid 4;
b. 12,5 vermenigvuldigd met het in artikel 97 bepaalde bedrag.

[…]

3. Ten aanzien van de in lid 1 bedoelde beleggingsondernemingen gelden alle andere bepalingen betreffende operationele risico's van titel VII, hoofdstuk 3, afdeling II, onderafdeling 1, van Richtlijn 2013/36/EU.

Artikel 97, eerste lid, van de CRR bepaalt:

1. Overeenkomstig de artikelen 95 en 96 houden beleggingsondernemingen […], in aanmerking komend kapitaal aan van ten minste een kwart van de vaste kosten van het voorafgaande jaar.

Artikel 3:53, eerste en derde lid, van de Wft bepaalt:

1. Een bank met zetel in Nederland, een beheerder met zetel in Nederland van een icbe, een beleggingsonderneming met zetel in Nederland die beleggingsdiensten verleent of beleggingsactiviteiten verricht in Nederland, een betaalinstelling, een bewaarder met zetel in Nederland, een clearinginstelling, elektronischgeldinstelling, kredietunie, pensioenbewaarder, premiepensioeninstelling met zetel in Nederland, een Nederlandse beheerder van een beleggingsinstelling of een verzekeraar met zetel in Nederland beschikt over een minimumbedrag aan eigen vermogen.
2. […]
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de omvang en de samenstelling van het minimumbedrag aan eigen vermogen. Bij de vaststelling van het minimumbedrag aan eigen vermogen wordt bepaald wat daarbij voor de onderscheiden rechtsvormen onder eigen vermogen wordt verstaan.

Artikel 48, eerste lid en onder h, van de Bpr bepaalt:

1. Het minimumbedrag aan eigen vermogen, bedoeld in artikel 3:53, eerste lid, van de wet bedraagt:
    a. […]
    h. € 50.000 voor een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 3:53, eerste lid, of 3:54, eerste lid, van de wet, die niet handelt voor eigen rekening en die uitsluitend een of meer van de beleggingsdiensten, bedoeld in de onderdelen a, b, c, d en f van de definitie van verlenen van een beleggingsdienst in artikel 1:1 van de wet, verleent en waaraan het op grond van haar vergunning niet is toegestaan gelden of financiële instrumenten van cliënten onder zich te houden;