

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

Datum

11 oktober 2016

Gelet op de artikelen 1:80, 1:81 (oud), 1:85, 1:97 tot en met 1:99 en 3:17 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), gelet op artikel 21, eerste lid, van het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr), gelet op de artikelen 1 tot en met 4 en 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) en gelet op de artikelen 3:2, 3:4, tweede lid, 3:46, 4:87, 5:1 en titel 5.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb),

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

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

DNB legt aan MultiSafepay B.V. (MSP), gevestigd op het adres Kraanspoor 39 te Amsterdam, een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80 van de Wft. Deze bestuurlijke boete wordt aan MSP opgelegd vanwege overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr.

De bestuurlijke boete bedraagt **EUR 50.000,-**.

Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [VERTROUWELIJK] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [VERTROUWELIJK].

Aan dit besluit liggen de navolgende overwegingen ten grondslag.

Wettelijk kader

1. Bpr

Artikel 21, eerste lid:

Een betaalinstantie (...) beschikt over een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliancefunctie uitoefent. Het organisatieonderdeel heeft als taak het controleren van de naleving van wettelijke regels en van interne regels die de financiële onderneming of bijkantoor zelf heeft opgesteld.

Toelichting:

Een organisatieonderdeel dat de onafhankelijke compliancefunctie uitoefent, is van belang om toezicht te houden op de naleving van wettelijke regels en interne regels, voorschriften en procedures. De onafhankelijkheid houdt onder meer in dat de personen die betrokken zijn bij het organisatieonderdeel dat de compliancefunctie uitoefent, niet betrokken mogen zijn bij het verlenen van diensten of activiteiten waarop zij toezicht houden. Bovendien dient de wijze waarop de beloning van de personen die bij het organisatieonderdeel zijn betrokken niet hun onafhankelijkheid in gevaar te brengen.

(...)

De wijze waarop aan het organisatieonderdeel dat de compliancefunctie uitoefent, wordt vormgegeven en de mate van onafhankelijkheid is afhankelijk van de aard en omvang van de hier bedoelde bank. Bij kleinere banken kan de invulling van de onafhankelijkheid van het organisatieonderdeel onevenredig zijn.

Onderzoek

2. Bij brief van 27 oktober 2014 heeft DNB aan MSP aangekondigd in de periode van 10 tot en met 21 november 2014 een aantal betaalinstellingen te zullen bezoeken en daarbij een verdiepend onderzoek te doen naar de daadwerkelijke beheersing van integriteitsrisico's. Per e-mail van 10 november 2014 heeft DNB aangegeven op 27 en 28 november 2014 onderzoek te zullen doen bij MSP en is onder meer verzocht vooraf bepaalde stukken aan DNB te zenden. Op 18 november 2014 ontving DNB per e-mail van MSP de meest recente versie van het procedurehandboek screening betaalmethoden (alsmede diverse overige procedures uit het handboek als losse documenten), de meest recente versie van het handboek KYC, de meest recente versie van het handboek transactiemonitoring, het Multisafepay consumenten acceptatie beleid (versie 1.2, november), de Procedurebeschrijving ten aanzien van het risicoprofiel en risicoclassificering voor merchants/klanten, de Multisafepay sanction policy (versie 1.0) en het Organogram Multisafepay B.V. vanaf 1 november 2014. In aanvulling hierop heeft MSP op 25 november 2014 per e-mail de systematische risicoanalyse Q3 2014, de notulen van de bestuursvergadering van 19 november 2014 en het Compliance jaarplan aan DNB toegezonden. Tijdens het onderzoek ter plaatse, op 27 en 28 november 2014, hebben toezichhouders van DNB gesproken met [naam A], [naam B] en [naam C] van MSP. Tevens zijn zeven cliëntdossiers onderzocht en gekopieerd, evenals de partnerovereenkomst [VERTROUWELIJK], KvK uittreksel van en lijst aangedragen klanten door [VERTROUWELIJK], lijsten met betrekking tot "hoge transacties" en hierop betrekking hebbende documenten en de Fraud list van MSP. Op 27 november 2014 heeft MSP per e-mail een Word-document naar DNB gezonden met *High Risk Merchants*. DNB heeft de bevindingen van het onderzoek bij brief van 19 februari 2015 aan MSP teruggekoppeld. Daarbij is MSP in de gelegenheid gesteld om eventuele feitelijke onjuistheden binnen twee weken na dagtekening van deze brief aan DNB kenbaar te maken. MSP heeft bij brief van 5 maart 2015, met 16 bijlagen, gereageerd en vervolgens bij brief van 12 maart 2015 een plan van aanpak bij DNB ingediend. [VERTROUWELIJK]

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Resultaten onderzoek

3. Uit bij DNB bekende gegevens, het Handelsregister van de Kamer van Koophandel en tijdens het onderzoek en daarna van MSP verkregen informatie, is onder meer het volgende gebleken:

Algemeen

- MSP (tot 3 juli 2014 genaamd Teletik Services B.V.) beschikt sinds 20 september 2012 over een vergunning van DNB voor het uitoefenen van het bedrijf van betaalinstelling als bedoeld in artikel 2:3a van de Wet op het financieel toezicht (Wft) voor de werkzaamheden zoals genoemd onder 1, 3 en 5 in de Bijlage bij Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt.
- Het is MSP voorts toegestaan om op grond van artikel 2:106a van de Wft het bedrijf van betaalinstelling uit te oefenen vanuit bijkantoren in België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zweden sinds 23 december 2013, Bulgarije, Cyprus, Estland, Finland, Griekenland, Hongarije, Italië en Luxemburg sinds 16 juli 2014, en Ierland, Kroatië, Litouwen, Malta, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije en Tsjechoë sinds 13 oktober 2014.

- Ten tijde van het onderzoek waren [VERTROUWELIJK] bestuurders van MSP.
Bestuurder van [VERTROUWELIJK] waren/zijn [VERTROUWELIJK].
- Tijdens het toezichtbezoek zijn door DNB zeven cliëntdossiers onderzocht.

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Compliancefunctie

- Aan de op 20 september 2012 door DNB aan MSP verleende vergunning is onder meer het volgende voorschrift verbonden:
Bij deze specifieke aanvraag stemt DNB in met de persoon van [naam D] als compliance officer. Wanneer in de toekomst [naam D] deze functie niet langer zal vervullen, dient de Onderneming DNB daarover vooraf te informeren. Alsdan zal DNB opnieuw beoordelen hoe de compliance functie belegd dient te worden.
- In een e-mail van 26 maart 2014 heeft DNB, ter vastlegging van het op 12 maart 2014 met MSP besprokene, onder meer het volgende vermeld:
DNB geeft aan afwijzend te staan tegenover het verenigen van de functies van voorzitter van het bestuur (een functie die moet worden uitgevoerd door een niet-uitvoerend toezichthouder) en compliance officer in één persoon. Het is immers aan de compliance officer om het bestuur van de organisatie er vanuit een onafhankelijke positie op te wijzen welke randvoorwaarden het moet scheppen om de compliance doelstellingen van de organisatie te bereiken. Teletik geeft aan dit punt in de organisatie aan te zullen passen.
Desgevraagd geeft Teletik met betrekking tot het besluitvormingsproces aan dat de beoogde uitvoerende bestuurders ([VERTROUWELIJK]) dagelijks overleggen. Besluiten zullen vervolgens met het voltallig bestuur, mede omvattende de niet-uitvoerende bestuurders, worden genomen. DNB benadrukt dat de verschillende rollen en bevoegdheden van de bestuurders (uitvoerend en niet-uitvoerend) duidelijk moeten zijn. Teletik merkt op dat dit momenteel al de praktijk is. [VERTROUWELIJK]
- Bij e-mail van 18 november 2014, voorafgaande aan het onderzoek, heeft MSP het volgende aan DNB voorgehouden:
Vanaf 20 september 2012 (datum vergunning) tot en met 30 juni 2014 was [naam D] compliance officer. [naam D's] analyses van de kwartaallijkse gegevens voor de systematische risicoanalyse werden mondeling besproken tijdens het directieoverleg. Van de kwartaal-rapportages en het directieoverleg zijn geen verslagen (zie punt notulen van bestuursvergaderingen en vergaderingen van de Raad van Commissarissen). (...)
Vanaf 1 juli 2014 is [naam B] onze compliance officer en [naam B's] verslag van de analyse van de gegevens voor de systematische risicoanalyse over het derde kwartaal 2014 overhandigen wij u volgende week donderdag.
- Uit het in het kader van het onderzoek door MSP verstrekte organogram blijkt dat [naam B] de functies van Compliance officer, Hoofd [VERTROUWELIJK] en hoofd [VERTROUWELIJK] vervult.
- Blijkens het gespreksverslag heeft [naam A] hierover het volgende aangegeven: *[naam B] heeft [VERTROUWELIJK]. [naam B] heeft nu een deelfunctie, [naam B] geeft leiding aan de afdeling [VERTROUWELIJK]. [naam B] doet enerzijds [VERTROUWELIJK] en geeft daarnaast leiding aan [VERTROUWELIJK] en voor de andere helft is [naam B] Compliance Officer. We hebben allemaal jonge mensen (net als Ajax) die we opleiden, [VERTROUWELIJK], dus ik wilde in het begin dat [naam B] eerst ervaring opdeed in leiding geven. Risk en fraude team bestaan uit*

[VERTROUWELIJK], die doen de acceptatie. De activatie doen ze niet. Dat doet een andere afdeling.

En op de vraag *Hoe wordt die compliance straks volledig ingevuld?* antwoordde [naam A]: *[naam B] gaat dat straks volledig doen, wat [naam B] nu doet op het gebied van [VERTROUWELIJK] is heel waardevol. [VERTROUWELIJK]*

Op de vraag *Er is nu dus geen onafhankelijke compliance functie?* gaf [naam A] aan: *Ja, dat klopt maar daar heb ik wel de eerste stap in gezet. Nee, inderdaad niet voor 100 procent. [naam B] is al met een hele hoop dingen bezig. 50% doet [naam B] nu in de tweede lijn.*

- Blijkens het gespreksverslag heeft [naam B] op de opmerking van DNB: *U geeft nu leiding aan [VERTROUWELIJK] én [VERTROUWELIJK], gereageerd met: ja en daarnaast doe ik de compliance. Maar omdat dat te veel is, daarom ga ik [VERTROUWELIJK] afstoten. Nu vinden er sollicitatiegesprekken plaats voor mijn rol van leidinggevende van [VERTROUWELIJK].*

En op de opmerking van DNB: *U bent zowel leidinggevende in de eerste lijn als werkzaam in de tweede lijn. Dat is minder onafhankelijk,* reageerde [naam B] met: *[VERTROUWELIJK]. Hierop reageerde DNB met: Maar zoals wij dat zien: U doet een eerste en tweede lijn functie samen, waarop [naam B] aangaf: Het is mijn verantwoordelijkheid dat de acceptatie goed verloopt. Als er lastige dossiers zijn of er zijn problemen met documenten dan wordt dat aan mij voorgelegd. (...)*

Ik geef ook adviezen aan de acceptatie en dat doe ik mondeling tijdens de vergadering. Dan heb ik een onafhankelijke rol. Nee er zijn geen schriftelijke adviezen, ook geen notulen van het overleg op dinsdag. Dat gaan we nu wel weer doen. Ik heb wel eens een advies gegeven over bijvoorbeeld [VERTROUWELIJK] dat doe ik dan schriftelijk.

- In haar reactie van 5 maart 2015 heeft MSP onder meer aangegeven: *Zoals door [naam A] aangegeven is de dubbele functie van de compliance officer tijdelijk.*
- Tijdens het onderzoek ter plaatse heeft [naam B], blijkens het gespreksverslag, verder onder meer aangegeven: *Mijn compliance taken: controleren van wet- en regelgeving, is dat goed verwerkt en geïmplementeerd? Ook worden er intern cursussen gegeven Wwft. Ik hou ook de updates van DNB en AFM in de gaten. Ik lees de artikelen die [naam A] uitknipt en geef daarop mijn visie en mening. Dat is dus meer een beleidsmatige/adviserende rol.*

En op de vraag van DNB: *Is er een beschrijving van uw taken wat bij de compliance officer hoort?* antwoordde [naam B]: *Nee daar is geen beschrijving van. [VERTROUWELIJK].*

Ik doe de opleiding [VERTROUWELIJK]. Onafhankelijkheid zit ook in de persoon. Ik kan ook de bestuursvergadering stukken inzien. Je leert kritisch te zijn in mijn opleiding.

Verder bleek dat [naam B], de compliance officer, geen antwoord kon geven op [VERTROUWELIJK]. [naam B] moest die vraag doorverwijzen naar de bij MSP werkzame [naam C]. Desgevraagd gaf deze twee voorbeelden van [VERTROUWELIJK].

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Constatering overtreding

4. MSP is een betaalinstantie als bedoeld in artikel 1:1 van de Wft, een betaaldienstverlener waaraan een vergunning als bedoeld in artikel 2:3a van de Wft is verleend. MSP is derhalve gehouden aan de vereisten van de Wft en het Bpr.

Na beoordeling van de hiervoor genoemde feiten en bevindingen, in samenhang met het wettelijk kader, komt DNB tot het volgende oordeel.

5. Zoals uit het wettelijk kader volgt, dient een betaalinstelling op grond van artikel 21, eerste lid, van het Bpr te beschikken over een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliance functie uitoefent en dat als taak heeft het controleren van de naleving van wettelijke regels en van interne regels die de onderneming zelf heeft opgesteld.

Uit het onderzoek is gebleken dat [naam B] sinds 1 juli 2014 de compliance functie uitoefent, terwijl [naam B] tot in ieder geval 27 augustus 2015 tegelijkertijd zowel hoofd was van de afdeling [VERTROUWELIJK] als van de afdeling [VERTROUWELIJK]. Zoals uit de toelichting bij artikel 21 van het Bpr volgt, houdt onafhankelijke uitoefening van de compliancefunctie onder meer in dat degenen die bij de uitoefening van de compliancefunctie zijn betrokken niet betrokken mogen zijn bij het verlenen van diensten of activiteiten waarop zij toezicht houden. Bij de combinatie van functies die [naam B] tot in ieder geval 27 augustus 2015 heeft uitgeoefend was derhalve geen sprake van een onafhankelijke uitoefening van de compliancefunctie, zoals bedoeld in artikel 21, eerste lid van het Bpr.

Gelet op het voorgaande is DNB van oordeel dat MSP vanaf in ieder geval 1 juli 2014 tot in ieder geval 27 augustus 2015 artikel 21, eerste lid, van het Bpr heeft overtreden, aangezien er in ieder geval gedurende deze periode bij MSP geen sprake is geweest van een organisatieonderdeel dat op onafhankelijke en effectieve wijze een compliance functie heeft uitgeoefend.

Bevoegdheid tot handhavend optreden

6. Op grond van artikel 1:80, eerste lid van de Wft is DNB bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen terzake van overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr¹.
7. DNB voert een vast beleid bij het uitoefenen van haar bevoegdheden tot het treffen van handhavingsmaatregelen (zie www.dnb.nl voor de Beleidsregel Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank van 10 juli 2008). Dit beleid heeft onder andere als uitgangspunt dat overtredingen niet worden gedoogd en dat in beginsel handhavend dient te worden opgetreden zodra DNB een overtreding heeft geconstateerd.

Belangenafweging

8. In de belangenafweging bij een besluit tot het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete beoordeelt DNB de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Bij deze belangenafweging wordt ook de zienswijze van de overtreder betrokken.
9. Met betrekking tot de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding overweegt DNB het volgende.

Het doel van de Wft is onder meer het waarborgen van de soliditeit van financiële ondernemingen, de stabiliteit van de financiële sector, ordelijke en

¹ Artikel 21 van het Bpr is gesteld ter uitvoering van artikel 3:17 van de Wft. De bijlage bij artikel 1:80 van de Wft noemt artikel 3:17 van de Wft. Gelet op het bepaalde in artikel 1:80, eerste lid van de Wft is DNB derhalve bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen terzake van overtreding van artikel 21 van het Bpr.

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, zorgvuldige behandeling van cliënten, bescherming van de consument en de integriteit van het financiële stelsel. Door artikel 21, eerste lid, van het Bpr te overtreden worden deze doelstellingen en het door DNB te houden toezicht op vergunning houdende partijen geschaad.

Om de hiervoor omschreven doelstellingen van de Wft te bereiken is onder meer voorzien in toezicht op de instellingen die in het bezit zijn van een vergunning op grond van de Wft en in de uitoefening van toezicht door in casu DNB. Doordat de compliancefunctie bij MSP niet op onafhankelijke wijze werd uitgeoefend, was het toezicht op de naleving van wettelijke regels en interne regels, voorschriften en procedures bij MSP onvoldoende gewaarborgd. De compliance officer zelf gaf in de tijdens het onderzoek met [naam B] gevoerde gesprekken bovendien geen blijk van begrip van het principe van een onafhankelijke compliancefunctie, terwijl [naam B] wel bezig was met [VERTROUWELIJK]. DNB beschouwt de overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr als een ernstige overtreding.

Met betrekking tot de verwijtbaarheid van de overtreding overweegt DNB als volgt. Reeds bij vergunningverlening is er, gelet op het dienaangaande aan de vergunning verbonden voorschrift, aandacht geweest voor de onafhankelijke uitoefening van de compliance functie. Maar ook nadien, bijvoorbeeld in een e-mail van 26 maart 2014, heeft DNB gewezen op het belang van een onafhankelijke compliance functie. Daarbij heeft DNB aan MSP ten aanzien van de voorganger van [naam B], [naam D], aangegeven afwijzend te staan tegenover de combinatie van de functie van voorzitter (niet-uitvoerend bestuurder) van het bestuur in een one tier board en het uitoefenen van de compliance functie: "Het is immers aan de compliance officer om het bestuur van de organisatie er vanuit een onafhankelijke positie op de wijzen welke randvoorwaarden het moet scheppen om de compliance doelstellingen van de organisatie te bereiken". MSP was derhalve op de hoogte van het belang van een onafhankelijke compliance functie en behoorde overigens als onder toezicht staande instelling ook daarvan op de hoogte te zijn. Tijdens het onderzoek ter plaatse is van de zijde van MSP desgevraagd bevestigd dat er op dat moment geen onafhankelijke compliancefunctie was. Gezien het vorenstaande is DNB van mening dat het handelen van MSP ten aanzien van de overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr verwijtbaar is.

Zienswijze

10. Bij brief van 14 juni 2016 heeft DNB MSP in kennis gesteld van het voornemen om vanwege de geconstateerde overtreding over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete. MSP is in de gelegenheid gesteld haar zienswijze betreffende dit voornemen naar keuze mondeling of schriftelijk kenbaar te maken op respectievelijk uiterlijk 18 juli 2016 om 10:00 uur. Op verzoek van de advocaat van MSP heeft DNB uitstel verleend voor het indienen van een schriftelijke zienswijze, tot uiterlijk 5 augustus 2016 om 17:00 uur. DNB heeft de schriftelijke zienswijze van MSP, gedateerd 5 augustus 2016, op diezelfde dag ontvangen. Hieronder wordt ingegaan op het namens MSP met betrekking tot de overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr gestelde.
11. Onder randnummers 10 tot en met 26 voert MSP, kort samengevat, aan dat op 13 november 2015 [VERTROUWELIJK] reeds toezichtmaatregelen zijn getroffen met betrekking tot dezelfde overtredingen en voor dezelfde periode als waarop het voornemen tot het opleggen van bestuurlijke boetes betrekking heeft, welke toezichtmaatregelen volgens MSP ook nog eens een bestraffend karakter

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

hebben. Dit is volgens MSP niet alleen in strijd met het Handhavingsbeleid van DNB, maar ook met het ne bis in idem beginsel; MSP beroep zich daartoe onder meer op artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten.

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

DNB merkt op dat [VERTROUWELIJK], anders dan MSP meent, geen bestraffende sancties zijn. Ingevolge artikel 5:2, eerste lid onder a en c van de Awb is sprake van een bestraffende sanctie bij een door een bestuursorgaan zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen. [VERTROUWELIJK]. Deze maatregelen beogen uitsluitend het ongedaan maken dan wel beëindigen van de in de brief genoemde overtredingen en moeten derhalve worden aangemerkt als herstelsancties als bedoeld in artikel 5:2, eerste lid onder b van de Awb. [VERTROUWELIJK].

Gelet op het voorgaande kan bij het opleggen van bestuurlijke een boete vanwege overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr aan MSP derhalve geen sprake zijn van strijd met het ne bis in idem beginsel, zoals onder meer vastgelegd in artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten.

Naar aanleiding van het door MSP gestelde met betrekking tot het Handhavingsbeleid van DNB, wordt voor de goede orde nog opgemerkt dat uit het Handhavingsbeleid expliciet blijkt dat de daarin opgesomde factoren die bij de inzet van handhavingsinstrumenten van belang zijn, noch limitatief noch imperatief van aard zijn. Verder laat het Handhavingsbeleid, anders dan MSP stelt, expliciet ruimte voor het naast elkaar opleggen van punitieve en reparatoire sancties. Hiervan wordt door DNB in de praktijk ook regelmatig gebruik gemaakt. Dat dit is toegestaan blijkt overigens ook uit de jurisprudentie, zie bijvoorbeeld Cbb 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866.

DNB merkt op dat zij in dit geval het opleggen van een punitieve sanctie, naast de reeds opgelegde reparatoire sancties, passend en geboden acht. Het betreft een ernstige overtreding, waardoor het toezicht op de naleving van wettelijke regels en interne regels, voorschriften en procedures bij MSP onvoldoende gewaarborgd was. Daar komt bij dat, zoals is opgetekend in de brief van DNB van 13 november 2015 "vanaf vergunningverlening MSP in overtreding is geweest van verschillende vereisten en bepalingen. Ten aanzien van een aantal hiervan heeft DNB reeds [VERTROUWELIJK]. Desondanks blijven de bestaande overtredingen voortduren en komen er nieuwe overtredingen bij. DNB acht de situatie bij MSP dan ook ernstig."

Conform het door MSP in haar zienswijze gedane verzoek, zal DNB de brief van DNB van 13 november 2015 (kenmerk: [VERTROUWELIJK]) toevoegen aan het boetedossier.

12. MSP gaat onder randnummers 38 tot en met 43 en 45 tot en met 52 in op de compliance functie en het bepaalde in artikel 21, eerste lid, van het Bpr. MSP stelt in dit verband, kort samengevat, dat de compliance functie onder meer moet controleren of de poortwachtersfunctie van MSP goed wordt uitgevoerd. De verplichting van artikel 21 van het Bpr om een compliance functie in te richten is volgens MSP eveneens een open norm, die door de financiële onderneming moet worden ingevuld met inachtneming van de aard en de omvang van haar bedrijf. Dit geldt volgens MSP ook ten aanzien van de mate van onafhankelijkheid; de open norm biedt ruimte om deze proportioneel in te vullen.

Uit de door MSP onder randnummer 41 geciteerde passage uit de Toelichting bij

artikel 21 van het Bpr volgt dat de wijze waarop aan het organisatieonderdeel dat de compliancefunctie uitoefent wordt vormgegeven en de mate van onafhankelijkheid afhankelijk is van de aard en omvang van de instelling en dat bij kleinere instellingen de invulling van de onafhankelijkheid van het organisatieonderdeel onevenredig kan zijn. Anders dan bij MSP in de periode vanaf in ieder geval 1 juli 2014 tot in ieder geval 27 augustus 2015 het geval was, kan en mag dat er evenwel niet toe leiden dat er met betrekking tot bepaalde eerstelijns werkzaamheden in het geheel geen onafhankelijke controlerende rol binnen de instelling is belegd. In dat geval zou immers geen sprake (meer) zijn van een onafhankelijke uitoefening van de compliancefunctie. Van een onafhankelijke uitoefening van de compliancefunctie is wel sprake wanneer bij een kleine(re) instelling, waarvoor dit onevenredig is, de compliancefunctie bijvoorbeeld wordt gecombineerd met de uitoefening andere tweedelijns taken (zoals bijvoorbeeld risicomanagement) of wanneer een onafhankelijke monitoring en controle door een derde plaatsvindt op de door de compliance officer uitgevoerde eerstelijns werkzaamheden. Het feit dat [naam B] niet zelf de eerstelijns werkzaamheden uitvoerde, maar daarvoor (slechts) als leidinggevende eindverantwoordelijk was maakt dit niet anders. De aard van de door de compliancefunctie verrichte werkzaamheden brengt de noodzaak met zich dat de compliance officer zelfstandig en vrij van enige druk controlerende werkzaamheden moet kunnen uitoefenen. De compliancefunctie dient daarom organisatorisch gescheiden te zijn van de operationele bedrijfsonderdelen en –activiteiten waarop zij controle uitoefent. Dit betekent dat de compliance officer geen verantwoordelijkheid kan en mag dragen met betrekking tot werkzaamheden die deze vervolgens zelf moet controleren, zoals in de hiervoor genoemde periode bij MSP wel het geval was. Gelet op het vorenstaande kan hetgeen MSP in haar zienswijze met betrekking tot artikel 21 van het Bpr heeft aangevoerd, niet leiden tot een ander oordeel inzake de overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr door MSP.

Volledigheidshalve merkt DNB, in reactie op het gestelde in de zienswijze van MSP, verder nog het volgende op.

Dat [naam B] geen blijk heeft gegeven van begrip van het principe van een onafhankelijke compliancefunctie blijkt uit het door MSP in randnummer 49 aangehaalde citaat uit het gespreksverslag. Uit dit citaat blijkt dat [naam B] niet de noodzaak ervan inzag dat de compliance officer zelfstandig en vrij van enige druk controlerende werkzaamheden moet kunnen uitoefenen en daarom organisatorisch gescheiden dient te zijn van de operationele bedrijfsonderdelen en –activiteiten waarop [naam B] controle uitoefent. Evenmin blijkt dat [naam B] inziet dat het onmogelijk is dat een onafhankelijke compliance officer verantwoordelijkheid draagt met betrekking tot werkzaamheden die deze vervolgens zelf moet controleren.

Dat MSP in haar zienswijze betwist dat van de zijde van MSP desgevraagd is bevestigd dat er ten tijde van het onderzoek geen onafhankelijke compliance functie was, kan DNB niet plaatsen, nu [naam A] tijdens het toezichtbezoek, op de vraag van DNB: "Er is dus nu geen onafhankelijke compliance functie?" heeft geantwoord: "Ja, dat klopt maar daar heb ik wel de eerste stap in gezet."

Dat MSP met de aanstelling van [naam B] heeft voldaan aan het in de e-mail van 26 maart 2014 verwoorde uitgangspunt dat sprake moet zijn van een adequate scheiding tussen de toezichthoudende en bestuurlijke taken, zoals MSP heeft gesteld, deelt DNB, zoals uit het bovenstaande blijkt niet. In genoemde e-mail heeft DNB het belang van een onafhankelijke compliancefunctie jegens MSP benadrukt.

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

13. Onder randnummers 92 tot en met 108 voert MSP, voor het geval "DNB zou blijven volhouden dat MSP in overtreding was" aan, dat DNB in alle redelijkheid niet kan overgaan tot boeteoplegging. Daartoe doet zij een beroep op (1) het vertrouwensbeginsel, (2) het ontbreken van verwijtbaarheid en (3) de geringe ernst van de overtreding.

Ad (1)

MSP doet een beroep op het vertrouwensbeginsel, omdat zij meent dat zij uit het feit dat geen van de aan haar vergunning verbonden voorschriften zag op de procedures en het beleid van MSP, mocht afleiden dat haar beleid en procedures aan de eisen voldeden. Dit klemt volgens MSP temeer nu het beleid en de procedures veelal een invulling waren van open normen, die zij naar eigen inzicht en beste weten heeft vertaald. Dit maakt volgens MSP dat zij erop mocht vertrouwen dat DNB die invulling onderschreef.

Het beroep van MSP op het vertrouwensbeginsel kan niet slagen, omdat uit het achterwege blijven van opmerkingen in het kader van de vergunningaanvraag niet kan worden afgeleid dat geen (andere) gebreken zouden kunnen bestaan dan die eventueel in het kader van de vergunningaanvraagprocedure door DNB aan de orde zijn gesteld. Daar komt bij dat ook wijzigingen in de regelgeving op een later moment aanleiding kunnen geven tot een ander oordeel over de het beleid en de procedures van MSP.

Ad (2)

Met verwijzing naar hetgeen eerder door haar is aangevoerd, stelt MSP dat geen sprake zou zijn van verwijtbaarheid, omdat zij na vergunningverlening handelde op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen dat haar beleid en procedures ten aanzien van de compliancefunctie juist en volledig waren, nu deze in orde waren bevonden door DNB. MSP betoogt verder, kort samengevat, dat zij haar compliance functie op evenredige wijze heeft ingericht, zodat haar geen verwijt valt te maken.

DNB deelt deze mening van MSP niet. De door MSP aangevoerde argumenten inzake "gerechtvaardigd vertrouwen" en de inrichting van de compliancefunctie, zijn hiervoor reeds besproken; op deze plaats wordt daarom korthedshalve volstaan met een verwijzing daar naar. Ook hetgeen verder door MSP wordt aangevoerd, kan niet afdoen aan haar verwijtbaarheid.

Ad (3)

Ten aanzien van de ernst van de overtreding betoogt MSP dat DNB zich bij het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete en bij het bepalen van de hoogte van de boete dient te baseren op de ernst van de overtreding in concreto en niet op de ernst van de overtreding van de overtreden bepaling in abstracto. MSP is van mening dat de ernst van de onderhavige overtreding in concreto gering is. Dat de inrichting van de compliance functie beter had gekund, betekent volgens MSP nog niet dat sprake is van een ernstige overtreding en dat wordt niet anders door de ratio van die verplichting in abstracto.

DNB deelt het oordeel van MSP dat sprake is van een geringe ernst van de overtreding niet. Voor de beoordeling van de ernst van de overtreding is, anders dan MSP suggereert, niet alleen van belang welke risico's zich daadwerkelijk hebben voorgedaan, maar ook welke risico's zich hadden kunnen voordoen, als gevolg van het niet voldoen aan artikel 21, eerste lid, van het Bpr. Door het

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

ontbreken van een onafhankelijke toets van de werkzaamheden waarvoor de compliance officer als eerstelijns leidinggevende verantwoordelijk was, kon er onvoldoende toezicht worden uitgeoefend op de naleving van zowel wettelijke als interne regels, voorschriften en procedures met betrekking tot deze werkzaamheden. Dat zich – voorzover is gebleken – daarmee geen integriteitsrisico's hebben gematerialiseerd, doet aan de ernst van deze overtreding niet af. Het feit dat MSP het belang van een onafhankelijke compliance functie kennelijk, zoals uit de tijdens het onderzoek gevoerde gesprekken én uit haar zienswijze volgt, niet inziet, onderstreept de ernst van deze overtreding.

Hoewel DNB ervan heeft kennisgenomen dat MSP intussen maatregelen met betrekking tot de onderhavige overtreding heeft getroffen, zijn deze terzake van het onderhavige besluit - en voor de beoordeling van de onderhavige overtreding - niet doorslaggevend. MSP had ervoor moeten zorgdragen dat de geconstateerde overtreding niet zou plaatsvinden. De inmiddels getroffen maatregelen nemen de boetewaardigheid van de overtreding niet weg.

14. De door MSP gegeven zienswijze brengt DNB niet tot een ander oordeel. DNB blijft van mening dat de overtreding terecht is vastgesteld en dat het daarvoor opleggen van een bestuurlijke boete noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Bij de hierboven beschreven ernstige overtreding, die DNB verwijtbaar acht, zijn geen belangen betrokken die DNB ertoe bewegen af te zien van het opleggen van een bestuurlijke boete.

Bestuurlijke boete

15. Op grond van artikel 1:80, eerste lid van de Wft is DNB bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen terzake van overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr.
16. In artikel 1:81 (oud) van de Wft en in het Bbbfs is uitgewerkt hoe de hoogte van een bestuurlijke boete moet worden berekend. Overtreding van artikel 21, eerste lid, van het Bpr is 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 maximumgrenzen en moet daarbij rekening houden met de specifieke omstandigheden van het geval en, en voor wat betreft categorie 2, met de ernst en duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Bij herhaalde boeteoplegging voor eenzelfde overtreding binnen vijf jaar wordt het basisbedrag van de bestuurlijke boete verdubbeld. Ongeacht de boetecategorie dient DNB op grond van artikel 4, eerste lid van het Bbbfs na het vaststellen van de hoogte van het boetebedrag rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. Bij onvoldoende draagkracht kan de bestuurlijke boete worden verlaagd met maximaal 100%.
17. In zijn algemeenheid moet worden aangenomen dat de door de wetgever voor boetecategorie 2 vastgestelde basisbedrag van EUR 500.000,- evenredig is aan de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is DNB van mening dat sprake is van een ernstige en verwijtbare overtreding. DNB ziet geen aanleiding om het basisbedrag op basis van de ernst en duur van de overtreding dan wel de mate van verwijtbaarheid naar beneden of naar boven bij te stellen. Om, gelet op de omvang van MSP in verhouding tot de overige onder toezicht van DNB staande betaalinstanties en de overige

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

omstandigheden van het geval, tot een evenredige bestuurlijke boete te komen wordt de boete gematigd tot EUR 50.000,-.

Hierbij heeft DNB in aanmerking genomen dat van de hoogte van de opgelegde bestuurlijke boete een punitieve werking dient uit te gaan.

MSP heeft het bij de kennisgeving van het voornemen tot het opleggen van de onderhavige bestuurlijke boete gevoegde draagkrachtformulier niet ingevuld, noch anderszins een beroep gedaan op beperkte draagkracht. DNB ziet daarom geen aanleiding om de bestuurlijke boete verder te matigen in verband met de draagkracht van MSP. Overigens geeft ook de bij DNB uit hoofde van het prudentiële toezicht op MSP bekende informatie geen aanleiding om de bestuurlijke boete vanwege de draagkracht van MSP verder te matigen.

Datum

11 oktober 2016

Kenmerk

[VERTROUWELIJK]

Betaling van de bestuurlijke boete dient te geschieden binnen de in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb voorgeschreven termijn van zes weken na de inwerkingtreding van dit besluit. De betaling dient te worden gedaan op rekeningnummer [VERTROUWELIJK] ten name van De Nederlandsche Bank N.V., Westeinde 1 te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer: [VERTROUWELIJK]. Hierbij wordt opgemerkt dat de bestuurlijke boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente (momenteel 2%), welke wordt gerekend vanaf de dag waarop sedert de bekendmaking van het boetebesluit zes weken zijn verstreken.

Tegen deze beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan door iedere belanghebbende binnen zes weken na de dag van bekendmaking daarvan bezwaar worden gemaakt. U kunt uw bezwaarschrift elektronisch indienen via: www.dnb.nl/bezwaarmaken. U kunt uw bezwaarschrift ook per post indienen bij:

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

Ingevolge artikel 1:85, eerste lid, van de Wft wordt met het instellen van bezwaar en beroep de verplichting tot betaling van de opgelegde bestuurlijke boete opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. Over de periode dat de verplichting om de bestuurlijke boete te betalen is geschorst, moet wel wettelijke rente worden betaald.

Amsterdam, 11 oktober 2016
De Nederlandsche Bank N.V.

[VERTROUWELIJK]
Directeur