ECLI:NL:RBROT:2015:4231

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	18-06-2015
Datum publicatie	12-08-2015
Zaaknummer	AWB- 14 _ 3324 + AWB 14_3325
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2017:14, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	BC, bestuurlijke boete Wft aan bedrijf en feitelijk leidinggevende, overgangsrecht artikel 2:3a Wft, matiging wegens verminderde ernst en evenredigheid
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummers: ROT 14/3324 en ROT 14/3325

uitspraak van de meervoudige kamer van 18 juni 2015 in de zaken tussen

[eiseres]

en

[eiser] samen: eisers,

gemachtigde: mr. C.A. Doets,

en

De Nederlandse Bank N.V. (DNB), verweerster,

gemachtigde: mr. drs. S.M. Peek.

Procesverloop

Bij besluit van 31 juli 2013 (het primaire besluit I) heeft DNB aan [eiseres] een boete opgelegd van 500.000,- wegens overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Bij besluit van 8 april 2014 (het bestreden besluit I) heeft DNB het bezwaar van [eiseres] en [eiser] tegen het primaire besluit I ongegrond verklaard.

[eiseres] en [eiser] hebben tegen het bestreden besluit I beroep ingesteld. Dit beroep is geregistreerd onder nummer ROT 14/3324.

Bij besluit van 31 juli 2013 (het primaire besluit II) heeft DNB aan [eiser] een boete opgelegd van 250.000,- wegens feitelijk leidinggeven aan de overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft.

Bij besluit van 8 april 2014 (het bestreden besluit II) heeft DNB het bezwaar van [eiser] tegen het primaire besluit II ongegrond verklaard.

[eiser] heeft tegen het bestreden besluit II beroep ingesteld. Dit beroep is geregistreerd onder nummer ROT 14/3325.

DNB heeft in beide zaken een verweerschrift ingediend.

De zaken zijn op 17 maart 2015 ter zitting van de meervoudige kamer gevoegd behandeld. [eiseres] heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, vergezeld door [h] , bestuurder van [eiseres] . [eiser] is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. DNB heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, vergezeld door mr. M. Meijer Timmerman Thijssen en T.W. Zoutendijk, beiden werkzaam bij DNB.

Overwegingen

1.1 [eiseres] is opgericht op 21 april 2005 en voorziet sinds haar oprichting haar klanten, exploitanten van internetsites, van onder meer de betaaldienst iDEAL, waarmee consumenten op die sites betalingen kunnen verrichten. Enig aandeelhouder van [eiseres] is [a] [eiser] is directeur en enig aandeelhouder van [a] .

[eiser] is oprichter van [eiseres] . Hij was tot [b] bestuurder van [eiseres] . Sinds [b] heeft [eiseres] twee andere bestuurders.

1.2 [eiseres] heeft bij brief van 11 september 2009 aan DNB een reikwijdtevraag voorgelegd, die inhoudt of zij voor (een deel van) haar bedrijfsactiviteiten een vergunning op grond van de Wft moet aanvragen. Op 17 september 2009 heeft DNB [eiseres] telefonisch bericht dat zij waarschijnlijk betaaldiensten verleent. Bij brief van 7 april 2010 heeft DNB [eiseres] meegedeeld dat zij kwalificeert als betaaldienstverlener en dat zij daarom, indien zij geen beroep doet op de Vrijstellingsregeling Wft, een vergunning moet aanvragen als bedoeld in artikel 2:3b van de Wft. Bij brief van 3 mei 2010 heeft [eiseres] aangekondigd dat zij voor haar betaaldienst iDEAL een vergunning zal aanvragen en dat zij de aanvraag zal indienen in de week van 1 september 2010. Bij brief van 12 augustus 2010 heeft [eiseres] DNB verzocht om coulance ten aanzien van de termijn voor de aanvraag door deze termijn

met 60 dagen te verlengen.

1.3 Bij besluit van 24 februari 2012 heeft DNB [eiseres] op grond van artikel 1:75 van de Wft een aanwijzing gegeven, die inhoudt (voor zover hier van belang) dat [eiseres] zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk op 14 maart 2012, de overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft dient te hebben beëindigd (de aanwijzing). In de toelichting op de aanwijzing is vermeld dat, indien [eiseres] daadwerkelijk binnen de genoemde termijn een voldoende onderbouwde aanvraag indient op grond van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft, daarmee sprake zal zijn van een concreet zicht op legalisatie.

1.4 Op [datum] heeft [eiseres] een vergunningaanvraag ingediend voor het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener.

1.5 Na wijziging van de bestuurssamenstelling heeft DNB bij besluit van 28 februari 2013 [eiseres] de gevraagde vergunning verleend.

2.1 DNB heeft bij het bestreden besluit I de aan [eiseres] bij het primaire besluit I opgelegde bestuurlijke boete van 500.000,- gehandhaafd op de grond dat [eiseres] in de periode van 1 mei 2011 tot 28 februari 2013 artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft heeft overtreden door zonder vergunning het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen.

2.2 DNB heeft bij het bestreden besluit II de aan [eiser] bij het primaire besluit II opgelegde bestuurlijke boete van 250.000,- gehandhaafd op de grond dat [eiser] feitelijk leiding heeft gegeven aan de door [eiseres] begane overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft.

3. De rechtbank volgt DNB niet in het betoog dat het beroep van [eiser] tegen het bestreden besluit I niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

3.1 Op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

3.2 Om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, dient [eiser] een voldoende objectief en actueel, eigen persoonlijk belang te hebben dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit (vergelijk de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:50). [eiser] is enig (middellijk) aandeelhouder van [eiseres] en als zodanig ook (indirect) medebeleidsbepaler. Gelet hierop is het belang van [eiser] zodanig verweven en loopt het zo parallel met dat van [eiseres] , dat hij ten aanzien van het aan [eiseres] gerichte boetebesluit als belanghebbende kan worden aangemerkt.

4. Op grond van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft is het een ieder met zetel in Nederland verboden zonder een daartoe door de Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener.

Met ingang van 1 november 2009 is de richtlijn 2007/64/EC (de richtlijn betaaldiensten) in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Bij de invoering van de richtlijn betaaldiensten is bepaald dat rechtspersonen die geen kredietinstelling zijn in de zin van artikel 1:1 van de Wft en die aantoonbaar in overeenstemming met het recht dat voor die datum van toepassing was betaaldiensten verleenden, deze werkzaamheden zonder vergunning kunnen voortzetten tot 30 april 2011 (het overgangsregime).

5. De rechtbank stelt voorop dat voor haar vaststaat en ook niet in geschil is dat [eiseres] in de periode van 1 mei 2011 tot 28 februari 2013 artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft heeft overtreden. DNB was dan ook bevoegd [eiseres] een boete op te leggen.

6. Het betoog van [eiseres] en [eiser] dat DNB gelet op de door hen aangevoerde bijzondere omstandigheden had moeten afzien van boeteoplegging, faalt.

6.1 [eiseres] en [eiser] voeren als bijzondere omstandigheden aan dat [eiseres] reeds voorafgaand aan de implementatie van de richtlijn betaaldiensten actief was als betaaldienstverlener en dat DNB haar, in tegenstelling tot andere marktpartijen, niet meer heeft geïnformeerd over het aflopen van het overgangsregime per 1 mei 2011 en ook niet heeft gereageerd op haar schriftelijke verzoek om coulance van 12 augustus 2010. Dat er sprake was van coulance ten aanzien van het moment van vergunningaanvraag kon volgens [eiseres] en [eiser] ook worden afgeleid uit het feit dat verschillende naaste concurrenten van [eiseres] op 1 mei 2011 ook nog geen vergunning hadden en daar niet door DNB tegen werd opgetreden.

De rechtbank is met DNB van oordeel dat deze omstandigheden er niet toe leiden dat DNB had moeten afzien van boeteoplegging. Dat [eiseres] al actief was voordat de vergunningplicht in werking trad, is verdisconteerd in het overgangsregime. Het is de eigen verantwoordelijkheid van een professionele marktpartij zoals [eiseres] om zelf tijdig een vergunning aan te vragen. Gelet op de door [eiseres] in haar brief van 12 augustus 2010 genoemde termijnen, betrof de verzochte coulance de periode tot 60 dagen na de door haar zelf gestelde termijn voor het indienen van een vergunningaanvraag in de week van 1 september 2010. Aangezien de datum waarop [eiseres] vergunningplichtig zou worden 1 mei 2011 was, resteerde er nog voldoende tijd voor het indienen van een vergunningaanvraag. In dit licht bezien heeft [eiseres] uit het uitblijven van een reactie van DNB op haar brief van 12 augustus 2010 en het niet ontvangen van een mailing medio september 2010 over het verstrijken van de overgangstermijn niet mogen afleiden dat DNB coulance zou betrachten ten aanzien van de datum 1 mei 2011.

6.2 Anders dan [eiseres] en [eiser] betogen, hoefde DNB de brieven van [eiseres] van 3 mei 2010 en 12 augustus 2010 niet te beschouwen als een (incomplete) vergunningaanvraag, nu in deze brieven alleen is aangekondigd dat en wanneer een vergunningaanvraag zou worden ingediend.

6.3 [eiseres] en [eiser] voeren voorts als bijzondere omstandigheden aan dat [eiseres] in de periode vanaf 11 september 2009 niet heeft stilgezeten en dat zij wel degelijk actie heeft ondernomen ten aanzien van het voorbereiden van de vergunningaanvraag. [eiseres] was echter onbekend met de materie en had moeite met het vinden van een juiste adviseur, terwijl zij in dezelfde periode zeer snel groeide en prioriteit heeft willen geven aan het beheersen van haar - grotendeels niet vergunningplichtige - bedrijfsactiviteiten.

De rechtbank is met DNB van oordeel dat deze omstandigheden er evenmin toe leiden dat DNB had moeten afzien van boeteoplegging. Dat [eiseres] prioriteit heeft willen geven aan het beheersen van haar bedrijfsvoering, waardoor kennelijk de voortvarendheid waarmee een vergunningaanvraag is voorbereid in het gedrang is gekomen, komt voor haar rekening en risico. Daarnaast heeft [eiseres] er zelf voor gekozen pas in juni 2011 de opdracht voor de voorbereiding van haar vergunningaanvraag te gunnen aan Londen & Van Holland, en heeft ze er ook zelf voor gekozen om, nadat de overgangstermijn al was verstreken, van adviseur te wisselen, terwijl ze al geruime tijd voor het verstrijken van de overgangstermijn bekend was of had moeten zijn met het feit dat zij voor 1 mei 2011 in het bezit moest zijn van een vergunning.

6.4 De rechtbank is met [eiseres] en [eiser] van oordeel dat DNB heeft gedoogd dat [eiseres] haar activiteiten voortzette nadat zij op [datum] een vergunningaanvraag had ingediend. Gelet op de formulering van en de toelichting op de aanwijzing van 23 februari 2012 zag het eerste onderdeel van de aanwijzing niet op het staken van de vergunningplichtige bedrijfsactiviteiten, maar op het indienen van een vergunningaanvraag. De voorzieningenrechter heeft in zijn uitspraak van 28 maart 2012 overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat het eerste onderdeel van de aanwijzing zo begrepen moet worden dat daarbij [eiseres] met het oog op legalisering van haar vergunningplichtige activiteiten wordt opgedragen uiterlijk op 14 maart 2012 een vergunningaanvraag te doen. Aan die aanwijzing heeft [eiseres] , naar ter zitting is gebleken, op 12 maart 2012 naar genoegen van DNB voldaan. Deze omstandigheid leidt echter niet tot de conclusie dat DNB had moeten afzien van

boeteoplegging, nu er nog een aanzienlijke periode van overtreding resteert (namelijk van 1 mei 2011 tot [datum]) en er in die periode sprake is geweest van een zeer groot aantal vergunningplichtige betalingstransacties.

6.5 De omstandigheid dat [eiser] is afgetreden als bestuurder van [eiseres] om vergunningverlening mogelijk te maken, kan evenmin als een dusdanig bijzondere omstandigheid worden aangemerkt dat DNB op grond daarvan had moeten afzien van het opleggen van de boete. Het terugtreden van [eiser] voorafgaand aan de vergunningverlening betreft geen door DNB opgelegde bestraffende sanctie, maar is een gevolg van de toetsing door DNB of aan alle voorwaarden voor vergunningverlening is voldaan. Dat [eiseres] en [eiser] dit als een offer en straf hebben ervaren, maakt dit niet anders.

6.6 [eiseres] en [eiser] betogen tevergeefs dat het bestreden besluit I in strijd is met het Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en DNB van 10 juli 2008 (het Handhavingsbeleid). Uit het Handhavingsbeleid volgt niet dat DNB geen bestuurlijke boete meer kan opleggen als is voldaan aan een gegeven aanwijzing. Dat [eiseres] op [datum] heeft voldaan aan de aanwijzing van DNB, leidt, mede gelet op de in het Handhavingsbeleid genoemde doelstellingen van generale preventie, niet tot het oordeel dat boeteoplegging geen enkel redelijk (toezichts)doel meer dient.

6.7 De rechtbank volgt evenmin het betoog van [eiseres] en [eiser] dat het opleggen van de boete in strijd is met het gelijkheidsbeginsel nu diverse concurrenten van [eiseres] ook pas na 1 mei 2011 een vergunning hebben gekregen. Niet betwist is dat de door [eiseres] en [eiser] genoemde concurrenten voor 1 mei 2011 een vergunningaanvraag hebben ingediend, terwijl [eiseres] pas een vergunning heeft aangevraagd (ruim) na afloop van het overgangsregime en pas nadat zij daartoe een aanwijzing had gekregen van DNB. Reeds gelet hierop is geen sprake van gelijke gevallen.

7. Het betoog dat de boete onevenredig is gelet op de aard en ernst van de door [eiseres] begane overtreding, slaagt.

7.1 Gelet op artikel 10 van het Boetebesluit financiële sector (Bbfs) valt een overtreding van artikel 2:3a van de Wft in boetecategorie 3. Voor deze categorie geldt het basisbedrag van 2.000.000,-. DNB heeft in de mate van verwijtbaarheid van [eiseres] aanleiding gezien dit basisbedrag te verhogen met 50%, zodat dit bedrag voor haar zou uitkomen op 3.000.000,-. Gezien de overige omstandigheden van het geval en de draagkracht van [eiseres] heeft DNB aanleiding gezien het boetebedrag te matigen tot 500.000,-.

7.2 Anders dan DNB ziet de rechtbank geen aanleiding voor het oordeel dat [eiseres] een meer dan gemiddeld verwijt kan worden gemaakt van de overtreding. Dat [eiseres] tijdig haar activiteiten als betaaldienstverlener heeft gemeld, wijst immers op de intentie om te voldoen aan de wet- en regelgeving. Weliswaar heeft [eiseres] vervolgens nagelaten tijdig een vergunningaanvraag in te dienen, maar dit is onvoldoende om [eiseres] een meer dan gemiddeld verwijt te maken van de overtreding. Van alle marktpartijen wordt immers verwacht dat zij op de hoogte zijn van de relevante wet- en regelgeving, zodat er op dat punt geen sprake is van een rechtens relevant verschil tussen [eiseres] en andere marktpartijen die artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft hebben overtreden. Dit betekent dat DNB ten onrechte aanleiding heeft gezien het basisbedrag van de boete te verhogen met 50%.

7.3 DNB heeft in het kader van de beoordeling van de ernst van de overtreding ten onrechte geen enkel gewicht toegekend aan de omstandigheid dat [eiseres] niet zonder meer vergelijkbaar is met marktpartijen die zich geheel aan het toezicht door DNB onttrekken, nu zij haar activiteiten ruimschoots voorafgaand aan het verstrijken van de overgangsperiode uit eigen beweging heeft gemeld. Voorts heeft DNB ten onrechte niet meegewogen dat [eiseres] in de periode tussen het verstrijken van het overgangsregime en de vergunningverlening feitelijk reeds voldeed aan de meeste relevante vergunningvoorwaarden, zoals diverse certificerings- en solvabiliteitseisen. Ondanks dat bij

het ontbreken van een vergunning nog geen regulier doorlopend toezicht plaatsvond door DNB, zijn de met de Wft beoogde doelstellingen niet of nauwelijks in gevaar geweest en zijn geen consumenten benadeeld, althans het tegendeel is gesteld noch gebleken.

7.4 Tot slot heeft DNB in het kader van de evenredigheid van de opgelegde boete ten onrechte niet in het voordeel van [eiseres] laten meewegen dat DNB om haar moverende redenen alle betrokken marktpartijen wel, maar [eiseres] niet via een mailing heeft geïnformeerd over de naderende deadline van 1 mei 2011.

7.5 De rechtbank ziet in het voorgaande aanleiding tot verdere matiging van de aan [eiseres] opgelegde boete. De rechtbank acht een boete van 100.000,- evenredig met de ernst en de duur van de overtreding en de mate waarin [eiseres] van deze overtreding een verwijt kan worden gemaakt. De door [eiseres] en [eiser] overgelegde gegevens met betrekking tot de draagkracht van [eiseres] geven geen aanleiding tot verdergaande matiging. Uit de door [eiseres] overgelegde stukken blijkt dat [eiseres] over 2013 een eigen vermogen van 1.596.000,- had en dat het resultaat na belastingen ruim 121.000,- was.

De omstandigheid dat de winst met name zou zijn behaald met niet-vergunningplichtige activiteiten is niet van belang is bij het bepalen van de draagkracht van [eiseres] , omdat het Bbfs niet uitgaat van het bij de overtreding behaalde voordeel maar van het draagkrachtbeginsel.

Ook de omstandigheid dat de niet-vergunningplichtige bedrijfsactiviteiten van [eiseres] met ingang van [c] zijn afgesplitst en zijn ondergebracht in een andere onderneming, hetgeen heeft geleid tot een minder goede vermogenspositie van [eiseres] , is niet van doorslaggevend belang bij het bepalen van haar draagkracht, nu deze opsplitsing haar eigen, door bedrijfseconomische motieven ingegeven keuze is geweest. Voorts kan uit de concept winst- en verliesrekening 2013 worden afgeleid dat voor de boete een voorziening is opgenomen van 500.000,- ten laste van het resultaat.

8. Gelet op het voorgaande is het beroep van [eiseres] en [eiser] gegrond voor zover het is gericht tegen de hoogte van de aan [eiseres] opgelegde boete. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit I in zoverre. De rechtbank zal zelf in de zaak voorzien door de bezwaren van [eiseres] en [eiser] gegrond te verklaren, het primaire besluit I te herroepen voor zover daarbij de hoogte van de boete is vastgesteld op 500.000,-, de hoogte van de aan [eiseres] opgelegde boete vast te stellen op 100.000,- en te bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit I.

9. [eiser] betoogt dat hij niet feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 2:3a van de Wft door [eiseres] .

9.1. De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat er geen aanleiding is DNB te volgen in haar standpunt dat deze beroepsgrond als tardief buiten beschouwing moet worden gelaten nu [eiser] deze beroepsgrond niet reeds in bezwaar heeft aangevoerd. Nog daargelaten dat het hier een bestraffende sanctie betreft, hangt deze beroepsgrond onlosmakelijk samen met de reeds in bezwaar aangevoerde grond dat DNB in redelijkheid niet tot boeteoplegging aan [eiser] heeft kunnen komen. Om dezelfde redenen is er geen aanleiding om het door [eiser] ter zitting overhandigde overzicht van door DNB aan feitelijk leidinggevenden en/of bedrijven opgelegde bestuurlijke boetes als tardief buiten beschouwing te laten. Het betreft informatie ter onderbouwing van het al eerder door [eiser] ingenomen standpunt dat de aan hem opgelegde boete onevenredig is, welke informatie afkomstig is van de website van DNB zelf, terwijl de informatie ook niet van dien aard is dat DNB daarop ter zitting niet adequaat heeft kunnen reageren en dat zij hierdoor onevenredig haar processuele belangen zou zijn geschaad.

9.2 Het betoog faalt echter.

9.3 Op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Awb kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, Sr is van overeenkomstige toepassing.

Op grond van artikel 51, tweede lid, Sr kan, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en

maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

9.4 Volgens vaste jurisprudentie kan van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris

hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

Toegespitst op deze zaak betekent dit dat moet worden voldaan aan de volgende criteria:

a. [eiser] was op de hoogte van de gedragingen die hebben geleid tot overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft door [eiseres] , althans bewust de aanmerkelijke kans hiertoe heeft aanvaard;

b. [eiser] was bevoegd en redelijkerwijs gehouden de overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft te voorkomen en/of te beëindigen, en

c. [eiser] heeft maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

9.5 Onder verwijzing naar de uitspraak van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 24 juli 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:6326), stelt de rechtbank in dit verband voorop dat om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangesproken het (voorwaardelijk) opzet gericht moet zijn op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet mede op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet).

9.6 De rechtbank is met DNB van oordeel dat aan de drie hiervoor genoemde criteria is voldaan en dat [eiser] derhalve als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt. [eiser] is betrokken geweest bij de reikwijdtevraag en was zich, zoals blijkt uit de door hem ondertekende brief van 12 augustus 2010, dan ook bewust van de vergunningplicht. Uit de namens [eiser] verstuurde brief van 28 november 2011 blijkt dat hij ook op de hoogte was van het feit dat de vergunning nog steeds niet was aangevraagd. [eiser] heeft niet betwist dat hij, gelet op zijn positie als bestuurder van [eiseres] ten tijde van de overtreding, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was de overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft door [eiseres] te voorkomen en/of te beëindigen, DNB heeft terecht overwogen dat de door [eiser] getroffen maatregelen om te komen tot een vergunningaanvraag onvoldoende waren, nu van [eiser] verlangd had mogen worden dat hij niet alleen voorbereidingen zou treffen voor het indienen van een vergunningaanvraag, maar dat hij er ook op had moeten toezien dat deze vergunningaanvraag tijdig, dat wil zeggen voor het verstrijken van het overgangsregime, zou worden ingediend.

9.7 Nu DNB [eiser] terecht heeft aangemerkt als feitelijk leidinggevende heeft zij, mede gelet op de overwegingen 6.1 tot en met 6.7, in redelijkheid aan [eiser] een boete kunnen opleggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 2:3a, eerste lid, van de Wft door [eiseres] .

10. Het betoog dat DNB handelt in strijd met het beginsel van ne bis in idem, althans met het evenredigheidsbeginsel, door zowel aan [eiseres] als aan [eiser] een boete op te leggen, faalt.

10.1 Op grond van artikel 5:43 van de Awb, waarin het beginsel van ne bis in idem is neergelegd, is het een bestuursorgaan niet toegestaan aan de overtreder een bestuurlijke boete op te leggen aan wie wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. Artikel 5:1, derde lid, van de Awb biedt DNB de mogelijkheid om zowel de onderneming die de overtreding pleegt als de feitelijk leidinggevende een boete op te leggen. Beide boetes zijn gelijktijdig opgelegd, zodat geen sprake is van strijd met het beginsel van ne bis in idem. Voorts komt DNB een discretionaire bevoegdheid toe om bij overtreding door een onderneming een bestuurlijke boete op te leggen aan de

onderneming en/of de feitelijk leidinggevende (zie bijvoorbeeld de uitspraak van deze rechtbank van 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3454). Het enkele feit dat DNB ervoor heeft gekozen zowel [eiseres] als [eiser] te beboeten, brengt niet met zich dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden, mede nu DNB bij het bepalen van de hoogte van de boeteoplegging aan [eiser] rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat [eiser] indirect aandeelhouder is van [eiseres] , waardoor hij feitelijk tweemaal in zijn vermogen wordt geraakt.

11. Gelet op de overwegingen 7.1 tot en met 7.5 ziet de rechtbank ten aanzien van de hoogte van de aan [eiser] opgelegde boete eveneens aanleiding de door DNB aan [eiser] opgelegde boete van 250.000,- verder te matigen. De rechtbank acht een bedrag van 50.000,- evenredig met de ernst en de duur van de overtreding en de mate waarin [eiser] van deze overtreding een verwijt kan worden gemaakt. De rechtbank ziet in de draagkracht van [eiser] geen aanleiding voor verdere matiging. [eiser] stelt dat hij een negatief eigen vermogen heeft van ongeveer [d] en heeft hiertoe informatie van zijn belastingadviseur overgelegd. [eiser] heeft echter, hoewel daarom is verzocht door DNB, geen definitieve aanslagen inkomstenbelasting overgelegd. Verder heeft [eiser] geen duidelijkheid verschaft over de waarde van zijn woning. Uit de voorlopige aanslag 2013 volgt dat de bijtelling wegens inkomsten uit eigen woning [e] is, waarbij omgerekend een WOZ-waarde van [f] hoort. Uit de door [eiser] overgelegde informatie volgt echter dat de waarde van zijn woning [g] bedraagt. De stelling dat hij dit pand in gedeeld eigendom heeft en dat slechts 50% aan hem moet worden toegerekend, heeft hij niet onderbouwd. Voorts is bij de berekening van het privévermogen van [eiser] geen rekening gehouden met zijn aandelen in [a] , waarvan hij 100% aandeelhouder is. Gelet hierop geeft de door [eiser] verstrekte informatie geen volledig beeld van zijn financiële positie, zodat er in de draagkracht van [eiser] geen aanleiding wordt gezien voor verdere matiging van de boete.

12. Gelet op het voorgaande is het beroep van [eiser] gegrond voor zover het is gericht tegen de hoogte van de aan hem opgelegde boete. De rechtbank vernietigt het bestreden besluit II in zoverre. De rechtbank zal zelf in de zaak voorzien door het bezwaar van [eiser] gegrond te verklaren, het primaire besluit II te herroepen voor zover daarbij de hoogte van de boete is vastgesteld op 250.000,-, de hoogte van de aan [eiser] opgelegde boete vast te stellen op 50.000,- en te bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit II.

13. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat DNB aan [eiseres] en [eiser] het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

14. De rechtbank veroordeelt DNB in de door [eiseres] en [eiser] gemaakte proceskosten. Nu sprake is van samenhangende zaken stelt de rechtbank deze kosten op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand gemaakte kosten vast op 2.940,- (1 punt voor het indienen van het gezamenlijk bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het gezamenlijk beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 490,- en wegingsfactor 1,5), welk bedrag gelijkelijk wordt verdeeld over beide zaken.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep van [eiseres] en [eiser] tegen het bestreden besluit I (zaaknummer ROT 14/3324) gegrond voor zover het is gericht tegen de hoogte van de aan [eiseres] opgelegde boete,

- vernietigt het bestreden besluit I in zoverre,
- verklaart het bezwaar gegrond en herroept het primaire besluit I, voor zover daarbij de hoogte van de boete is vastgesteld op 500.000,-, stelt de hoogte van de aan [eiseres] opgelegde boete vast op 100.000,- en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit I,
- verklaart het beroep van [eiser] tegen het bestreden besluit II (zaaknummer ROT 14/3325) gegrond voor zover het is gericht tegen de hoogte van de aan [eiser] opgelegde boete,
- vernietigt het bestreden besluit II in zoverre,
- verklaart het bezwaar gegrond en herroept het primaire besluit II, voor zover daarbij de hoogte van de boete is vastgesteld op 250.000,-, stelt de hoogte van de aan [eiser] opgelegde boete vast op 50.000,- en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit II,
- bepaalt dat DNB aan [eiseres] het betaalde griffierecht van 328,- vergoedt,
- bepaalt dat DNB aan [eiser] het betaalde griffierecht van 165,- vergoedt,
- veroordeelt DNB in de door [eiseres] en [eiser] gemaakte proceskosten tot een bedrag van 2.940,-, gelijkelijk te verdelen over beide zaken.

Deze uitspraak is gedaan door mr. M.C. Woudstra, voorzitter, en mr. I. Bouter en mr. B. van Velzen, leden, in aanwezigheid van mr. drs. M.L. Bosman-Schouten, griffier.
De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 18 juni 2015.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.