

## **De boete uit balans**

Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht

Arnt Mein



De boete uit balans  
Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht

Off-Balance Fines  
Using administrative fines in financial supervision

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus

Prof.dr. H.A.P. Pols

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

vrijdag 12 juni 2015 om 11:30 uur

door

Arnt Gebhard Mein  
geboren te Nijmegen

**Promotiecommissie**

**Promotoren:** Prof.dr. H.G. van de Bunt  
Prof.mr. L.J.J. Rogier

**Overige leden:** Prof.mr. H. de Doelder  
Prof.mr. J.B.S. Hijink  
Prof.dr.mr. H. Nelen

**Copromotor:** Dr. J.G. van Erp

## Voorwoord

De afbeelding van de mobile van Alexander Calder op de omslag van dit boek laat zien hoe lastig het is om de balans te houden. De zwarte bolletjes houden elkaar maar net in evenwicht, ogenschijnlijk in strijd met de zwaartekracht.

Zo moet ook de financiële toezichthouder bij het opleggen van bestuurlijke boetes de balans zien te houden, tussen doelmatigheid, zorgvuldigheid en evenredigheid. Uit mijn onderzoek komt naar voren dat die balans dreigt te worden verstoord. Om het gebruik van de boetebevoegdheid in balans te houden is dan ook transparantie en tegenwicht nodig.

Toezicht en bestuurlijke handhaving is een thema dat mij gedurende mijn gehele loopbaan heeft geboeid. Ik kwam er voor het eerst mee in aanraking als bestuursjurist en later opnieuw als onderzoeker. Ik ben me steeds meer gaan realiseren dat succesvol toezicht en handhaving niet alleen wordt bepaald door de juridische condities, maar ook en misschien nog wel meer door praktische en uitvoeringstechnische. De toepassing van het recht is en blijft tenslotte mensenwerk. Dat geldt ook voor het gebruik van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht. Wat me in het bijzonder fascineert is de inherente spanning tussen doelmatigheid en rechtmatigheid bij bestuurlijke handhaving, meer in het algemeen de spanning tussen de instrumentele en de waarborgfunctie van het bestuursrecht. Hoe kan daarbinnen de balans worden gehouden?

In dit onderzoek komt een aantal losse lijnen uit mijn levensloop niet geheel toevallig bijeen. Mijn onderzoeksbelangstelling werd gewekt tijdens mijn rechtenstudie, onder meer tijdens de werkgroepen verzorgd aan het Willem Pompe Instituut door Henk van de Bunt over het handhavingsbeleid van het Openbaar Ministerie. Maar toen wist ik daar nog niet goed vorm aan te geven en vond ik mijn weg als bestuursjurist. Later werd mijn interesse weer gewekt doordat ik in aanraking kwam met Lodewijk Rogier en Arthur Hartmann, verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Wij deden samen verkennend onderzoek naar de bestuurlijke handhaving van de openbare orde in de ons omringende landen. Judith van Erp leerde ik kennen in de praktijk van het beleidsonderzoek. Ik trad in haar voetsporen bij B&A in het kader van onderzoek naar verkeershandhaving, toen zij overstapte naar de Erasmus Universiteit. Nog weer later was het Arthur die mij attendeerde op het onderzoeksprogramma van Henk en Judith, toen ik hem eens vertelde van mijn interesse in meer fundamenteel onderzoek. Toen ik me door mijn afnemend gezichtsvermogen op een gegeven moment afvroeg wat ik nog bereikt zou willen hebben voor het geval dat het echt mis zou gaan, heb ik de stap gewaagd.

Ik heb daar geen spijt van. Het was een verrijkend traject, in persoonlijk en intellectueel opzicht. Tegelijkertijd was het niet altijd even gemakkelijk voor Petra, Joost en Maarten. Ik liet hen weinig keuze en zij moesten zich telkens aan mij aanpassen. Ik prijs me dan ook gelukkig met hun geduld en bereidheid tot inschikken. Hoe maak ik dat goed? Een ding is zeker: op naar Noord-Italië en Zuid-Engeland! Met liefde!

Het geeft een bijzonder gevoel dat degenen met wie ik eerder zulke interessante ontmoetingen had, weer zo'n belangrijke rol hebben gespeeld bij mijn promotieonderzoek. Henk, Lodewijk en Judith, dank voor jullie professionele en stimulerende begeleiding. Ik zag altijd een beetje op tegen de bespreking van een hoofdstuk, maar ging na afloop steeds weer gesterkt op pad. ik hoop dat onze paden nog vaak zullen kruisen. Ook de leden van de promotiecommissie, Hans Nelen, Hans de Doelder en Steven Hijink dank ik hartelijk voor de beoordeling van mijn manuscript.

Langs deze weg dank ik ook de professionals die de tijd hebben willen nemen mij te woord te staan tijdens mijn veldwerk. Zij boden mij vanuit verschillende invalshoeken inzage in de boetepraktijk en stelden mij in staat na te gaan of ik op de goede weg zat. In het bijzonder bedank ik mijn contactpersonen bij DNB, Hanny Hiemstra-Van der Linde en de AFM, Hans van Es. Zij hebben mij wegwijs gemaakt binnen hun organisatie, de nodige documentatie ter beschikking gesteld en in contact gebracht met hun collega's.

Mijn collega's van het Verwey-Jonker Instituut, in het bijzonder Freek de Meere die ook oog had voor het belang van een promotieonderzoek, ben ik zeer erkentelijk voor de gelegenheid die zij mij hebben geboden dit onderzoek te doen naast mijn reguliere onderzoekswerk.

Speciale dank gaat uit naar mijn vader Tjaart, voor zijn niet aflatende immateriële en materiële steun, onder meer in de vorm van heerlijke lunches als ik weer eens in Zeist was om lekker door te werken. Ik bewaar daar goede herinneringen aan. Verdrietig dat mijn moeder Aleid dit niet meer heeft kunnen meemaken, ik had dit boek haar graag gepresenteerd. Verder prijs ik me gelukkig met mijn familie en vrienden die al die jaren belangstellend bleven informeren naar de voortgang van mijn werk.

Petra, Edwin Mac Gillavry en Roy Geurs hebben een wezenlijke rol gespeeld bij de afronding van mijn proefschrift. Zij leverden commentaar op het slothoofdstuk en stelden mij daarmee in staat me te ontworstelen aan mijn data en een conclusie te formuleren. Wat had ik nu gevonden en wat vond ik daar zelf van? Het was alsof ik na een enorme bergbeklimming eindelijk op de top stond en alles overzag. Dat was een geweldige gewaarwording. Ik ben blij dat ik op hun steun kan rekenen bij de voorbereiding van mijn verdediging.

Utrecht, februari 2015





## Afkortingen

AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BGfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
Bta	Besluit toezicht accountantskantoren
Bte	Besluit toezicht effectenverkeer
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CPB	Centraal Planbureau
CRD	<i>Capital Requirements Directive</i>
DNB	De Nederlandsche Bank
DSB	Dirk Scheringa Bank
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FIOD-ECD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst-Economische Controledienst
FP	Functioneel Parket
GHF	Gedragcode Hypothecaire Financieringen
IMF	Internationaal Monetair Fonds
Jo	Juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
MiFID	<i>Markets in Financial Instruments Directive</i>
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
Nrge	Nadere regeling gedragstoezicht effectenverkeer
NTO	Nederlandse Thuiswinkelorganisatie
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
LJN	Landelijk jurisprudentienummer
OM	Openbaar Ministerie
OPTA	Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit
PVK	Pensioen- en Verzekeringskamer
Pw	Pensioenwet
Rb	Rechtbank
Rib	Reglement integrale bedrijfsvoering
r.o.	rechtsoverweging
Stb	Staatsblad
Stcrt	Staatscourant
STE	Stichting Toezicht Effectenverkeer

TPO	Tripartiete overleg tussen de AFM, DNB en de Belastingdienst/ FIOD-ECD
Vzr	Voorzieningenrechter
VFN	Vereniging van Financieringsondernemingen in Nederland
WAHV	Wet Administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften
Wbft	Wet bekostiging financieel toezicht
Wbpf	Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds
WED	Wet op de Economische Delicten
Wet IDBB	Wet tot invoering van de last onder dwangsom en bestuurlijke boete in de financiële wetgeving
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
Wfbb	Wet financiële betrekkingen buitenland
Wfd	Wet financiële dienstverlening
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wgtk	Wet inzake de geldtransactiekantoren
Wmz	Wet melding medezeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Veiligheid en Justitie
Wta	Wet toezicht accountantskantoren
Wte	Wet toezicht effectenverkeer
Wtb	Wet toezicht beleggingsinstellingen
Wtk	Wet toezicht kredietwezen
Wtn	Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf
Wtt	Wet toezicht trustkantoren
Wtv	Wet toezicht verzekeringsbedrijf
Wvb	Wet verplichte beroepspensioenregeling
WvSr	Wetboek van Strafrecht
Wwft	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
ZBO	Zelfstandig bestuursorgaan

## Inhoudsopgave

<b>Voorwoord</b>	<b>5</b>
<b>Afkortingen</b>	<b>9</b>
<b>1. Inleiding</b>	<b>15</b>
1.1 De aanleiding tot een onderzoek naar de bestuurlijke boetepraktijk	17
1.2 De maatschappelijke context	22
1.3 Het algemeen juridisch kader	30
1.4 Probleemstelling en onderzoeksvragen	33
1.5 Afbakening van het onderzoek	35
1.6 Opzet en uitvoering van het onderzoek	36
1.7 Leeswijzer	41
<b>2. De introductie van de bestuurlijke boete: kansen en risico's</b>	<b>43</b>
2.1 Inleiding	43
2.2 De normatieve benadering	44
2.2.1 Bestuursrechtelijke handhaving staat voorop	44
2.2.2 De kwaliteit van de besluitvorming en rechtsbescherming	54
2.3 De instrumentele benadering	62
2.3.1 Een alternatief voor het strafrecht	63
2.3.2 De beoogde doelmatigheidseffecten	68
2.4 Strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving?	72
2.4.1 Criteria uit de beleidsstukken	73
2.4.2 Criteria uit de rechtswetenschappelijke literatuur	86
2.5 Grenzen aan de groei?	92
2.6 Tot besluit: een referentiekader	98
<b>3. De bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht</b>	<b>101</b>
3.1 Inleiding	101
3.2 Kenschets financieel toezicht	101
3.3 De introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht	107
3.3.1 Verbetering doelmatigheid handhaving	109
3.3.2 Onwenselijke neveneffecten	114
3.4 De boetesystematiek in de Wet IDBB	116
3.4.1 Een vast boetesysteem	116
3.4.2 Wettelijke en organisatorische waarborgen	119
3.5 De eerste ervaringen met de Wet IDBB	124

3.6 De verdere ontwikkeling van de boetesystematiek in de financieel toezichtwetgeving	128
3.6.1 Een nieuw, flexibel boetestelsel	128
3.6.2 Het bepalen van de hoogte van de boete	137
3.7 Bijzondere aspecten van de Wet op het financieel toezicht	139
3.7.1 Het gebruik van open normen	139
3.7.2 De openbaarmakingsregeling	141
3.8 Samenvatting en tussenconclusie	145
<b>4. De boetepraktijk van de AFM</b>	<b>147</b>
4.1 Inleiding	147
4.2 Het gebruik van de boetebevoegdheid	147
4.2.1 De boetes in vogelvlucht	148
4.2.2 De boetes onder de loep	159
4.3 Het besluit tot het opleggen van de boete	169
4.3.1 De ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding	171
4.3.2 De verwijtbaarheid van overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners	179
4.3.3 De beginselen van behoorlijk bestuur	191
4.3.4 De belangenafweging nader beschouwd	196
4.3.5 De rechterlijke toetsing van het besluit om een boete op te leggen	199
4.4 Het bepalen van de hoogte van de boete	201
4.4.1 De ernst	202
4.4.2 De verwijtbaarheid	206
4.4.3 De draagkracht	210
4.4.4 De maximale hoogte van de boete: het effect van de Boetewet	212
4.4.5 De belangenafweging nader beschouwd	214
4.4.6 De rechterlijke toetsing van de hoogte van de boete	218
4.5 De openbaarmaking van de boetebesluiten	219
4.5.1 Overwegingen tot openbaarmaking	220
4.5.2 Het tegen de openbaarmaking gevoerde verweer	221
4.5.3 De belangenafweging	225
4.5.4 Kritiek op de belangenafweging	227
4.5.5 Rechterlijke toetsing van de openbaarmaking	229
4.6 Samenvatting en tussenconclusie	232
<b>5. De boetepraktijk van DNB</b>	<b>236</b>
5.1 Inleiding	236
5.2 Het gebruik van de boetebevoegdheid	237
5.2.1 De boetes in vogelvlucht	237
5.2.2 De boetes onder de loep	243

5.3 Het opleggen van de boete	255
5.3.1 De ernst van de overtreding	255
5.3.2 De verwijtbaarheid van de overtreding	258
5.3.3 De subsidiariteit en proportionaliteit	263
5.3.4 De belangenafweging nader beschouwd	264
5.3.5 De rechterlijke toetsing van het besluit om een boete op te leggen	268
5.4 Het bepalen van de hoogte van de boete	269
5.4.1 De ernst	270
5.4.2 De verwijtbaarheid	271
5.4.3 De draagkracht	272
5.4.4 De belangenafweging nader beschouwd	275
5.4.5 De rechterlijke toetsing van de hoogte van de boete	277
5.5. De openbaarmaking van de boetebesluiten	278
5.6 Samenvatting en tussenconclusie	280
<b>6. Analyse en conclusie</b>	<b>284</b>
6.1 De bestuurlijke boete: doelmatig en evenwichtig?	284
6.2 Vraagstelling onderzoek	287
6.3 De boetepraktijk van de financiële toezichthouders	289
6.3.1 De verwachtingen van en kritiek op de bestuurlijke boete	289
6.3.2 Organisatorische waarborgen: scheiding onderzoek en beoordeling	294
6.3.3 De bestuurlijke boete in handen van de AFM en DNB	295
6.3.4 De belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen	298
6.3.5 Het bepalen van de hoogte van de boete	301
6.3.6 Het openbaar maken van het boetebesluit	302
6.4 Reflectie: boeten met beleid?	303
6.5 Consequenties voor de boetepraktijk	311
<b>Geraadpleegde publicaties</b>	<b>315</b>
<b>Summary</b>	<b>339</b>
<b>Bijlagen:</b>	
1. Overzicht respondenten	353
2. Gespreksleidraad vraaggesprekken	354
3. Overzicht boetebesluiten AFM	355
4. Overzicht boetebesluiten DNB	375
5. Boetebesluiten andere markttoezichthouders	380
<b>Curriculum vitae</b>	<b>379</b>



## 1. Inleiding

*Quis custodiet ipsos custodes?*<sup>1</sup>

*Boete financiële dienstverlener Mr Credit BV*<sup>2</sup>

In 2008 kondigt de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een onderzoek aan bij financiële dienstverlener Mr Credit. De AFM vraagt om een overzicht van alle afgesloten beleggingsverzekeringen evenals de bijbehorende cliëntdossiers. De AFM onderzoekt de betreffende dossiers en spreekt met de directeur/beleidsbepaler. Vanwege de samenhang van de afgesloten verzekeringen met een hypotheek of consumptief krediet worden ook die dossiers onderzocht. De medewerkers van de AFM stellen vervolgens vast dat de beleggingsverzekeringen zijn afgesloten zonder dat Mr Credit voldoende cliëntinformatie zou hebben ingewonnen. Zo zou er in de verschillende gevallen onvoldoende, feitelijke informatie zijn ingewonnen over de financiële positie van de cliënt (bijvoorbeeld zijn bestaande schuldenpositie, concreet loopbaanperspectief en inkomensontwikkeling), zijn kennis en ervaring (over alternatieve financiële producten), financiële doelstellingen (aflossing krediet of aanvulling pensioen) en risicobereidheid (conservatief of risicovol). In het verlengde daarvan zou Mr Credit bij zijn uiteindelijke advies onvoldoende rekening hebben gehouden met de ingewonnen cliëntinformatie. De Wet op het financieel toezicht schrijft immers voor dat als een financiële onderneming een consument/cliënt adviseert, het informatie dient in te winnen omtrent diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid. Vervolgens dient het advies mede te zijn gebaseerd op de ingewonnen informatie. Eén en ander moet blijken uit het dossier. Dit in het belang van de consument/cliënt; de financiële onderneming dient hem passend te adviseren. De AFM legt in 2010 dan ook aan Mr Credit een boete op van € 6.000,-, omdat het artikel 4:23, eerste lid onder a en b, van de Wet op het financieel toezicht heeft overtreden.

*Boete trustkantoor X*<sup>3</sup>

In 2008 brengt De Nederlandsche Bank (DNB) een bezoek aan trustkantoor X. Een trustkantoor voert het beheer en bestuur over buitenlandse vennootschap-

---

<sup>1</sup> 'Wie bewaakt de bewakers?' Juvenalis, *Satires* (VI, r. 347-348).

<sup>2</sup> Bron: website AFM. De naam en organisatie van de overtreder staat in de door de AFM openbaar gemaakte boetebesluiten.

<sup>3</sup> Dit voorbeeld is ontleend aan een door DNB geanonimiseerd voor dit onderzoek ter beschikking gesteld boetebesluit. Zie verder de onderzoeksverantwoording in paragraaf 1.6. De precieze hoogte van de boete is onbekend omdat DNB de voor het vaststellen van de hoogte van de boete noodzakelijke omzettingfactor in het boetebesluit heeft weggelakt. Om toch een indruk te krijgen: het boetetarief voor dit type overtredingen bedraagt € 5.445,-.

pen en andere rechtspersonen die zich hier te lande hebben gevestigd, veelal om fiscaal-juridische redenen. De medewerkers van DNB voeren gesprekken met de directieleden en zien de cliëntdossiers in. Zij constateren vervolgens dat X niet zou beschikken over het vereiste inzicht in de herkomst en bestemming van de financiële middelen van één van haar cliënten en dat X, mede daardoor, de integriteitsrisico's die verbonden kunnen zijn aan transacties voor haar cliënten onvoldoende zou hebben beoordeeld. Zo zouden in de cliëntdossiers van X de onderliggende stukken behorend bij diverse transacties ontbreken en zou niet uit dossiers kunnen worden opgemaakt of en hoe de eventuele integriteitsrisico's waren geanalyseerd en beoordeeld. Het is al het vijfde toezichtbezoek van DNB aan X. In de voorgaande jaren had DNB ook al ernstige tekortkomingen geconstateerd in de cliëntacceptatiedossiers van X en dat het kantoor zich onvoldoende had verdiept in de relevante integriteitsrisico's. De Wet toezicht trustkantoren schrijft immers voor dat de bedrijfsvoering van een trustkantoor zodanig is ingericht dat het, op basis van relevante gegevens, goed op de hoogte is van de geldstromen binnen de doelvennootschappen waarvoor zij diensten verleent en dat het de integriteitsrisico's die daarmee samenhangen systematisch analyseert en beoordeelt. Dit moet blijken uit het cliëntdossier. De bedrijfsvoering van trustkantoren moet op orde zijn, zodat tijdig kan worden voorkomen dat het financiële stelsel zou worden misbruikt voor criminele doeleinden, bijvoorbeeld door witwassen. DNB legt in 2008 dan ook aan X een boete op omdat het artikel 10 van de Wet toezicht trustkantoren juncto 13,2 van het Reglement integere bedrijfsvoering heeft overtreden.

Dit zijn twee typische voorbeelden van bestuurlijke boetes die zijn opgelegd door de AFM en DNB in het kader van het financieel toezicht. Ze staan symbool voor de boetepraktijk van de AFM en DNB. Zo ligt het accent bij de AFM op de naleving van de zorgplicht voor financiële dienstverleners ten opzichte van hun cliënten en op de voorschriften voor verantwoorde kredietverlening. Bij DNB ligt het accent op het bewaken van de toegang tot de markt en het bevorderen van een integere bedrijfsvoering van onder meer trustkantoren.

De bestuurlijke boete kan door een bestuursorgaan worden opgelegd ter bestraffing van een overtreding, zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter.<sup>4</sup> Het omvat de verplichting tot het betalen van een geldbedrag aan dit bestuursorgaan. De bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht heeft sinds 2000 een hoge vlucht genomen. Het heeft zich een vaste plaats verworven in het pakket aan handhavingsbevoegdheden waarover de financiële toezicht-

---

<sup>4</sup> Tegen het besluit waarbij de boete wordt opgelegd is wel beroep bij de rechter mogelijk, na bezwaar.



houders (AFM en DNB) beschikken.<sup>5</sup> Maar ook in bredere zin is de bestuurlijke boete een vast onderdeel geworden van de bestuurlijke handhavingspraktijk. Zo is de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen inmiddels in maar liefst tachtig tot honderd wetten opgenomen.<sup>6</sup> Tegelijkertijd is er nog maar weinig bekend over de werking van de bestuurlijke boete in de praktijk. Hoe heeft de bestuurlijke boetepraktijk zich ontwikkeld? Hoe wordt de boetebevoegdheid toegepast door de toezichthouder? Van de bestuurlijke boete werd de nodige doelmatigheidswinst verwacht, maar tegelijkertijd was er ook kritiek op de wijze waarop de boete zou worden toegepast evenals de geboden rechtsbescherming.

In hoeverre zijn die verwachtingen en kritiek uitgekomen? De bestuurlijke boetepraktijk in het kader van het financieel toezicht staat centraal in dit onderzoek. In het bijzonder de wijze waarop de toezichthouder tot zijn besluit komt om een boete op te leggen en de hoogte ervan te bepalen.

In dit hoofdstuk schets ik de aanleiding tot mijn onderzoek, belicht ik de context waarbinnen de bestuurlijke boete tot wasdom kwam en zet ik de opzet en uitvoering van mijn onderzoek uiteen.

## **1.1 De aanleiding tot een onderzoek naar de bestuurlijke boetepraktijk**

### *De bestuurlijke boete als antwoord op het 'handhavingstekort'*

De bestuurlijke boete was het beleidsmatig antwoord op het zogenoemde 'handhavingstekort' ten aanzien van de sociaaleconomische ordeningswetgeving, zoals dat begin jaren negentig van de vorige eeuw werd ervaren. Tegen overtredingen van dit type regelgeving, waartoe ook het financieel toezicht kan worden gerekend, zou toen onvoldoende worden opgetreden. Dit verschijnsel werd in de beleidsstukken dan ook als een groot probleem aangemerkt.<sup>7</sup> Hoe

---

<sup>5</sup> De mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in het kader van het financieel toezicht bestaat sinds 2000 op basis van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (*Stb.* 1999, 509). Daarnaast beschikken de financiële toezichthouders over de bevoegdheid om onder meer een aanwijzing te geven, een last onder dwangsom op te leggen, een waarschuwing te publiceren, de rechtbank te verzoeken een noodregeling uit te spreken, een curator aan te wijzen en de vergunningvoorwaarden te wijzigen of die in te trekken.

<sup>6</sup> Bröring, e.a. tellen per 1 januari 2011 ruim tachtig wetten (2012, p. 2). Aalbers telt er in haar recente preadvies voor de VAR ruim honderd (2014, p. 9).

<sup>7</sup> Dat zijn de nota's *Recht in beweging (Kamerstukken II, 1989/90, 21 829, 2, p. 7 en 18)*, *Met vaste hand (Kamerstukken II, 1990/91, 22 045, 2, p. 7 en 8)*, het rapport *Rechtshandhaving van*

groot het handhavingstekort nu precies was werd in het midden gelaten, maar in de ogen van de beleidsmakers was wel duidelijk dat het afbreuk deed aan het gezag van de overheid en de bereidheid tot naleving van regels. Er werd in dit verband zelfs gerept van 'een sluipend proces van rechtsinflatie'.<sup>8</sup>

De klassieke handhavingsstrategie, de inzet van het strafrecht, bleek gaandeweg steeds minder passend om op te treden tegen overtredingen van het sociaaleconomisch ordeningsrecht.<sup>9</sup> Strafrechtelijke handhaving was immers vrij arbeidsintensief, tijdrovend en kostbaar. Terwijl het in het sociaaleconomisch ordeningsrecht juist veelal ging om veelvoorkomende en relatief lichte overtredingen. Daarnaast was het strafrechtelijk handhavingsapparaat in de loop der tijd al flink overbelast geraakt. In de beleidsstukken klonk dan ook steeds sterker de wens door dat het strafrecht gereserveerd zou moeten blijven voor ernstige normschendingen: de zogenoemde *ultimum remedium*-gedachte (Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, 1994, p. 7). Deze gedachte onderstreepte dus de noodzaak tot het vinden van een geschikt alternatief.

De *ultimum remedium*-gedachte leek op het eerste gezicht een overtuigend argument in het debat over de invoering van de bestuurlijke boete. Het heeft dan ook lang doorgeklonken in de debatten over de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Bij nader inzien was het toch vooral een 'quasi-principieel' argument, dat aanvankelijk vooral werd gebruikt om de invoering van de bestuurlijke boete van een enigszins normatieve rechtvaardiging te voorzien.

Uiteindelijk gaven doelmatigheidsoverwegingen de doorslag. Daarnaast heeft het argument sterk aan zeggingskracht verloren door de voorname rol die het strafrecht is gaan spelen in de hedendaagse veiligheidscultuur. In het volgende hoofdstuk kom ik hierop terug.

Een andere factor die een rol heeft gespeeld bij de opkomst van de bestuurlijke boete was dat de strafrechtelijke handhaving van het sociaaleconomisch ordeningsrecht in die tijd ook niet bijzonder urgent en gewild was bij het toch al overvraagde Openbaar Ministerie. Dit hing samen met het bijzondere karakter van deze voorschriften. Die hadden, althans in die tijd, een veel minder sterke normatieve lading dan klassiek strafrechtelijke voorschriften. Wladimiroff (1990,

---

de WRR, 1988, p. 21 en 62 en het rapport van de commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving (de cie Korthals Altes), 1995, p. 9 en 101.

<sup>8</sup> In de nota Recht in beweging (*Kamerstukken II*, 1989/90, 21 829, 2, p. 18).

<sup>9</sup> Zo waren (en zijn) veel overtredingen van het sociaaleconomisch ordeningsrecht strafbaar gesteld in de WED.

p. 185-186) typeerde ze destijds als specialistisch, technisch en kleurloos.<sup>10</sup> Overtredingen van dit type voorschriften liep volgens hem minder snel in de gaten. Dit ligt tegenwoordig wel anders. Zo zijn de schadelijke gevolgen van overtreding van bijvoorbeeld milieu- en gezondheidsvoorschriften, maar ook van voorschriften in het kader van het financieel toezicht, veel duidelijker zichtbaar en wordt overtreding daarvan ook veel zwaarder opgevat.

Tegelijkertijd bleken de beschikbare bestuursrechtelijke bevoegdheden ook niet altijd toereikend.<sup>11</sup> Zo zijn de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang als reparatoire sancties minder geschikt als de overtreding niet meer ongedaan kan worden gemaakt. Bovendien was destijds in de financieel toezichtwetgeving ook nog niet de bevoegdheid opgenomen om een last onder dwangsom op te leggen. Restte slechts het wijzigen van de vergunningvoorwaarden of het intrekken van een verleende vergunning, maar dat werd vaak als een te zware sanctie ervaren (De Vries, 2004, p. 151).

Als spiegelbeeld van het principiële argument dat het strafrecht moest worden beschouwd als *ultimum remedium*, werd in eerdergenoemde beleidsstukken aangevoerd dat de bestuurlijke boete het bestuur in staat zou moeten stellen nadrukkelijker zijn verantwoordelijkheid te nemen voor de rechtshandhaving. Het ontwerp van regelgeving, uitvoering en handhaving zou dan in één bestuurlijke hand komen te liggen, waardoor het bestuur beter in staat zou zijn de regie te voeren. De bestuurlijke boete werd aldus gepresenteerd als de ontbrekende schakel in de bestuurlijke handavingsketen. Daarnaast zou de handhaving van het specialistische sociaaleconomische ordeningsrecht ook veel beter in handen kunnen worden gelegd van hoogwaardige, gespecialiseerde toezichthouders.

#### *Hoge verwachtingen: doelmatigheidswinst*

Zo doende vormde de bestuurlijke boete voor beleidsmakers een aantrekkelijk alternatief, ook voor het financieel toezicht. Of in de woorden van De Vries (2005, p. 2 en 17): 'de bestuurlijke boete werd het nieuwe toverwoord in de

---

<sup>10</sup> Wladimiroff kenschetst deze voorschriften treffend als directief, in plaats van normatief: de voorschriften bevatten vooral geboden in plaats van verboden. Met andere woorden: ze modificeren het gedrag van rechtssubjecten, meer dan een algemene norm te codificeren (1990, p. 185-186). De Lange meent echter dat het gebruik van het begrip ordeningsrecht ten onrechte het zicht ontnemt op het feit dat daar collectieve rechtsgoederen achter schuil gaan, waarvan schending wel degelijk ernstig kan zijn (2004, p. 180-181).

<sup>11</sup> In het bestuursrecht kon men over het algemeen alleen een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang opleggen, de vergunningvoorwaarden wijzigen of die intrekken. Alleen op basis van het strafrecht kon men punitief optreden. Zo ook Rikmenspoel (1994, p. 323) en Verheij (1999, p. 21).

handhaving'. De aantrekkingskracht van de bestuurlijke boete was vooral gelegen in het 'lik op stuk'-karakter van de boete. De boete kan als een punitieve sanctie door een bestuursorgaan worden opgelegd zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. De overtreder moet daartoe zelf het initiatief nemen, nadat hij het boetebesluit heeft ontvangen. Stelt hij geen bezwaar en/of beroep in, dan wordt de boete onherroepelijk en kan die worden geïnd (Michiels, 1994, p. 6; Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 1002-1004; Van Wijk/Konijnbelt & Van Male, 2011, p. 468). Kortom, de bestuurlijke boete werd als veel doelmatiger beschouwd, in vergelijking met eerdergenoemde strafrechtelijke handhaving.<sup>12</sup>

Of dat ook echt het geval zou zijn, moest overigens nog wel blijken. Het is opmerkelijk dat de voortvarende invoering van de bestuurlijke boete rond de eeuwwisseling niet of nauwelijks is gebaseerd op uitgebreid empirisch onderzoek naar ervaringen en effecten in de praktijk (Sandee, 2009).<sup>13</sup> De bestuurlijke boete leek door beleidsmakers en toezichhouders vrijwel direct te worden omarmd als een onmisbaar middel om de doelmatigheid van de handhaving te versterken en het handhavingstekort terug te dringen.<sup>14</sup> In hoeverre is de bestuurlijke boete werkelijk doelmatiger gebleken?

#### *Kritische kanttekeningen: afbreuk aan zorgvuldigheid en evenredigheid*

Aanvankelijk werd in de rechtswetenschappelijke literatuur forse kritiek geuit op de voorgenomen invoering van de bestuurlijke boete (Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 1005). Een prominent criticus is Corstens, die de mening is toegedaan dat de bestuurlijke boetebevoegdheid niet zonder meer aan het bestuur zou kunnen worden toevertrouwd (1995, 2000 en 2001).<sup>15</sup> De bestuurlijke handha-

---

<sup>12</sup> De bestuurlijke boete wordt in veel publicaties geduid als het doelmatige alternatief voor het strafrecht, waaronder Albers (2002 en 2006), Albers en Schlössels (2002), Berghuis (2005), Den Houdijker (2006), Kwakman (2006), Schlössels en Zijlstra (2010) en Stijnen (2012).

<sup>13</sup> Eén van de weinige empirische onderzoeken is dat van de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (de commissie Michiels), Handhaven op Niveau (1998) en het evaluatieonderzoek naar de WAHV van Onneweer (1997).

<sup>14</sup> Uit onderzoek kwam al wel naar voren dat rekening moest worden gehouden met een zwaardere werklust voor het bestuur en vooral de bestuursrechter (Van Erp & Van Ewijk, 2005, p. 101). Een latere vergelijking tussen de bestuurlijke boete en de OM-strafbeschikking lijkt uit te wijzen dat de bestuursrechtelijke variant bewerkelijker is, bijvoorbeeld waar het gaat om het horen en de motivering van de beschikking (Jurgens, 2007, p. 59; Bröring & Jurgens, 2006, p. 347-348).

<sup>15</sup> Daarnaast uitten onder meer ook Michiels (1994 en 1999), Albers (2002 en 2006), Mevis (2004 en 2005) en Kwakman (2006) principiële bezwaren. Kort gezegd houden die in dat de boetebevoegdheid thuis hoort in het strafrecht, dat een betere rechtsbescherming zou bieden. Die bezwaren komen in hoofdstuk 2 aan de orde. Er waren echter ook relativerende geluiden

ving zou volgens hem niet aan dezelfde kwaliteitsstandaard en waarborgen voldoen als die van de strafrechtspleging.

In het bijzonder zou volgens hem het bestuur niet staan in een, wat hij noemt, '...traditie van zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging...', zoals de strafrechter dat wel pleegt te doen (1995, p. 18). Verder wees hij op een onwenselijke concentratie van bevoegdheden doordat normstelling, uitvoering en handhaving bij één organisatie wordt ondergebracht. Dit zou afbreuk doen aan een, in zijn ogen voor de handhaving noodzakelijke, vertrouwensrelatie tussen bestuursorgaan en onder toezicht gestelde. Ook hechtte hij meer waarde aan het openbare strafproces, dat in zijn ogen meer transparant en beter controleerbaar zou zijn en sterkere preventieve werking zou hebben. Later is er door andere critici nog de noodklok geluid over de (wild)groei van de bestuurlijke boete; die zou leiden tot een onoverzichtelijk en moeilijk kenbaar sanctiestelsel.<sup>16</sup>

Meer in het bijzonder werd, ten aanzien van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht, de kritiek geventileerd dat die zou leiden tot een vreemding tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde. De verhouding tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde zou uit balans raken door het opleggen van hoge boetes, waartegen de onder toezicht gestelde zich maar moeilijk zou kunnen verweren, aldus de critici. Doorenbos spreekt in dit verband zelfs over het ontstaan van een 'grimmiger en ongelijkwaardiger toezichtpraktijk' (2000, p. 8-11). Immers, juist in het kader van het financieel toezicht werd een goede werkverhouding tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde gezien als een belangrijke voorwaarde om effectief toezicht te kunnen uitoefenen. Verder was er kritiek op de (geringe) flexibiliteit van het boetestelsel: hoe moet de hoogte van de boete worden vastgesteld en welke factoren wegen daarbij mee?<sup>17</sup>

De kritiek op de bestuurlijke boete is na verloop van tijd geluwd. Was dat omdat die aan het begin van deze eeuw achterhaald bleek of werd er gewoonweg minder gewicht aan toegekend, gelet op de beoogde voordelen? Het fundamentele karakter van de kritiek roept nieuwsgierigheid op naar wat daarvan uiteindelijk is uitgekomen.

---

hoorbaar en (gedeeltelijke) voorstanders, zoals Bröring en Jurgens (2006), Michiels (1994, 1995 en 1999) en Van Buuren (1995). Die komen ook in dat hoofdstuk aan de orde.

<sup>16</sup> Zoals onder meer door Mevis (2005), Hartmann (2005), Bröring en Jurgens (2006), Kwakman (2006), Jasiak en Grimbergen (2011) en Stijnen (2011). Ik kom hierop terug in hoofdstuk 2.

<sup>17</sup> Onder meer door De Vries (2004), Jansen (2004), Doorenbos en Doets (2008) en Sluiter, e.a. (2009). Ik kom hierop terug in hoofdstuk 3.

### *Stormachtige opkomst bestuurlijke boete roept vragen op*

De groei en bloei van de bestuurlijke boete is intrigerend. De introductie van de bestuurlijke boete betekende een majeure systeemwijziging in de handhaving van het sociaaleconomisch ordeningsrecht en de bestuurlijke boete werd op grote schaal ingevoerd. Daarbij werd de bestuurlijke boete door voorstanders *geframed* als doelmatig en door tegenstanders als onevenwichtig; zij deden dit echter vooral op basis van theoretische veronderstellingen. Dit roept de vraag op hoe de bestuurlijke boete zich vanaf het begin van deze eeuw in de praktijk heeft ontwikkeld. Er is al wel het nodige onderzoek gedaan naar de mate waarin het financieel toezicht toereikend is en naar het functioneren van de toezichthouders als zodanig.<sup>18</sup> Ook vanuit de rechtswetenschap en -praktijk wordt veelvuldig gereflecteerd op de toepassing van de boetebevoegdheid.<sup>19</sup> Minder is bekend over de bestuurlijke boetepraktijk op basis van empirisch onderzoek.<sup>20</sup> Daarom heb ik gekozen voor de invalshoek van empirisch onderzoek naar het functioneren van de boetepraktijk van de AFM en DNB. Daarbij staan de afwegingen centraal die de financiële toezichthouders maken bij het opleggen van de bestuurlijke boete, in het bijzonder bij de belangenafweging en de straftoemeting. Empirisch onderzoek moet uitwijzen hoe de bestuurlijke boete na verloop van tijd is uitgekristalliseerd. Heeft de boetebevoegdheid zich ontwikkeld in de gewenste richting of is bijsturing noodzakelijk? Is de kritiek van destijds nog relevant en zo ja, welke consequenties moeten daaraan worden verbonden?

Alvorens de onderzoeksvragen nader uit te werken, schets ik eerst de maatschappelijke context waarbinnen de bestuurlijke boete tot bloei kon komen evenals het juridisch kader waarbinnen de bestuurlijke boetebevoegdheid moet worden toegepast.

## **1.2 De maatschappelijke context**

De bestuurlijke boete kwam tot wasdom tegen de achtergrond van een zich verhardend maatschappelijk klimaat, dat in het teken staat van de beheersing van (veiligheids) risico's. Dat vertaalt zich in een maatschappelijke roep om meer

---

<sup>18</sup> Bijvoorbeeld door Van Erp (2009) en De Moor-Van Vugt en Du Perron in 2009 (De bevoegdheden van DNB inzake Icesave), door de Commissie van onderzoek DSB Bank (de commissie Scheltema) in 2010 en tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (de commissie De Wit I en II) in 2010 en 2012.

<sup>19</sup> Onder meer door Affourtit, Albers, Doets, Doorenbos, Van Eersel, Van Emmerik en Saris, Grundmann-Van de Krol, Jansen, Roth en Stijnen. Zie de aangehaalde literatuur in hoofdstuk 2 en 3.

<sup>20</sup> Zie hierover ook Van de Bunt (2007, p. 12) en Van Erp e.a. (2008, p. 87).

toezicht en handhaving, waarbij aan het bestuur en het bestuursrecht een belangrijke rol wordt toebedacht.

#### *De veiligheidscultuur*

In de laatste decennia van de vorige eeuw is de tijdgeest er één waarin het beheersen van risico's en meer in het bijzonder het garanderen van veiligheid steeds belangrijker is geworden (Van der Woude, 2010, p. 5). Dit tijdsbeeld wordt in de literatuur aangeduid als de moderne risicosamenleving (Beck, 1992). Beck omschrijft dit kort gezegd als een samenleving die zich in technologisch opzicht hoogwaardig heeft ontwikkeld en een hoog welvaartsniveau heeft bereikt. Deze vooruitgang heeft tegelijkertijd ook nieuwe risico's met zich meegebracht die moeilijk zijn te doorgronden en te voorspellen en niet of nauwelijks zijn te beheersen, zoals bijvoorbeeld een pandemie of een computervirus. Dit vormt de keerzijde van de moderne samenleving. Waar men in het verleden risico's en ongeluk aanvaardde als iets dat nu eenmaal bij het leven hoorde, is men dat in deze moderne tijd niet meer geneigd te accepteren. Tegenslag en pech lijken niet meer te passen in de moderne samenleving, althans het wordt niet meer als vanzelfsprekend ervaren dat men die risico's zelf zou moeten dragen. De moderne risicosamenleving draait dan ook niet meer om vooruitgang, maar het beheersen van risico's en onzekerheid, op het gebied van veiligheid, gezondheid, technologie of financiën.

Dat betekent dat rampen en crises bij wijze van spreken tegen elke prijs moeten worden voorkomen, waarbij men bijna als vanzelfsprekend naar de overheid kijkt. Want men vertrouwt er niet meer op dat de markt of maatschappelijke instituties deze risico's zullen opvangen. Dit besef leidt tot maatschappelijke onvrede en gevoelens van onzekerheid en onveiligheid (Van der Woude, 2010, p. 5 en 36-42; Van Wingerde, 2012, p. 3-6; Kortleven, 2013, p. 5-7).

In deze context van maatschappelijke onzekerheid en onveiligheid wordt ook criminaliteit sterk geïmpliciteerd. De aanpak van criminaliteit en onveiligheid is een *hot issue* geworden (Garland, 2001). Zo signaleert Garland in de laatste decennia van de vorige eeuw een omslag in het denken over criminaliteit en criminaliteitsbestrijding, die hij mede in verband brengt met eerdergenoemde fundamentele maatschappelijke veranderingen: een *culture of control*. Daarmee doelt hij vooral op de Angelsaksische situatie, maar het beeld, aangeduid als de veiligheidscultuur, wordt ook wel van toepassing geacht op ons land (Van der Woude, 2010, p. 5 en 117-118). De almaar stijgende criminaliteit, in samenhang met de groei van de welvaart, heeft volgens Garland geleid tot een sterkere repressieve, strafrechtelijke aanpak gericht op het (vroegtijdig en groepsgericht) elimineren van risico's en bedreigingen. Zo is het accent in de strafrechtspleging verschoven van resocialisatie naar retributie en naar streng straffen als signaal

naar de samenleving: punitief populisme (Blad, 2012, p. 424, Schuilenburg & Van Swaaningen, 2013, p. 118). Daarnaast wordt het strafrecht groepsgericht en preventief ingezet als instrument tot beheersing van risico's en overlast. In dit verband wordt ook wel gesproken van risicojustitie of risicostrafrecht. Het risicostrafrecht heeft een sterk symbolische functie, omdat het moet demonstreren dat de overheid alles doet om het criminaliteitsvraagstuk in zijn greep te krijgen (Van der Woude, 2010, p. 6-7 en 43-52).

De behoefte aan bescherming tegen risico's en veiligheid wordt nog eens versterkt door een ander element van de heersende tijdgeest, namelijk een sterke drang tot vitaliteit en zelfontplooiing (Boutellier, 2002, p. 2-3). Boutellier beschrijft een samenleving waarin men zich ongehinderd wenst te ontplooiën in een gegarandeerd veilige omgeving. Hij gebruikt daarvoor de metafoer van de *bungee jumper*: die drukt het utopisch verlangen uit naar het samenvallen van maximale vrijheid en optimale bescherming.

Deze ontwikkelingen leiden tot een roep vanuit de samenleving om maatregelen ter beheersing van onzekerheden en veiligheidsrisico's (Spithoven, De Graaf & Boutellier, 2012, p. 51; Van der Woude, 2010, p. 5; Van Wingerde, 2012, p. 6; Kortleven, 2013, p. 5-7). Deze roep is nadrukkelijk gericht tot de overheid, die dergelijke risico's moet zien te beheersen. Een voorbeeld in het kader van het financieel toezicht is de Icesave-affaire uit 2008/2009. Deze IJslandse bank lokte Nederlandse spaarders met een relatief hoog spaartegoed op online spaarrekeningen. Op een gegeven moment was de bank, mede als gevolg van de kredietcrisis, niet meer in staat zijn verplichtingen na te komen. Onder grote maatschappelijke druk heeft de Nederlandse overheid zich uiteindelijk voor particulieren (zij het tot een bepaald maximum) garant gesteld, teneinde de verloren spaartegoeden te compenseren.<sup>21</sup>

De overheid liet de roep om (veiligheids) maatregelen niet onbeantwoord. Dit antwoord werd vooral gezocht in uiteenlopende maatregelen op het gebied van preventie, controle en bestuurlijke handhaving. In het probleemoplossend vermogen van het strafrecht bestaat op dat moment minder vertrouwen (Van de Bunt, 2006, p. 204 en 207). De introductie van de bestuurlijke boete (een punitieve sanctie) als antwoord op het handhavingstekort, kan in het licht van deze ontwikkeling worden geplaatst.

#### *Versterking van het toezicht*

Tegen de achtergrond van deze maatschappelijke context is het aantal toezichthoudende organisaties sinds het einde van de vorige eeuw gestaag gegroeid en

---

<sup>21</sup> Bron: <http://nl.wikipedia.org/wiki/Icesave>.



tot bloei gekomen (Hoogeboom, 2004, p. 4; Van Waarden, 2006, p. 232; Leeuw & Willemsen, 2006, p. 2109-2111; Willemsen, Leeuw & Leeuw, 2008, p. 96-106; Van Wingerde, 2012, p. 5). Deze organisaties houden toezicht op de naleving van voorschriften op uiteenlopende deelterreinen van het sociaaleconomisch orderingsrecht.

De toezichthouders maakten in die tijd een proces van groei en emancipatie door (Willemsen e.a., 2008, p. 96-101). Willemsen e.a. beschrijven, in een overzichtsstudie van de ontwikkeling van het toezicht, een versteviging en intensivering van het toezicht evenals een sterke professionalisering.<sup>22</sup> In het verlengde daarvan signaleren zij een toegenomen interventiemacht en sanctierijkdom bij de toezichthouder. Zo zijn vele uitgerust met de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen, waarvan veelvuldig gebruik wordt gemaakt (Van Erp e.a., 2008, p. 84). De groei van de toezichthouders hangt samen met de roep om meer toezicht naar aanleiding van rampen en incidenten. Zij moeten een bijdrage leveren aan het beheersen van eerdergenoemde risico's en onzekerheden (Hoogeboom, 2004, p. 4 en 9; Van Waarden, 2006, p. 233-234; Willemsen e.a., 2008, p. 109-111; Van Erp e.a., 2008, p. 85-86).<sup>23</sup>

Voor een groep bijzondere toezichthouders, die ook wel marktautoriteiten worden genoemd (waaronder de AFM), kan een aanvullende verklaring voor de groei worden gevonden in de keuze van de overheid voor marktwerking als maatschappelijk orderingsmechanisme (Van der Meulen, 2003, p. 20-22; Van Waarden, 2006, p. 246; Mertens, 2011, p. 54).<sup>24</sup> Marktautoriteiten houden toezicht om de evenwichtige en transparante werking van de markten te garanderen en de consument te ondersteunen om binnen die markten goed geïnformeerde keuzes te maken (Ottow, 2009, p. 6; Mertens, 2001, p. 54 en 2006, p. 17). Ook de marktautoriteiten konden de bestuurlijke boete goed gebruiken als sanctie-instrument om de marktwerking te reguleren en de consument te beschermen. Of zoals Verhey en Verheij schrijven: '...Adam Smith's onzichtbare hand blijkt in de praktijk een zeer zichtbare stok achter de deur nodig te hebben' (2005, p. 141 en 258). Deze verklaring heeft ook een Europese dimensie. Veel van de regelgeving waarop de markttoezichthouders toezien, heeft een Euro-

---

<sup>22</sup> Zij signaleren na verloop van tijd echter ook stabilisatie, bezinning en een (zekere) terugval. Dit als gevolg van toegenomen maatschappelijke kritiek op de groei, kosten en effectiviteit van de toezichthouders. Zo werd in Tweede Kamer gesproken van toezicht als zelfrijzend bakmeel. Hoogeboom spreekt in dit verband van 'controlitus' (2004, p. 4).

<sup>23</sup> Zie ook het WRR-rapport 'Toezien op publieke belangen' (2013, p. 23).

<sup>24</sup> Zie ook het WRR-rapport 'Toezien op publieke belangen' (2013, p. 24-25).

peesrechtelijke oorsprong. In die regelgeving is veelal ook bestuursrechtelijke handhaving voorgeschreven, onder meer door middel van een boete.<sup>25</sup>

Los hiervan worden er ook autonome factoren aangevoerd om de groei van de toezichthouders te verklaren. Bijvoorbeeld de neiging van organisaties om het takenpakket almaar uit te breiden en zichzelf op te tuigen met verdergaande bevoegdheden en zwaardere sancties, waaronder hoge boetes (Willemsen e.a., 2008, p. 109). Immers hoe meer (handhavings)bevoegdheden een toezichthouder tot zijn beschikking heeft, hoe invloedrijker die kan zijn (Berghuis, 2005, p. 31). Als één toezichthouder over een bestuurlijke boete beschikt, kunnen anderen niet achterblijven.

#### *Opwaardering bestuursrecht als alternatieve handhavingsstrategie*

Zoals gezegd, zocht de overheid het antwoord op de roep om beheersing van risico's en onveiligheid onder meer in een intensivering van toezicht en handhaving. Dit gaf een impuls aan de inzet van het (punitieve) bestuursrecht, naast of in plaats van het strafrecht en impliceerde een versterking van de rol van het bestuur (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 63-65; Verhey & Verheij, 2005, p. 253; Rogier, 2007, p. 9).

Zo kreeg het bestuur al eerder een steeds belangrijker rol bij de aanpak van criminaliteit en onveiligheid. De kiem hiervoor werd gelegd in het rapport van de commissie Kleine Criminaliteit (de commissie Roethof) uit 1984 en het daarop gebaseerde beleidsplan Samenleving en Criminaliteit uit 1985.<sup>26</sup> Uit deze rapporten sprak een veranderde visie op de aanpak van criminaliteit en onveiligheid, in antwoord op een stijgende criminaliteit en een achterblijvende strafrechtspleging. Op basis van de inzichten uit deze rapporten werd de aanpak van met name de kleine criminaliteit niet langer beschouwd als de exclusieve aangelegenheid van politie en Openbaar Ministerie, maar werd het ook een taak van het bestuur en de burger. Criminaliteit en onveiligheid moesten voortaan in samenhang of integraal worden aangepakt. Aan het bestuur werd daarbij een preventieve rol toebedacht, bijvoorbeeld door het bevorderen van werk, scholing, zorg en sociale cohesie in de wijk. De rol van het bestuur werd steeds geprooncerder; zo werd na verloop van tijd ook van het bestuur verwacht dat die het voortouw zou nemen bij de integrale aanpak van veiligheidsvraagstukken: de

---

<sup>25</sup> Wat betreft het financieel toezicht is dit bijvoorbeeld het geval in de Verordening Marktmissbruik (Verordening EU 596/2014), de Richtlijn Kapitaalsvereisten (Richtlijn 2013/36/EU) en de Richtlijn MIFID II (Richtlijn 2014/65/EU).

<sup>26</sup> Interimrapport Commissie kleine criminaliteit, 1984. Samenleving en criminaliteit. Een beleidsplan voor de komende jaren. Ministerie van Justitie, 1985 (*Kamerstukken II*, 1984/85, 18 955, 1-2).

burgemeester werd geacht de regie te voeren.<sup>27</sup> Waar de preventieve rol van het bestuur aanvankelijk was beperkt tot lokale criminaliteit en onveiligheid, kreeg het bestuur en daarmee het bestuursrecht een steeds nadrukkelijker bestuurlijk-preventieve rol te vervullen bij de aanpak van zware, georganiseerde misdaad.<sup>28</sup> Daarbij valt te denken aan de aanpak van mensenhandel of hennepcultuur.<sup>29</sup>

Eerdergenoemde ontwikkeling is goed te zien bij de handhaving van de openbare orde en veiligheid, waarbij het bestuur en het bestuursrecht een belangrijke rol is gaan vervullen (Muller e.a., 2007, p. 44-45; Mein, 2010a, p. 67; Hartmann 2011, p. 22-23). In zekere zin zou hier gesproken kunnen worden van risicobestuursrecht, als pendant van het risicostrafrecht (Van der Woude, 2010, p. 6). Zo is in de loop der jaren het pakket aan bevoegdheden van de burgemeester flink uitgebreid en 'opgetuigd' (De Jong, 2004, p. 673; Mein, 2010b, p. 35-38). De burgemeester kan voetbalvandalen bestuurlijk laten ophouden, veiligheidsrisicogebieden aanwijzen ten behoeve van preventief fouilleren en besluiten tot invoering van cameratoezicht.<sup>30</sup> Ook kan hij een woning of een coffeeshop preventief sluiten in verband met drugshandel.<sup>31</sup> Verder kan hij plegers van huiselijk geweld een huisverbod opleggen en notoire lastpakken een langdurig gebieds- of groepsverbod opleggen.<sup>32</sup> Het betreft ingrijpende bevoegdheden, waarmee de grondrechten (bewegingsvrijheid, privacy) van betrokkenen kunnen worden ingeperkt. Verder kan het college van Burgemeester en Wethouders een vergunning weigeren of intrekken, of een subsidie weigeren of intrekken, als het vermoeden bestaat dat die wordt misbruikt voor het plegen van strafbare feiten.<sup>33</sup> In dit kader past ook de toekenning van de bevoegdheid aan de burgemeester en het college van Burgemeester en Wethouders tot het opleggen van een bestuurlijke boete in verband met overlast in de publieke ruimte (de zogenoemde kleine ergernissen), al kan die bevoegdheid niet preventief worden gebruikt.<sup>34</sup> Deze bevoegdheid is in de praktijk nooit gebruikt, omdat de bestuur-

---

<sup>27</sup> Er is zelfs een wetsvoorstel ingediend waarin de regievoering door de burgemeester wordt geformaliseerd. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 459. Dit wetsvoorstel is later weer ingetrokken omdat het bij nader inzien weinig toegevoegde waarde had.

<sup>28</sup> Zie ook Peters (2013) die de ontwikkeling van het denken over preventie beschrijft in het kader van veiligheid.

<sup>29</sup> Vergelijk het programma bestuurlijke aanpak criminaliteit van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid.

<sup>30</sup> Artikel 154a Gemeentewet, respectievelijk, artikel 151b Gemeentewet en artikel 151c Gemeentewet.

<sup>31</sup> Artikel 174a Gemeentewet en artikel 13b Opiumwet.

<sup>32</sup> Artikel 2 Wet tijdelijk huisverbod en artikel 172a Gemeentewet.

<sup>33</sup> Artikel 3 en 6 Wet Bibob.

<sup>34</sup> Artikel 154b Gemeentewet.

lijke strafbeschikking inmiddels een aantrekkelijker alternatief was geworden. Toch lijkt het einde van deze gestage bevoegdheidsuitbreiding nog niet in zicht. De reikwijdte van een aantal van de genoemde bevoegdheden wordt weer verder uitgebreid.<sup>35</sup>

Deze bevoegdheidsuitbreiding van de burgemeester kan (eveneens) worden gezien als antwoord op een handavingsbehoefte (of handavingstekort) waarin het strafrecht onvoldoende kon voorzien. Het strafrecht gold immers als arbeidsintensief, het was overbelast en werd beschouwd als *ultimum remedium*. Het bestuursrecht werd in dit verband juist als doelmatig beschouwd. Bovendien zou het bestuursrecht nog een aantal aanvullende voordelen bieden. Zo kan op basis van een aantal van bovengenoemde bevoegdheden (onder omstandigheden en voorwaarden) preventief worden opgetreden, dat wil zeggen op basis van de vrees voor het ontstaan van mogelijke, ernstige ordeverstoringen (Hartmann, 2011, p. 22). Ook kan op basis van een aantal van bovengenoemde bevoegdheden worden opgetreden tegen groepen ordeverstoringen. Een en ander in tegenstelling tot het strafrecht, waarin doorgaans sprake moet zijn van een concrete en geïndividualiseerde verdenking als voorwaarde voor de toepassing van bevoegdheden (Rogier, 2006, p. 8-10 en 2007, p. 9).<sup>36</sup>

Het gebruik van het bestuursrecht als alternatieve handavingsstrategie past in een tijdsbeeld waarin rationaliteit en doelmatigheid voorop staan. Binnen de overheid wordt bedrijfsmatiger gedacht en gewerkt, onder meer op basis van het

---

<sup>35</sup> Zo is de werkingssfeer van de Wet Bibob uitgebreid (*Stb.* 2013, 205) en zijn er plannen om het cameratoezicht (*Kamerstukken I*, 33 582), preventief fouilleren (*Kamerstukken I*, 33 112) evenals de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (*Kamerstukken II*, 33 882) verder uit te breiden. Tegelijkertijd hebben deze ontwikkelingen ook kritiek ge oogst en weerstand opgeroepen. Zo stelt De Jong (2007, p. 61-62) dat de gestage bevoegdheidsuitbreiding heeft plaatsgevonden zonder enige evaluatieve bezinning op kwaliteit en noodzaak. Ook Rogier (2007, p. 54-55) stelt vraagtekens bij het gebruik van het bestuursrecht voor de aanpak van zware criminaliteit in individuele gevallen. Zelfs in kringen van burgemeesters leeft enige aarzeling. Zo vragen veel burgemeesters zich af of zij niet dreigen te verworden tot een 'hulpsheriff' of 'een Haagse boeman' in plaats van de klassieke burgervader die boven de partijen staat. Sackers stelt in dit verband dat de rol van handhaver niet is te verenigen met die van burgervader, het stelt de vertrouwensrelatie tussen burgemeester en burger onnodig onder druk (2010, p. 38-40).

<sup>36</sup> Hartmann relateert deze bijzondere kenmerken van het bestuursrecht (2011, p. 26-27). Het bestuursrecht onderscheidt zich volgens hem niet langer van het strafrecht doordat het preventief kan worden toegepast. Naar zijn oordeel verdwijnt in de praktijk het verschil tussen deze rechtsgebieden. Ook Van de Woude signaleert dat het strafrecht is opgeschoven naar de 'voorfase' in het kader van de ontwikkeling van risicostrafrecht (2010, p. 32).

gedachtengoed van het *New Public Management*. In deze context wordt het recht primair instrumenteel en pragmatisch benaderd: welke bevoegdheid past het best en werkt het snelst voor de oplossing van een maatschappelijk probleem? De normatieve- of waarborgfunctie van het recht lijkt minder sterk te wegen. Bij de keuze voor de ontwikkeling of inzet van een bevoegdheid staat de doelmatigheid en functionaliteit voorop (Michiels, 1999, p. 63; Stijnen, 2012, p. 5-6).<sup>37</sup>

Deze ontwikkeling wekt wellicht de indruk dat het bestuursrecht het strafrecht zou hebben verdrongen als handhavingsstrategie. Dit is echter schijn, want de strafrechtspleging heeft inmiddels een moderniseringsslag doorgemaakt.<sup>38</sup> Voorbeeld hiervan is de invoering van de Wet OM-afdoening, op basis waarvan veelvoorkomende strafbare feiten buitengerechtelijk kunnen worden afgedaan.<sup>39</sup> Een ander voorbeeld is dat de strafrechter inmiddels ook een gebieds- of contactverbod kan opleggen, tegelijkertijd met of naast een veroordeling voor een strafbaar feit.<sup>40</sup> Eerdergenoemde doelmatigheidsvoordelen van het bestuursrecht lijken door deze modernisering achterhaald, het strafrecht biedt deze nu ook.

Sterker nog, er lijkt zelfs sprake van een naar elkaar toegroeien van de twee handhavingssystemen (Hartmann, 2011, p. 22). De bestuurlijke boete heeft daarbij volgens Hartmann gefungeerd als katalysator. In het bijzonder de bestuurlijke boete en de strafbeschikking hebben de grenzen tussen deze rechtsgebieden doen vervagen. Zo werd de strafbeschikking, voor zover daarbij een geldboete werd opgelegd, ook wel een bestuurlijke boete binnen het strafrecht genoemd (Bröring & Jurgens, 2006, p. 340; Jurgens, 2007, p. 21-22 en 25). Hartmann spreekt in dit verband dan ook van *fuzzy law* (p. 35). Volgens hem zijn er, althans op dit punt, geen duidelijke, dogmatische grenzen meer te trekken tussen het strafrecht en het bestuursrecht.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Net als in het *Crime Control Model* van Packer (1968). Hij plaatst deze functionele benadering van de rechtspleging, met als beeld een lopende band, tegenover het *Due Process Model*, waarbij waarin zorgvuldigheid en een eerlijk proces voorop staan, met als beeld een hindernisbaan.

<sup>38</sup> Volgens Knigge is 'het strafrecht de verkalking voorbij' (2000, p. 95).

<sup>39</sup> *Stb.* 2006, 330.

<sup>40</sup> *Stb.* 2011, 546.

<sup>41</sup> Zie in dit verband ook Tops (Nieuwenhuijsen, 2012). Waar anderen vrezden voor een justitiële politie in het kader van de vorming van de nationale politie, ziet hij juist een tegengestelde ontwikkeling, namelijk een samenvloeien van opsporing en openbare ordehandhaving. Opsporing en openbare orde raken in zijn visie steeds meer verknoopt. Zo speelt het bestuur en het bestuursrecht een steeds belangrijker rol bij de opsporing van criminaliteit op lokaal en boven-

### 1.3 Het algemeen juridisch kader

Zoals gezegd, wordt de rechtvaardiging voor de introductie van de bestuurlijke boete in belangrijke mate gevonden in een doelmatige rechtspleging. Echter, de doelmatigheid vindt zijn tegenhanger in de wettelijke noodzaak om bij het opleggen van een boete de rechtmatigheid en behoorlijkheid in acht te nemen. Dit is des te meer van belang omdat de bestuurlijke boete een bestraffende sanctie is. Daarmee neemt de bestuurlijke boete in het bestuursrecht een bijzondere positie in, dat traditioneel is gericht op ordening en herstel. Aan het opleggen van een bestuurlijke boete worden hoge eisen gesteld. Eerdergenoemde critici vreesden nu juist dat deze waarborgen uit het oog zouden worden verloren.

De financiële toezichthouder is bij het nemen van boetebesluiten gebonden aan het recht. Dat wil zeggen de specifieke financieel toezichtwetgeving, de Algemene wet bestuursrecht en (artikel 6 van) het EVRM met de daarop gebaseerde jurisprudentie.<sup>42</sup> Daarnaast spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel) een rol, die voor een belangrijk deel zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 262-267).

In het onderstaande schets ik het algemeen juridisch kader waarbinnen de toezichthouder zich dient te bewegen bij het opleggen van een boete. In de praktijk blijkt vooral het evenredigheidsbeginsel een belangrijke juridische toetssteen voor de boetepraktijk van de financiële toezichthouders, reden waarom ik stil sta bij de wijze waarop aan dat rechtsbeginsel invulling wordt gegeven en hoe de rechter daaraan toetst.

#### *Het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel*

Bij het opleggen van de bestuurlijke boete en het bepalen van de hoogte daarvan zijn vooral het (materiële) zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel van belang (artikel 3:4, tweede lid, Awb en vooral artikel 5:46 Awb). Het eerste beginsel brengt met zich mee dat de toezichthouder op een zorgvuldige wijze tot zijn besluit dient te komen. Het dient alle relevante belangen op een passende wijze af te wegen (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 323). Het tweede beginsel houdt in dat de toezichthouder een besluit neemt waarvan de gevolgen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 323-324;

---

lokaal niveau. Na de vermaatschappelijking van de basispolitie in de jaren zeventig van de vorige eeuw, signaleert hij nu een vermaatschappelijking van de opsporing.

<sup>42</sup> De financiële toezichtwetgeving komt in de volgende hoofdstukken verder aan de orde.

Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 412). Meer in het bijzonder bij boetebesluiten betekent het evenredigheidsbeginsel dat de hoogte van de boete in overeenstemming moet zijn met de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en de overige omstandigheden van het geval.

De Moor-Van Vugt (1994, p. 206-208) heeft de wegingsfactoren die rol spelen bij bepalen van de hoogte van de boete nader ontleed. Allereerst ziet zij de ernst van de overtreding als doorslaggevende factor. Het gaat hier feitelijk om de mate waarin het achterliggende, algemene belang door de overtreding is geschaad. Een volgende factor die zij onderscheidt is het belang van de overtreder: zijn draagkracht of andere verzachtende omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. In het verlengde hiervan ligt de houding van de overtreder ten aanzien van de overtreding: de mate van verwijtbaarheid, zijn inzicht in zijn eigen gedrag, zijn goede wil voor de toekomst, bijvoorbeeld blijkend uit herstel- of verbetermaatregelen of eventuele recidive. Ook de houding van het bestuursorgaan weegt mee: de mate waarin toezicht is gehouden en de wijze waarop invulling is gegeven aan het handhavingsbeleid.<sup>43</sup>

In de bestuursrechtspraak wordt het evenredigheidsbeginsel ten aanzien van bestuursbesluiten echter vooral toegepast als een algemene toets van het besluit op redelijkheid of willekeur (Gerards, 2010, p. 97-98). In de literatuur wordt echter, mede aan de hand van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ook gesproken van een evenredigheidsbeginsel in ruime zin (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 325 en 341-342; Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 418; Gerards, 2010, p. 73-76). In die interpretatie wordt het evenredigheidsbeginsel ontleed in drie elementen: een toetsing aan de geschiktheid van het besluit om het beoogde doel te bereiken (de passendheid), de noodzakelijkheid (de subsidiariteit) en de proportionaliteit (de evenredigheid in enge zin).<sup>44</sup> Volgens Gerards komt toetsing aan deze 'driedigheidsformule'.

---

<sup>43</sup> Deze factoren spelen niet alleen een rol bij het nemen van individuele besluiten, maar ook bij het ontwerpen van wetgeving en handhavingsbeleid. Zo leiden Bröring e.a. (2012, p. 187-188 en 249) uit een omvangrijke analyse van wettelijke boetestelsels een aantal categorieën van factoren af die van invloed zijn op het vaststellen van de hoogte van de boete. Het betreft de aard van de overtreding: hoe ernstiger de schending het te beschermen rechtsgoed, hoe hoger de boete, de aard van de persoon: een professional of een rechtspersoon wordt doorgaans hoger beboet dan een leek/natuurlijke persoon, het behaalde profijt, herstel van de gevolgen, samenhang met andere sanctiemogelijkheden en recidive: eerdere overtredingen.

<sup>44</sup> Van Emmerik en Saris gebruiken hiervoor de mooie term 'evenwichtigheid' (2014, p. 116). Dit laatste element speelt volgens hen bij uitstek een rol bij het bepalen van de hoogte van bestuurlijke sancties.

le' (het evenredigheidsbeginsel in ruime zin) de motivering en begrijpelijkheid van het rechterlijke oordeel over een besluit ten goede (2010, p. 113).

Tot slot is in dit verband nog van belang het beginsel 'geen straf zonder schuld', zoals neergelegd in artikel 7 EVRM (en artikel 14 Bupo). Er wordt geen boete opgelegd die niet aan de overtreder kan worden verweten (artikel 5:41 Awb).

#### *Rechterlijke toetsing van de bestuurlijke boete*

Als uitgangspunt toetst de bestuursrechter bestuursbesluiten 'afstandelijk' of 'marginaal' aan eerdergenoemde beginselen. Het gaat immers om een bestuurlijke belangenafweging die aan het besluit ten grondslag ligt, ten aanzien waarvan hij in beginsel terughoudendheid dient te betrachten (Pennarts, 2008, p. 126). Bovendien wordt hiermee recht gedaan aan de specifieke expertise van het betreffende bestuursorgaan. Dit ligt echter anders bij bestraffende besluiten, zoals de bestuurlijke boete. Die toetst de rechter 'volledig' of 'indringend' op evenredigheid. Dat wil zeggen dat de bestuursrechter nagaat of (als er sprake is van een overtreding die aan betrokkene kan worden verweten) de hoogte van de boete in overeenstemming is met of evenredig is aan de zwaarte van de overtreding.<sup>45</sup> In het verlengde daarvan kan de bestuursrechter, als die het boetebesluit als onevenredig beoordeelt, zelf een lagere boete opleggen (artikel 8:72a Awb) (Albers, 2006, p. 20-22; den Houdijker, 2006, p. 32; Pennarts, 2008, p. 133; Rogier, 2009, p. 1564-1565; Michiels, 2009, p. 287; De Waard, 2010, p. 484; Van Emmerik & Saris, 2014, p. 121 en 123).

In dit kader dient een onderscheid te worden gemaakt in boetes waarvan de hoogte variabel is en waarvan de hoogte is gefixeerd. In het eerste geval gaat de bestuursrechter, in het kader van eerdergenoemde 'volle' evenredigheidstoetsing, na of de hoogte van de boete overeenstemt met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid aan de overtreder evenals de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd (vgl. artikel 5:46, tweede lid, Awb) (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 441-444; Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 409 en 413-415). In het laatste geval is er op het eerste gezicht minder ruimte voor eerdergenoemde evenredigheidstoetsing, die wordt immers geacht

---

<sup>45</sup> Dit vloeit onder meer voort uit uitspraken van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS, 9 mei 1996, *LJN ZF2153* (Maxis Praxis) en 4 juni 1996, *LJN ZF2229* en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB, 29 april 2004 *LJN AO9910* en *AB 2004*, 317 (Finresult) en 27 juni 2007, *AB 2007*, 279 (Les Amis de France)). Eén en ander in samenhang met artikel 6 EVRM, op basis waarvan de bestuurlijke boete wordt opgevat als een *criminal charge*, wat onder meer met zich meebrengt dat een *full jurisdiction* moet zijn gegarandeerd door een onafhankelijke rechter (vergelijk EHRM, 21 februari 1984, *NJ 1988*, 937 (Öztürk) en 23 september 1998, *NJB 1998*, p. 2084 (Malige)).



al door de wetgever te zijn gemaakt. Men zou met andere woorden kunnen zeggen dat *in abstracto* aan de evenredigheidseis is voldaan (Jansen, 2003, p. 67-66; Pennarts, 2008, p. 134). Voor deze boetes geldt echter wel een anti-hardheidsclausule, waardoor de rechter een dergelijke boete kan matigen, indien betrokkene in het concrete geval aannemelijk weet te maken dat de boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is (vergelijk artikel 5:46, derde lid, Awb).<sup>46</sup>

Onder bijzondere omstandigheden vallen dan bijvoorbeeld omstandigheden waarmee de wetgever geen rekening heeft kunnen houden, zoals bijvoorbeeld de draagkracht van betrokkene. *In concreto* kan immers blijken dat de hoogte van de boete toch niet evenredig is.<sup>47</sup> In de praktijk blijkt de bestuursrechter deze matigingsbevoegdheid ruim uit te leggen, geïnspireerd door artikel 6 EVRM, en vindt voor vaste boetes evengoed een intensieve evenredigheidstoets plaats (Albers, 2006, p. 22; De Groot & Nuyten, 2006, p. 73; Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 415-416 en 1011-1012; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, 2011, p. 441-444; Stijnen, 2012, p. 679 en 752 en 2014, p. 75).

Het financieel toezichtrecht kent, sinds de invoering van de Boetewet per 1 augustus 2009, een stelsel van variabele en gefixeerde boetes.<sup>48</sup> Voor die tijd kende het alleen gefixeerde boetes. In de hoofdstukken 4 en 5 ga ik nader in op de wijze waarop de bestuursrechter de boetebesluiten van de AFM en DNB toetst.

## 1.4 Probleemstelling en onderzoeksvragen

Zoals gezegd, heeft de bestuurlijke boete een hoge vlucht genomen. De invoering stond in het teken van een fundamentele wijziging van de handhavingsstrategie van de overheid ten aanzien van het sociaaleconomisch ordeningsrecht. Die beleidswijziging werd primair ingegeven door overwegingen van doelmatigheid: het terugdringen van het handhavingstekort. Verder paste het in een tijdgeest waarin veel heil werd verwacht van repressief en punitief toezicht. Tegelijkertijd was er ook kritiek op het voornemen tot invoering van de bestuurlijke boete: de boetebevoegdheid zou het openbaar bestuur en de bestuursrechter niet kunnen worden toevertrouwd.

---

<sup>46</sup> Voor de invoering van matigingsbevoegdheid op basis van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht was in de verschillende financieel toezichtwetten een anti-hardheidsclausule opgenomen.

<sup>47</sup> Vergelijk bijvoorbeeld CBb 1 september 2011, *LJN* BS7874 en Jansen, *AB* 2011/310.

<sup>48</sup> *Stb.* 2009, 327. In hoofdstuk 3 ga ik daar nader op in.

### *Probleemstelling*

Dit roept de vraag op hoe de bestuurlijke boetebevoegdheid zich heeft ontwikkeld en hoe die in de praktijk wordt toegepast. Dit onderzoek beoogt dan ook inzicht te bieden in de wijze waarop de toezichthouder gebruik maakt van zijn bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, in het licht van de toenmalige doelen en verwachtingen en kritiek op de bestuurlijke boete. Het accent ligt daarbij op de belangenafweging en straftoemeting, zoals die naar voren komt in de onderbouwing van de openbare boetebesluiten.

Ik spits dit onderzoek toe op een deelterrain van het sociaaleconomisch ordeningsrecht, te weten het financieel toezicht. In het kader van dit onderzoek versta ik daaronder het toezicht op de naleving van voorschriften uit de financieel toezichtwetgeving (het financieel toezicht in enge zin, vergelijk hoofdstuk 3).

### *Onderzoeksvragen*

In het licht van voorgaande luidt de hoofdvraag van het onderzoek als volgt:

*Hoe maken de financiële toezichthouders gebruik van hun bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen en hoe verhoudt zich dat tot de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete?*

De hoofdvraag omvat een zestal deelvragen, die elk een aspect van het afwegings- en besluitvormingsproces in beeld moeten brengen.

1. Welke doelen werden beoogd met de invoering van de bestuurlijke boete (in het kader van het financieel toezicht) en hoe luidde de kritiek daarop?
2. Hoe heeft de financiële toezichthouder het boeteprocess ingericht, in het bijzonder met het oog op het waarborgen van de objectiviteit en professionele distantie?
3. In welke gevallen legt de financiële toezichthouder een boete op en op grond van welke overwegingen?
4. Welke belangen weegt de financiële toezichthouder af bij het opleggen van de bestuurlijke boete en op welke wijze?
5. Welke factoren weegt de financiële toezichthouder mee bij het bepalen van de hoogte van de boete en op welke wijze?
6. Hoe verhoudt de boetepraktijk van de financiële toezichthouder zich tot de oorspronkelijke doelen en kritiek van destijds?

In het volgende hoofdstuk zal ik deze vragen operationaliseren, op basis van een reconstructie van de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete. Ik doe dat in de vorm van een referentiekader dat ik zal gebruiken als hulpmiddel voor mijn analyse en beoordeling van de boetepraktijk in het slothoofdstuk.

## 1.5 Afbakening van het onderzoek

Zoals gezegd, spits ik dit onderzoek toe op de bestuurlijke boetes die zijn opgelegd in het kader van het financieel toezicht. Dat is, op basis van de Wet op het financieel toezicht, opgedragen aan twee verschillende toezichthouders met elk een eigen taak (*Kamerstukken II*, 2003/4, 29 708, 3, p. 5-7). Zo is DNB op basis van artikel 1:24 Wft belast met het prudentieel toezicht en de AFM op basis van artikel 1:25 Wft met het gedragstoezicht. Het prudentieel toezicht heeft tot doel het bevorderen van soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. Het gedragstoezicht heeft tot doel het bevorderen van ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en een zorgvuldige behandeling van cliënten.

Ik heb het begrip financieel toezicht in ruime zin opgevat, om zo zoveel mogelijk boetebesluiten in mijn onderzoek te kunnen betrekken. Dat betekent dat ik onder het financieel toezicht ook reken het (prudentieel- en gedrags)toezicht van DNB respectievelijk de AFM op pensioenfondsen en pensioenuitvoerders, op basis van artikel 151 van de Pensioenwet evenals het toezicht van de AFM op de naleving van de Colportagewet en de Wet handhaving consumentenbescherming.<sup>49</sup> Het toezicht door de AFM op de naleving van de kwaliteitseisen voor accountantsorganisaties, op basis van artikel 48a van de Wet toezicht accountantsorganisaties, reken ik in het kader van mijn onderzoek ook tot het financieel toezicht. Verder reken ik ook het integriteitstoezicht van DNB in de financiële sector mee.

Deze vorm van toezicht heeft tot doel te voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor criminaliteit, bijvoorbeeld door witwassen van criminele vermogens en terrorisme. Dit is geregeld in een aantal bijzondere wetten: de Wet toezicht trustkantoren, de Wet op geldtransactiekantoren, de Sanctiewet 1977 en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.<sup>50</sup>

Het financieel toezicht is een relatief overzichtelijk en afgebakend deel terrein van het sociaaleconomisch ordeningsrecht. Het kent specifieke wetgeving die primair bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd door specifieke toezichthouders.<sup>51</sup> De

---

<sup>49</sup> De Colportagewet is ingetrokken per 13 juni 2014 in verband met de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU).

<sup>50</sup> De Wgfk is per 1 juli 2012 opgegaan in de Wft.

<sup>51</sup> Ik spreek in het kader van mijn onderzoek over financiële toezichthouders, om de organisaties DNB en de AFM aan te duiden. Van der Meulen (2003, p. 25) spreekt liever van marktauto-

toezichthouders spelen over het algemeen een actieve rol, er is de afgelopen jaren een substantieel aantal boetes opgelegd. Wel dient in aanmerking te worden genomen dat de toezichthouders verschillende subdoelen nastreven binnen het financieel toezicht: prudentieel toezicht en integriteitstoezicht versus gedragstoezicht. In de praktijk leidt dit tot aanzienlijke stijlverschillen tussen de toezichthouders, zoals ook uit de navolgende hoofdstukken zal blijken.<sup>52</sup> Aan de andere kant biedt dit verschil ook weer aanknopingspunten voor onderlinge vergelijking.

De financiële toezichthouders beschikken over een scala aan handhavingsbevoegdheden, waaronder reparatoire (de last onder dwangsom) en punitieve sancties (de bestuurlijke boete). Ik concentreer mij in het kader van dit onderzoek op de bestuurlijke boete. Die symboliseert immers de belangrijkste verandering in het kader van de handhaving van de financieel toezichtwetgeving (Hartmann, 2013, p. 227).

## 1.6 Opzet en uitvoering van het onderzoek

Het onderzoek kan als empirisch-juridisch worden gekenschetst. Ik onderzoek de juridische praktijk aan de hand van kwalitatieve, sociaalwetenschappelijke methoden (Van Dijck, 2011). In mijn onderzoek staat de toepassing van de bestuurlijke boetebevoegdheid in het kader van het financieel toezicht centraal. Ik beschrijf en analyseer de boetepraktijk, in het bijzonder de belangenafweging en straftoemeting, in het licht van de toenmalige verwachtingen van en kritiek op de bestuurlijke boete. In het verlengde daarvan zet ik de oorspronkelijke uitgangspunten en de boetepraktijk tegen elkaar af. Daartoe heb ik een referentiekader opgesteld, waarin ik eerdergenoemde verwachtingen en kritiek heb uitgewerkt en waaraan ik nadere onderzoeksvragen heb ontleend die leidend waren bij de verdere uitvoering van het onderzoek.

Hoewel de wens tot verbetering van de doelmatigheid van de rechtshandhaving een belangrijke rol speelt in de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete, heeft mijn onderzoek geen betrekking op de doelmatigheid (en doeltreffendheid) van de bestuurlijke boete als zodanig. Het betreft geen werklast-, kos-

---

riteiten, omdat het begrip toezichthouder naar zijn smaak te beperkt zou zijn gelet op hun takenpakket, dat naast toezicht en handhaving, ook regelgeving en vergunningverlening omvat en daarnaast teveel associaties oproept met het begrip toezichthouder (een persoon) uit de Algemene wet bestuursrecht (artikel 5:11). Verhey en Verheij (2005, p. 139) geven de voorkeur aan de term marktmeesters, in navolging van het rapport *Zicht op toezicht (Kamerstukken II, 1997/98, 24 036, 73)*.

<sup>52</sup> Deze stijlverschillen worden ook in de literatuur onderkend: Scheltema (2010) en Ministerie van Financiën, (2010).

ten/baten- of effectonderzoek, het is een onderzoek naar het gebruik van de bestuurlijke boete in de context van het financieel toezicht.

### *Driedeling*

Het onderzoek omvat dan ook drie delen: ten eerste een analyse van de motieven tot en de verwachtingen van de invoering van de bestuurlijke boete evenals de rechtswetenschappelijke kritiek daarop, uitmondend in een referentiekader. Ten tweede een beschrijving en analyse van de boetepraktijk en ten derde een reflectie op die praktijk op basis van dit referentiekader.

Allereerst heb ik relevante beleids- en kamerstukken over de invoering van de bestuurlijke boete bestudeerd evenals relevante rechtswetenschappelijke literatuur (zie overzicht geraadpleegde publicaties). Vervolgens heb ik vraaggesprekken gevoerd met een zevental experts (zie bijlage 1). Een drietal stond als adviseur of wetgevingsjurist aan de wieg van de bestuurlijke boete, anderen namen als wetenschapper een kritisch standpunt in over de bestuurlijke boete. Zo heb ik gesproken met een beleidsadviseur en een wetgevingsjurist van het toenmalige ministerie van Justitie (algemeen wetgevings- en handhavingsbeleid) en een wetgevingsjurist van het ministerie van Financiën (wetgeving financieel toezicht). Zij vervulden een sleutelrol bij het ontwikkelen van het handhavingsbeleid, de Algemene wet bestuursrecht en de financieel toezichtwetgeving. Verder heb ik gesproken met een viertal rechtswetenschappers die op onderdelen meer of minder kritisch stonden ten opzichte van de bestuurlijke boete.<sup>53</sup> De analyse van de documentatie en vraaggesprekken moesten duidelijk maken welke doelen werden beoogd met de invoering van de bestuurlijke boete en welke verwachtingen werden gekoesterd, maar ook wat de belangrijkste punten van kritiek waren en in hoeverre die nog geldingskracht hadden. De analyse van die motieven en kritiek mondt uit in een referentiekader (hoofdstuk 2), dat ik als hulpmiddel heb gebruikt voor de beschrijving, analyse en beoordeling van de boetepraktijk.

In het tweede deel, de beschrijving van de boetepraktijk, staan de boetebesluiten van de toezichthouders centraal (hoofdstuk 4: AFM en 5: DNB). Ik heb er voor gekozen de boetepraktijk te analyseren aan de hand van de beschikbare, openbare boetebesluiten. De boetepraktijk krijgt immers bij uitstek vorm en inhoud in de formele boetebesluiten van de toezichthouder. De boetebesluiten zijn uitvoerig gemotiveerd en geven een goed inzicht in de afweging van de belangen bij het besluit tot het opleggen van de boete en de weging van de factoren

---

<sup>53</sup> C.L.G.F.H. Albers, Open Universiteit Heerlen, G.J.M. Corstens, voormalig president Hoge Raad en voordien Radboud Universiteit Nijmegen, N.J.M. Kwakman, Rijksuniversiteit Groningen en O.J.D.M.L. Jansen, advocaat gemeente Den Haag/Universiteit Utrecht.

bij het bepalen van de hoogte van de boete (de straftoemeting). Voor de goede orde: ik analyseer de belangenafweging door de toezichthouder bij het besluit om een boete op te leggen en het bepalen van de hoogte van de boete, de beoordeling van de feiten in het licht van het recht (de juridisch-technische kwalificatie) laat ik buiten beschouwing.

De boetebesluiten geven tevens inzicht in de reactie van betrokkene op het voornemen van de toezichthouder om een boete op te leggen en hoe die vervolgens door de toezichthouder is meegewogen. Zo doen betrokkenen in het kader van hun zienswijze vaak een beroep op het handhavingsbeleid van de toezichthouder of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik heb er van afgezien om in dit verband ook de besluiten op bezwaar te onderzoeken omdat die slechts bij uitzondering beschikbaar waren op de websites van de toezichthouders.

Om de boetebesluiten te verzamelen heb ik gebruik gemaakt van de op de website van de AFM en DNB openbaar gemaakte boetebesluiten, die zijn genomen in de periode 2004-2012. De AFM maakt haar boetebesluiten in beginsel openbaar op haar website, aanvankelijk in de vorm van een persbericht (in de periode 2004-2008) en vanaf 2008 integraal. De AFM heeft in de onderzochte periode 232 besluiten genomen, waarvan er, voor zover ik heb kunnen nagaan, 165 openbaar zijn gemaakt.<sup>54</sup> DNB heeft gedurende die periode 87 boetebesluiten genomen, waarvan er slechts vijf openbaar zijn gemaakt. Dit hangt samen met de beperkte wettelijke mogelijkheden daartoe en het uitgangspunt van DNB om boetebesluiten in het kader van het prudentieel toezicht slechts bij uitzondering openbaar te maken (vgl. artikel 1:97, vierde lid, Wft en het Handhavingsbeleid AFM en DNB, 2008, paragraaf 4c).<sup>55</sup> Boetebesluiten uit eerdergenoemde periode, die na 2012 openbaar zijn gemaakt, omdat de openbaarmaking door de voorzieningenrechter is opgeschort, heb ik niet meer in het onderzoek betrokken.

Gelet op het grote verschil in het aantal beschikbare boetebesluiten, heb ik DNB verzocht om mij aanvullend boetebesluiten ter beschikking te stellen. Dit was echter niet vanzelfsprekend, gelet op de geheimhoudingsplicht van DNB. Omdat zij wel medewerking wilde verlenen aan wetenschappelijk onderzoek, heeft DNB mij acht geanonimiseerde, naar eigen zeggen representatieve, boetebesluiten ter beschikking gesteld. De boetes zijn op basis van de Wet toezicht trustkanto-

---

<sup>54</sup> Het verschil tussen de opgelegde en openbaar gemaakte boetes wordt verklaard doordat door de voorzieningenrechter de openbaarmaking is opgeschort tot aan het onherroepelijk worden van het besluit.

<sup>55</sup> *Stcrf.* 2008, 132, p. 30.

ren, de Wet inzake de geldtransactiekantoren en de Wet op het financieel toezicht. Uiteindelijk heb in totaal 178 boetebesluiten geanalyseerd: 165 van de AFM en 13 van DNB, over de periode 2004-2012.

Ter voorbereiding op de analyse van de boetebesluiten heb ik openbare beleidsstukken van de AFM en DNB bestudeerd, waaronder het handhavingsbeleid, jaarverslagen, nieuwsbrieven en rapporten van de toezichthouder naar aanleiding van onderzoek naar bepaalde thema's of aspecten het toezicht (zie overzicht geraadpleegde literatuur).

Vervolgens heb ik, ter verdieping van de analyse van de boetebesluiten, vraaggesprekken gevoerd met medewerkers van de AFM en DNB. Doel was om nader inzicht te krijgen in het proces van boeteoplegging en de wijze waarop zij tot hun besluit komen.

Ik heb in totaal 17 vraaggesprekken gevoerd, waaronder de (plv.) boetefunctionarissen, juridisch adviseurs en toezichthouders van verschillende, relevante toezichtafdelingen (zie bijlage 1). Ik heb gesproken met negen medewerkers van de AFM en acht van DNB. In de bijlage is een overzicht opgenomen van het type functie van de respondenten. Ik heb de gesprekspartners geselecteerd op basis van hun functie en in overleg met een vast contactpersoon voor mijn onderzoek binnen DNB en AFM. De gesprekspartners hebben van te voren een gespreksleidraad ontvangen (zie bijlage 2). De gesprekken zijn gevoerd in 2010, duurden circa anderhalf uur en verliepen in een zakelijke sfeer. De gesprekken met de medewerkers van de AFM heb ik met hun instemming opgenomen en op basis van die opname uitgewerkt. De gesprekken met de medewerkers van DNB zijn niet opgenomen. Wel zijn de verslagen van die gesprekken achteraf goedgekeurd, wat in een aantal gevallen heeft geleid tot correctie van feitelijke onjuistheden en aanvulling van omissies. De respondenten worden geanonimiseerd opgevoerd. Voor de analyse van de boetebesluiten heb ik tevens gebruik gemaakt van commentaren in de juridische vakbladen, op het gebied van het bestuurs- en financieel recht.

De keerzijde van de keuze voor openbaar gemaakte boetebesluiten als uitgangspunt voor dit onderzoek, is dat ik afhankelijk was van het openbaarmakingsbeleid van de financiële toezichthouder en de beperkte uitzonderingen die DNB in dit verband bereid was te maken.<sup>56</sup> Ik beschik dus niet over een volledig beeld van de boetepraktijk van de financiële toezichthouders. Daarnaast geven

---

<sup>56</sup> Ook de meer recente boetebesluiten, die nog niet zijn openbaar gemaakt omdat de voorzieningenrechter de openbaarmaking heeft opgeschort tot aan het onherroepelijk worden daarvan, heb ik niet kunnen inzien.

de beschikbare boetebesluiten uit de aard der zaak slechts een deel van het besluitvormingsproces weer, namelijk waar dat heeft geleid tot het opleggen van een boete. Ik heb geen inzage gekregen in de zaken waarvan de toezichthouder, bij nader inzien, heeft afgezien van het opleggen van een boete.<sup>57</sup>

Om deze beperking in de onderzoeksopzet te ondervangen, heb ik aanvullende vraaggesprekken gevoerd met experts die uit hoofde van hun functie inzicht zouden moeten hebben in de interne besluitvormingsprocessen en de boetepraktijk van de AFM en DNB (zie bijlage 1). Doel van die gesprekken was om mijn beeld van de boetepraktijk te verifiëren en zonodig te verbreden. Ik heb vraaggesprekken gevoerd met dertien advocaten en vier vertegenwoordigers van branche- en beroepsorganisaties (Adfiz, branchevereniging van financiële intermediairs, de VV&A, de vereniging van vermogensbeheerders en -adviseurs en de Nederlandse Vereniging van Banken). Het merendeel van de advocaten (9) voert regelmatig procedures tegen de AFM en DNB. Een klein deel van de advocaten (4) staat de AFM en/of DNB regelmatig bij of had dat in het verleden gedaan. De gesprekken vonden plaats in 2013. Ik heb in dit verband ook overwogen om de financiële ondernemingen te interviewen die zijn beboet door de AFM of DNB. Bij nader inzien heb ik hier van afgezien, omdat ik betwijfelde of zij in staat en bereid zouden zijn, op een voor mijn onderzoek bruikbare wijze, te reflecteren op de opgelegde boete.

Mijn inschatting was dat eerdergenoemde raadslieden daartoe uit hoofde van hun functie beter in staat zouden zijn. Aan de andere kant zou een nadeel van het gebruik van advocaten en belangenbehartigers als respondent kunnen zijn dat zij eenzijdig de belangen van hun professionele cliënten zouden vertolken. Om die reden zou het de voorkeur verdienen om gedupeerden van financiële ondernemingen die zijn beboet kunnen interviewen. Ik heb hier echter van afgezien om dezelfde redenen als voor de financiële ondernemingen.

Ter afsluiting heb ik in 2013 een vijftal vraaggesprekken gevoerd met sleutelfunctionarissen binnen de AFM (2) en DNB (3) om mijn recente bevindingen te verifiëren, mede gelet op het tijdsverloop ten opzichte van de eerste serie vraaggesprekken bij de AFM en DNB.

Zoals gezegd, staan de openbare boetebesluiten van de financiële toezichthouders centraal in mijn onderzoek, waarbij de nadruk ligt op de belangenafweging en de straffoemeting. De voorvraag die hieraan vooraf gaat, namelijk de keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke afdoening en vervolgens binnen het

---

<sup>57</sup> Nu hebben de boetefunctionarissen in de vraaggesprekken wel laten doorschemeren dat dit eerder uitzondering is dan regel. In de volgende hoofdstukken kom ik hierop terug.



bestuursrechtelijke spoor, de keuze voor een waarschuwing of een reparatoire sanctie, komt hierdoor meer zijdelings aan de orde. Het ging mij in het kader van dit onderzoek vooral om het proces van belangenafweging en straftoemeting bij het opleggen van de bestuurlijke boete, als alternatief voor de traditionele strafrechtelijke procedure.

Als laatste stap in de beschrijving en analyse van de boetepraktijk heb ik relevante jurisprudentie verzameld en geanalyseerd, om de boetebesluiten nader te kunnen duiden en de opstelling van de bestuursrechter te analyseren. Het betreft uitspraken van de voorzieningenrechter (44) en enkel- of meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam (53) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (26) naar aanleiding van boetebesluiten van de AFM en DNB. Ik heb in totaal 123 uitspraken geïnventariseerd, over de periode 2007-2013, 95 naar aanleiding van boetebesluiten van de AFM en 28 naar aanleiding van boetebesluiten van DNB. Ik heb de uitspraken geïnventariseerd door te zoeken op de website [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), door gebruik te maken van de gecombineerde zoektermen bestuurlijke boete/AFM resp. DNB, binnen eerdergenoemde periode. Boetebesluiten die na 2012 zijn openbaar gemaakt heb ik niet meer meegenomen. Aanvullend hierop heb ik gesproken met een expert van de rechtbank Rotterdam.<sup>58</sup>

DNB heeft bij het verstrekken van de boetebesluiten als voorwaarde gesteld het hoofdstuk waarin de vraaggesprekken zijn verwerkt (hoofdstuk 5) vooraf te willen inzien. Naar aanleiding daarvan heb ik feitelijke onjuistheden verbeterd. Zoals gezegd, heb ik de openbare boetebesluiten verwerkt tot en met 2012. Documentatie en literatuur heb ik verwerkt tot 1 januari 2014.<sup>59</sup>

In het afsluitende, derde deel (hoofdstuk 6) reflecteer ik op de boetepraktijk, aan de hand van het referentiekader. In dat hoofdstuk sta ik stil bij de vraag hoe de bestuurlijke boete zich heeft ontwikkeld in het licht van de toenmalige doelen, verwachtingen en kritiek en welke consequenties daaraan moeten worden verbonden.

## **1.7 Leeswijzer**

In het volgende hoofdstuk (2) beschrijf ik de introductie van de bestuurlijke boete als alternatief voor de handhaving van de sociaaleconomische ordeningswetgeving. De verwachtingen van de bestuurlijke boete worden ontrafeld evenals de kritiek daarop, uitmondend in een referentiekader. Hoofdstuk 3 bevat vervolgens

---

<sup>58</sup> R. Stijnen.

<sup>59</sup> Ik heb nog incidenteel een relevante publicatie uit 2014 meegenomen.

een beschrijving van de introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht en de boetesystematiek binnen het financieel toezicht. Hoofdstuk 4 bevat een beschrijving van de boetepraktijk vanuit het perspectief van de AFM en hoofdstuk 5 vanuit het perspectief van DNB. Tot slot vat ik in hoofdstuk 6 de bevindingen samen en zet die af tegen het referentiekader, om aan de hand daarvan een antwoord te geven op de onderzoeksvragen.

## 2. De introductie van de bestuurlijke boete: kansen en risico's

### 2.1 Inleiding

'De opmars van de bestuurlijke boete gaat niet langs heldere lijnen. Toevalligheden en oneigenlijke argumenten, spelen, naast eigenlijke redenen, een rol'.

Dat schreef Berghuis in een themanummer van Justitiële verkenningen over het 'straffend bestuur' (2005, p. 34). Daarmee schetste hij in een notendop de ontwikkelingsgeschiedenis van de bestuurlijke boete. De invoering van de bestuurlijke boete kende namelijk een lange en grillige aanloop. Een richtinggevend, normatief kader voor de keuze voor de bestuurlijke boete ontbrak. De ontwikkeling van de bestuurlijke boete verliep daardoor vrij willekeurig en ongestuurd (Jansen en Hazewindus, 1995, p. 3; Berghuis, 2005, p. 34).<sup>60</sup> Ook volgens Mevis was de ontwikkeling van de bestuurlijke boete (2005, p. 583):

'Niet de uitkomst van een afgewogen discussie over plaats, fundering en inbedding van dat instrument binnen fundamentele uitgangspunten van publiekrechtelijke regelgeving in instrumenteel en rechtsbeschermingsopzicht.'

De bestuurlijke boete kende voor- en tegenstanders en was bepaald niet onomstreden (Schlössels & Zijlstra, 2010, p. 1004 en 1005). In de loop der tijd zijn wisselende argumenten aangevoerd om de introductie van de bestuurlijke boete te rechtvaardigen. In dit hoofdstuk beschrijf ik de introductie van de bestuurlijke boete in de nationale toezicht- en handhavingspraktijk. In de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete, als alternatief voor de handhaving van het sociaaleconomisch ordeningsrecht, zijn *grosso modo* twee benaderingen te ontwaren: normatieve en instrumentele.<sup>61</sup> In de eerste benadering staat centraal in hoeverre overtredingen van het sociaaleconomisch ordeningsrecht kunnen worden afgedaan door middel van een bestuursrechtelijke, punitieve sanctie (in plaats van de gebruikelijke strafrechtelijke sanctie). In de tweede benadering gaat het om de bijdrage die de bestuurlijke boete kan leveren aan het verbeteren van de doelmatigheid van de rechtshandhaving.

---

<sup>60</sup> In meer algemene zin concluderen Bröring e.a. dat het algemene beeld van de bestraffende rechtshandhaving van het ordeningsrecht, op het punt van de boetehoogte en vormgeving, er één is van grote verscheidenheid, zelfs willekeur (2012, p. xiv).

<sup>61</sup> Zo ook Michiels (1995, p. 62).

In de beschrijving van de opkomst van de bestuurlijke boete hou ik deze twee invalshoeken aan. In de praktijk liepen de rechtvaardigingen voor de bestuurlijke boete door elkaar en uiteindelijk kregen de instrumentele argumenten de overhand. Maar door ze uit elkaar te trekken ontstaat een scherper zicht op de achterliggende motieven en verwachtingen ten aanzien van de bestuurlijke boete evenals de mogelijke bezwaren.

Ik beschrijf de ontwikkeling van de bestuurlijke boete in min of meer chronologische volgorde, aan de hand van de belangrijkste beleids- en kamerstukken en zet die af tegen de literatuur waarin rechtswetenschappers kritiek leverden op de invoering van de bestuurlijke boete. Het hoofdstuk mondt uit in een referentiekader voor het vervolg van het onderzoek.

## **2.2 De normatieve benadering**

In deze benadering van de bestuurlijke boete spelen twee argumenten een rol. In de eerste plaats zou het bestuur de meest aangewezen instantie zijn voor de handhaving van de zogenoemde beleidsinstrumentele regelgeving en in de tweede plaats zou het strafrecht moeten worden beschouwd als *ultimum remedium*. In feite zijn dit twee zijden van dezelfde medaille.

### **2.2.1 Bestuursrechtelijke handhaving staat voorop**

#### *Het advies van de commissie Kortmann*

Ik begin mijn beschrijving van de ontwikkeling van de bestuurlijke boete bij het advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten' van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) uit 1994. De commissie, ook wel genoemd naar zijn voorzitter prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, was door de minister van Justitie om advies gevraagd over de wenselijkheid en mogelijkheid om op grotere schaal dan tot dusver de administratieve boete in te zetten, naast of in plaats van strafrechtelijke handhaving (Handhaving door bestuurlijke boeten, p. 5). Aanleiding voor de adviesaanvraag was de overbelasting van de strafrechtelijke handhaving, in samenhang met het succes van de Wet Administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV) (De Vries, 2005, p. 24). De commissie adviseerde daarover positief, aldus de eerste conclusie uit het rapport (p. 3).<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> De commissie deed tevens een voorstel voor de juridisch-technische inrichting van het boetestelsel. Model A, waarin de boetehoogte wettelijk is gefixeerd in een bijlage bij de wet en waarbij strafrechtelijke vervolging is uitgesloten en model B, waarin slechts de maximumhoogte van de boete in de wet is vastgelegd en strafrechtelijke vervolging nog wel mogelijk is (met een *una via* regeling). Ik ga daar in het kader van dit onderzoek niet verder op in.

'De Toetsingscommissie is van mening dat invoering van de bestuurlijke boete op grotere schaal een belangrijke bijdrage kan leveren aan de verbetering van de handhaving van de bestuursrechtelijke wetgeving.'

De commissie voerde daartoe eerdergenoemde argumenten aan. In de eerste plaats was het de commissie te doen om de versterking van de handhaving door het bestuur. Waar het bestuur belast is met de uitvoering van (beleidsinstrumentele) regelgeving, is het in het verlengde daarvan tevens verantwoordelijk voor de handhaving van die wetgeving, aldus de commissie (p. 7-8).

'Voorop staat, dat een adequate handhaving een integraal onderdeel dient te zijn van de uitvoering van iedere wettelijke regeling. De verantwoordelijkheid voor die handhaving berust [...] dan ook in de eerste plaats bij de instantie die met die uitvoering is belast. Voor de bestuursrechtelijke wetgeving betekent dat dus: bij de betrokken bestuursorganen. Het strafrecht vervult daarbij een aanvullende en ondersteunende functie.'

De commissie benadrukte in zijn rapport dat dit het hoofdargument was voor de invoering van de bestuurlijke boete. Het bestuur is, als integraal verantwoordelijke voor de uitvoering van (beleidsinstrumentele) regelgeving, als eerste aan zet als het gaat om de handhaving van die wetgeving. Dit zou het bestuur in staat stellen een eigen handhavingsbeleid te voeren en voor het stellen van prioriteiten niet meer afhankelijk doen zijn van het Openbaar Ministerie. Ik noem dit de 'alles in één hand'-gedachte. Het strafrecht moest in dit licht worden beschouwd als het *ultimum remedium* (p. 7), waarmee het tweede argument is gegeven. Met deze argumenten moeten we het doen, de commissie werkt ze niet veel verder uit.

De commissie gaf wel aan zich te realiseren dat aan zijn advies een principiële keuze ten grondslag ligt; het opleggen van punitieve sancties was tot dan toe immers voorbehouden aan de rechter (p. 7-8). De commissie rechtvaardigde zijn standpunt door te stellen dat de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming, als gevolg van de binding aan de beginselen van behoorlijk bestuur, en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, door de toegang tot een onafhankelijke bestuursrechter, inmiddels aanzienlijk zou zijn verbeterd (p. 7-8). Verder speelde een rol dat het strafrecht al een zeker bestuurlijk karakter had gekregen als gevolg van de transactiepraktijk (p. 9). Tot slot zou ook het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (ihrb artikel 6) zich niet meer verzetten tegen het opleggen van een bestuurlijke boete bij lichte overtredingen, zo werd afgeleid uit het arrest van

het Europees Hof inzake Öztürk tegen Duitsland.<sup>63</sup> Dit waren volgens de commissie immers de belangrijkste principiële bezwaren die tot die tijd door tegenstanders werden aangevoerd.

*Een omslag in het denken over rechtshandhaving*

In de rechtswetenschappelijke literatuur is het rapport van de commissie Kortman aangemerkt als een cruciale verandering in het denken over rechtshandhaving (Michiels, 1994, p. 4; Verheij, 1999, p. 25). Zo spreekt Michiels van:

‘Een omslag in het denken bij de overheid over en het vormgeven aan het sanctioneren van het publiekrecht.’

Het advies vormt een belangrijk markeringspunt in de ontwikkelingslijn van de bestuurlijke boete. Het bracht de bestuurlijke boete in een stroomversnelling. Voor die tijd kwam de bestuurlijke boete slechts beperkt en op kleine schaal voor, bijvoorbeeld in het belastingrecht (aanvankelijk in de vorm van een verhoging en later de fiscale boete), het sociaal zekerheidsrecht (de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering) en bij de handhaving van lichte, veelvoorkomende verkeersovertredingen (de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften) (Verheij, 1999, p. 23-24; Bröring, 2005, p. 27; Den Hond, 2006, p.15-18).<sup>64</sup>

Eerdergenoemde omslag in het denken was al eerder in gang gezet met het ontwerp van de WAHV. Met deze wet werd met succes een systeem van bestuursrechtelijke handhaving geïntroduceerd van veelvoorkomende verkeersovertredingen, die tot die tijd strafrechtelijk werden afgedaan. Vooral door het relatieve succes van de WAHV ontpopte de bestuurlijke boete zich na verloop van tijd tot een serieus alternatief voor de overbelaste strafrechtelijke rechtshandhaving. In zoverre kan de WAHV worden beschouwd als de echte systeemdoorbraak (Verheij, 1999, p. 24; Corstens, 2000, p. 1185; Albers 2002 p. 3; De Vries, 2005, p. 2 en 22-23; Stijnen, 2011, p. 1-2).<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> EHRM, 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937. Het Öztürk-arrest had betrekking op lichte overtredingen. Uit het latere Bendenoun-arrest kan worden afgeleid dat het EVRM zich ook niet verzet tegen het opleggen van hogere bestuurlijke boetes. EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994, 496.

<sup>64</sup> Hartmann en Van Russen Groen noemen nog een aantal andere ordeningswetten (1994, p. 62-63). Overigens wijzen Michiels en Rogier er op dat de strafrechtelijke boete oorspronkelijk van bestuurlijke aard was en op een gegeven moment is overgeheveld naar het strafrecht (Rogier, 2010, p. 519).

<sup>65</sup> Volgens Mulder zou de zogenoemde commissie Van der Dries, die zich boog over de herziening van het fiscaal straf(proces)recht, al in 1936 de invoering van een bestuurlijke boete hebben bepleit, ook buiten de fiscale wetgeving (1990, p. 220). Die commissie was zijn tijd kennelijk

Niet iedereen was ingenomen met deze ontwikkeling. Zo zag Corstens zich 'een stille revolutie in het strafrecht' voltrekken (2000, p. 1186). Hij had namelijk de indruk dat onder strafrechtsjuristen nauwelijks debat werd gevoerd over wat hij noemde: 'het wegsnijden van grote delen uit het (economisch) strafrecht'. En voor zover daarover onder bestuursrechtjuristen debat werd gevoerd, stonden grondslagenkwesties volgens hem daarbij nauwelijks centraal. Uit dit hoofdstuk komt naar voren dat dit debat later wel degelijk is gevoerd.

#### *De grondslagen van het advies van de commissie Kortmann*

Zoals gezegd, is de argumentatie van de commissie Kortmann vrij beperkt. Hoe de commissie tot zijn principiële keuze is gekomen, blijkt minder duidelijk uit het rapport. Zo bevat het rapport geen zelfstandige analyse van de aard en omvang van de handhavingsproblematiek (Corstens, 1995, p. 7). Evenmin bevat het een theoretisch uitgangspunt (Schaffmeister, 1995, p. 64). Het argument van de integrale bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de handhaving wordt niet nader onderbouwd evenmin als het *ultimum remedium*-argument. In het advies wordt slechts kort verwezen naar een serie beleidsnota's, waarna de commissie zich vrij kritiekloos lijkt aan te sluiten bij het gegeven dat de handhaving van het ordeningsrecht tekort zou schieten (p. 7).<sup>66</sup>

'Sinds een aantal jaren wordt van vele zijden erkend dat in de praktijk de mogelijkheden tot daadwerkelijke handhaving van met name de bestuursrechtelijke wetgeving tekortschieten.'

In het bijzonder Mulder was kritisch over de onderbouwing van het advies van de commissie (1994, p. 231-232).<sup>67</sup> Hij kwalificeerde de onderbouwing als 'waarheden als koeien'. Hij stelde dat uit het feit dat het bestuur is belast met de uitvoering van regelgeving geenszins hoeft voort te vloeien dat het eveneens belast dient te zijn met de handhaving daarvan. Hij voerde hiertoe drie gronden aan, zoals hij zelf noemt, een logische, een rechtstatelijke en een rechtspolitieke/sociologische. De eerste is dat het decentrale bestuur nogal eens is belast

---

nog te ver vooruit. Roording meent dat het de jurisprudentie naar aanleiding van het Öztürk-arrest was die de impuls gaf aan de ontwikkeling van de bestuurlijke boete (2011, p. 9). Door de kwalificatie in die jurisprudentie van het 'strafkarakter' van de bestuurlijke boete ('haar ware, strafrechtelijke gezicht'), kon het zich ontwikkelen tot 'een volwaardig strafstelsel', aldus Roording.

<sup>66</sup> Het betreft de nota's *Recht in beweging (Kamerstukken II, 1989/90, 21 829, 2)*, *Zicht op wetgeving (Kamerstukken II, 1990/91, 22 008, 2)* en *Met vaste hand (Kamerstukken II, 1990/91, 22 045, 2)*.

<sup>67</sup> Om precies te zijn: Prof. dr. A. Mulder, hoogleraar strafrecht te Leiden en in de periode 1965-1978 secretaris-generaal van het ministerie van Justitie.

met de uitvoering van regelgeving dat het niet zelf heeft opgesteld. Het ligt volgens hem dan ook niet voor de hand dat het bestuur, als een overwegend politiek orgaan, die regelgeving ook zou moeten handhaven. De tweede grond is dat het bestuur zich niet zou mogen uitspreken over geschillen over de naleving van regelgeving. Dat zet volgens Mulder de rechtstaat op het spel. Deze taak moet dan ook worden voorbehouden aan de rechter. De derde grond die Mulder aanvoerde is dat de in zijn ogen toch al zwak opererende uitvoeringsorganen niet ook nog eens moeten worden belast met slecht uitvoerbare en handhaafbare regelgeving.<sup>68</sup> Ook Michiels relativeerde de koppeling tussen uitvoering en handhaving als motief voor de bestuurlijke handhaving: het bestuur voert volgens hem wel vaker regelgeving uit die niet van hemzelf afkomstig is, maar van een hogere bestuurslaag (1994, p. 17).

Om scherper zicht te krijgen in de beweegredenen van de commissie, sta ik kort stil bij de hoofdpunten uit de belangrijkste beleidsnota's. Het valt op dat in deze nota's de staat van de rechtshandhaving op vrij dramatische wijze wordt beschreven en getypeerd in voor die tijdgeest zo kenmerkende bedrijfsmatige termen.<sup>69</sup> Daarmee lijken de geesten rijp te worden gemaakt voor systeemverandering, want uit alle nota's komt naar voren dat het strafrecht als *ultimum remedium* moet worden beschouwd en dat dringend behoefte is aan een alternatief.<sup>70</sup>

Om te beginnen bij de nota 'Recht in beweging' uit 1990. In deze nota wordt aan de hand van een veranderd maatschappijbeeld (de ontwikkeling van de sociale verzorgingsstaat) en dientengevolge een verandering van de rol van het recht (van waarborg naar instrument), beargumenteerd dat het 'rechtsbedrijf' dreigde te stagneren (p. 7 resp. 18).

'Aan de toegenomen vraag naar recht kon door de daarvoor bestemde rechtsinstitutes steeds moeilijker worden voldaan. Niet alleen treden capaciteitstekorten op, maar ook vermindert het respect voor de wet [...]. De naleving van wettelijke vastgestelde normen en rechterlijke vonnissen werd door steeds meer burgers niet langer als een elementaire burgerplicht beschouwd, maar als een gedragsoptie met tegen elkaar af te wegen voor- en nadelen. Naarmate de rechtshandhaving als minder bedreigend werd ervaren, nam de bereidheid tot naleving van de norm af. Het rechtsbedrijf moest [...] steeds meer werk verrichten onder steeds moeilijker wordende

---

<sup>68</sup> Bos weerspreekt later deze argumenten van Mulder, in zijn preadvies aan de VAR (1995).

<sup>69</sup> Ook Van der Woude signaleert deze typische toonzetting (2010, p. 106-108).

<sup>70</sup> Deze redeneerwijze sluit aan bij een instrumentele benadering van het recht, waarin eerst een 'schrikbeeld' wordt gecreëerd van de staat van de samenleving, waarna tal van ingrijpende bevoegdheden worden gepresenteerd als remedie ('t Hart & Foqué, 1990).



omstandigheden. Vooral op het gebied van de rechtshandhaving zijn grote achterstanden opgelopen wat betreft de formatie en middelen. Er bestond [...] een situatie van een chronische overbelasting van de rechtsverzorging. De democratische en sociale rechtsstaat vertoonde tekenen van stagnatie. De samenleving begon op sommige terreinen tekenen van normloosheid te vertonen.'

'Door deze situatie dreigt het recht zijn ordenende en zekerheid biedende vermogen allengs te verliezen. Er treedt een daling op van de intrinsieke waarde van het recht. [...] Men zou kunnen spreken van een sluipend proces van rechtsinflatie.'

In het verlengde hiervan wordt in de nota aangekondigd dat wetsvoorstellen nadrukkelijker zouden worden getoetst op handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid. De keuze voor het beoogde sanctiesysteem speelt daarbij een belangrijke rol (p. 22).

'Een keuze voor het strafrecht valt in het algemeen slechts te rechtvaardigen indien aannemelijk wordt gemaakt dat privaatrechtelijke, bestuursrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen tekort schieten.'

Hierin klinkt de *ultimum remedium*-gedachte al enigszins door.<sup>71</sup> In de daaropvolgende nota 'Met vaste hand' uit 1991 wordt op deze analyse voortgeborduurd en oplossingen gepresenteerd. De nota begint met te stellen dat er in brede kring grote bezorgdheid bestaat over de kloof tussen het beoogde doel en het behaalde resultaat van wetgeving. In het vervolg van de nota worden hiervoor twee oorzaken aangewezen (p. 13). Ten eerste wordt er onvoldoende prioriteit toegekend aan de uitvoering en handhaving in de fase van beleidsontwikkeling en ontwerp en wetgeving. Ten tweede ontbreekt het aan voldoende inzicht en onvoldoende fundamentele kennis over de uitvoering en handhaving van regelgeving in de praktijk. Deze kloof wordt in de nota geïdentificeerd (p. 7).

'Dit doet afbreuk aan het gezag van de overheid en bevordert de mede daaruit voortvloeiende normvervaging bij de burger en soms ook bij de overheid zelf.'

---

<sup>71</sup> Van de Woude trekt een lijn van het rapport Samenleving en Criminaliteit uit 1985 (vergelijk hoofdstuk 1) naar Recht in beweging uit 1990 (2010, p. 106). In de eerstgenoemde nota wordt het strafrecht ook al als *ultimum remedium* gepresenteerd, ten aanzien van de kleine criminaliteit.

De inzet van het strafrecht is in dit verband echter niet de voor de hand liggende oplossing. Zo staat in de nota (p. 7-8):

‘Het terugdringen van het handhavingstekort kan niet worden bereikt door eenzijdig op de strafrechtelijke handhaving te leunen. Niet alleen zou het karakter van het strafrecht als ultimum remedium [...] worden aangetast; ook zou een overmatig beroep op de strafrechtelijke rechtshandhaving de overbelasting van de organen van de strafrechtspleging nog verder vergroten en dus tot falen gedoemd zijn.’

Wat volgens de nota nodig is (p. 8):

‘Is veeleer een versterking van de rechtshandhaving in de voorste linies: [...] door het bestuursrechtelijk sanctiestelsel waar nodig verder te ontwikkelen en daadwerkelijk te benutten.’

Ook in de nota *Strafvordering in Balans* uit 1993 stelt de regering de automatische inzet van het strafrecht ter discussie. Zo moet voortaan bij de ontwikkeling van nieuwe wetgeving telkens nadrukkelijk de vraag worden gesteld of het strafrecht wel het meest aangewezen instrument is voor de handhaving. De handhavinglasten moeten evenwichtiger worden verdeeld tussen bestuur en justitie, zo staat in de nota (p. 23).<sup>72</sup>

Deze nota's zijn uiteindelijk grotendeels terug te voeren op het rapport *Rechtshandhaving van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR)* uit 1988. Dit rapport bevat een diepgravende analyse van de oorzaken van de handhavingproblematiek.<sup>73</sup> Volgens de WRR is de handhaving van het recht in de loop der jaren steeds problematischer geworden: normen worden veelvuldig overtreden, terwijl daar geen passende reactie op volgt. De Raad verwijst hiertoe naar gegevens over de ontwikkeling van de geregistreerde criminaliteit in relatie tot opgehelderde misdrijven. De geregistreerde criminaliteit neemt toe, terwijl het ophelderingspercentage achterblijft (*WRR 1988*, p. 9-12).

Vervolgens stelt de WRR in zijn analyse dat de huidige sociale rechtsstaat twee spanningen oplevert die van betekenis zijn voor de rechtshandhaving. In de eerste plaats is er een spanning tussen ‘de rechtsstaat als waarborg’ en ‘de

---

<sup>72</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 672, 1.

<sup>73</sup> Nog eerder (1984) zou de Commissie vermindering en vereenvoudiging van overheidsregelingen (de commissie Geelhoed) er al op hebben gewezen dat te gemakkelijk zou worden gekozen voor strafrechtelijke sanctionering van normschendingen (*Kamerstukken II*, 1983/84, 17 931, 9; Onneweer, 1997, p. 135).

rechtsstaat als resultaat'. In de rechtsstaat als waarborg vormt de rechtsstaat een samenstel van juridische waarborgen voor de burger tegenover de overheid. In de rechtsstaat als resultaat wordt, in het verkeer tussen burger en overheid, het recht tot gelding gebracht en zonodig effectief gehandhaafd. De rechtsstaat als resultaat impliceert volgens de WRR echter ook een rechtsplicht tot rechtshandhaving. Deze twee aspecten van de rechtsstaat vergen een continu zoeken naar een verantwoorde balans.

In de tweede plaats is er volgens de WRR een spanning te onderkennen tussen de beginselen van de sociale rechtsstaat en het sterk regulerende en beleidsinstrumentele optreden van de overheid binnen die sociale rechtsstaat. Het optreden van de overheid heeft in die context een sterk instrumenteel karakter gekregen, waarbij de normatieve grondslag van dit optreden uit het zicht dreigt te raken. Zowel overheid als burger lijken daardoor een minder sterke normatieve binding te ervaren aan deze regelgeving. Mede hierdoor wordt berekenend handelen gestimuleerd, aldus de WRR. Deze spanningen leiden bij de tenuitvoerlegging van de beleidsinstrumentele regelgeving van de sociale rechtsstaat tot een toenemende handhavingsproblematiek. Deze problematiek is volgens de WRR niet op te lossen met een effectievere strafrechtelijke handhaving. De regelgeving zelf zal veel sterker in een uitvoerings- en handhavingsperspectief moeten worden gebracht (WRR, 1988, p. 19-21 en 145-147).

Gelet op het voorgaande kunnen volgens de WRR bij de overtreding van de instrumentele beleidswetgeving preventieve maatregelen en niet-strafrechtelijke sancties een betere oplossing bieden. De strafrechtelijke rechtshandhaving moet hier het sluitstuk vormen (WRR, 1988, p. 146). In het licht van bovenstaande beveelt de WRR aan de verantwoordelijkheid voor de handhaving in de eerste plaats te leggen bij degenen die ook verantwoordelijk zijn voor het beleid en de uitvoering daarvan. De WRR geeft dan ook de voorkeur aan lichte en gemakkelijker hanteerbare bestuurlijke handhavingsvormen. Het strafrecht vervult dan een typische reservefunctie (WRR, 1988, p. 149). Deze notitie bevat eigenlijk nog de meest overtuigende analyse van oorzaken en achtergronden van de handhavingsproblematiek als basis voor nieuw beleid.

#### *Het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de commissie Kortmann*

De tweede stap in de ontwikkeling van de bestuurlijke boete is de positieve kabinetsreactie op het advies van de commissie Kortmann.<sup>74</sup> Het kabinet omarmde het advies van de commissie en nam de rechtvaardiging voor de bestuurlijke boete zonder meer over. Zo was het kabinet er met de commissie van overtuigd dat invoering van de bestuurlijke boete een belangrijke bijdrage zou kunnen

---

<sup>74</sup> *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 400 VI, 48.

leveren aan de verbetering van de rechtshandhaving. De invoering van de bestuurlijke boete zou het bestuur dwingen nadrukkelijker betrokken te raken bij de handhaving en hiervoor de verantwoordelijkheid te nemen. Volgens het kabinet zou ontwerp van regelgeving, uitvoering en handhaving in één bestuurlijke hand komen te liggen, waardoor het bestuur beter in staat zou zijn de regie te voeren: de 'alles in één hand'-gedachte (p. 6-7).<sup>75</sup> Verder zou de bestuurlijke boete een goed alternatief vormen voor de strafrechtelijke handhaving, die bij voorkeur toch zou moeten worden ingezet voor ernstiger rechtsinbreuken, aldus het kabinet. Ook hier valt op dat het kabinet de keuze voor de bestuurlijke boete niet verder onderbouwt, maar leunt op het niet uitvoerig onderbouwde advies van de commissie Kortmann.

In de ambtelijke praktijk bleek de 'alles in één hand'-gedachte overigens goed aan te slaan, in het bijzonder bij de wetgevingsafdelingen van de verschillende ministeries. Die toonden grote belangstelling voor het instrument bestuurlijke boete omdat het de autonomie en invloed van de 'eigen' uitvoeringsorganen en toezichthouders zou versterken (Verheij, 1999, p. 26).<sup>76</sup> Volgens Verheij zou het hen in staat stellen om:

'Een eigen handhavingsbeleid te voeren, daarbij hun eigen prioriteiten te stellen en daarbij zelf te bepalen hoeveel middelen voor de handhaving worden ingezet. Daardoor krijgen bestuursorganen steeds meer greep op de effectiviteit van hun beleid.'

'In de huidige situatie zijn deze organen afhankelijk van het OM en moet de handhaving [...] dus om de schaarse middelen concurreren [...]. Met bestuurlijke boeten heeft men het stellen van prioriteiten en dus de effectiviteit van de handhaving en daarmee van het beleid meer in eigen hand.'

#### *De vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*

Een derde stap in de ontwikkeling van de bestuurlijke boete wordt gemarkeerd door de invoering van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht in juli 2009. Op basis hiervan is in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht een algemene regeling voor het gebruik van de bestuurlijke boete in het leven

---

<sup>75</sup> Zo ook Roording (2011, p. 12).

<sup>76</sup> Dit sluit aan bij het beeld dat Van Waarden (2006, p. 232) en Berghuis (2005, p. 30) schetsen van de groei van het aantal toezichthoudende organisaties. Die zouden de neiging hebben om hun takenpakket uit te breiden en zichzelf op te tuigen met zwaardere sancties, waaronder de bestuurlijke boete (vergelijk hoofdstuk 1).

geroepen.<sup>77</sup> Deze regeling kan worden beschouwd als het voorlopige hoogtepunt van de ontwikkeling van de bestuurlijke boete: er werd een algemeen normatief en harmoniserend kader vastgesteld voor de bestuurlijke boete.<sup>78</sup> Het toenemende en veelvormig gebruik van de bestuurlijke boete deed de behoefte gevoelen aan een dergelijk kader, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting en de literatuur.<sup>79</sup>

In de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht worden de argumenten voor de invoering van de bestuurlijke boete nog eens op een rij gezet. In dat rijtje staat de noodzaak tot versterking van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de handhaving (de 'alles in één hand'-gedachte) bovenaan (p. 117).

'Zoals hiervoor uiteengezet heeft de ervaring echter geleerd dat het wenselijk kan zijn ook het bestuur een aandeel in de bestraffende handhaving te geven. Dat kan zijn omdat het wenselijk is om uitvoering en handhaving [...] gedeeltelijk in één hand te brengen, en aldus te benadrukken dat het bestuur ook voor de handhaving verantwoordelijkheid draagt.'

In het rijtje duiken echter twee nieuwe, meer pragmatische, argumenten op voor de bestuurlijke boete, te weten de geringe ernst en de massaliteit van de overtredingen van het ordeningsrecht (p. 117-118).

'Een [...] reden kan zijn dat de geringe ernst van de overtredingen de inzet van strafrechtelijke procedures niet rechtvaardigt. [...] Ten slotte kan de massaliteit van de overtredingen een argument zijn voor bestuursrechtelijke afdoening. Het bestuursrecht is nu eenmaal meer ingesteld op het nemen van grote aantallen routinebeslissingen dan het strafrecht.'

---

<sup>77</sup> *Stb.* 2009, 264. Hierdoor werd een aantal klassieke strafrechtelijke beginselen en waarborgen van toepassing op het opleggen van een bestuurlijke boete, bijvoorbeeld geen straf zonder schuld, het zwijgrecht en de cautie. Knigge spreekt, in een commentaar op de Vierde Tranche en de consequenties daarvan voor de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht, van 'schaduwstrafrecht' (2000, p. 83).

<sup>78</sup> De inhoud van dat kader was natuurlijk niet helemaal nieuw, onderdelen daarvan waren al opgenomen in bijzondere wetten.

<sup>79</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, 3, p. 4-5, 74 en 120 en onder meer Corstens (2000), Hartmann en Rogier (2004), Bröring (2005), Albers (2006), Rogier (2009 en 2010) en Michiels (1994 en 2009). Hartmann en Van Russen Groen hebben (tevergeefs) een specifieke wettelijke regeling bepleit die volgens hen beter recht zou doen aan het bijzondere karakter van de sanctie: de Wet Bestuursstrafrecht (1998, p. 128-133).

## 2.2.2 De kwaliteit van de besluitvorming en rechtsbescherming

In de rechtswetenschappelijke literatuur liet de kritiek op de gebezigde argumenten voor de invoering van de bestuurlijke boete niet lang op zich wachten. Die kritiek had over het algemeen een sterk principiële, rechtsstatelijke inslag.

### *Alles in één hand*

Een prominent criticus was Corstens (2000). Uit zijn commentaar valt op te maken dat hij bepaald geen voorstander was van de 'alles in één hand'-gedachte. Zijn eerste bezwaar had betrekking op de in zijn ogen ongewenste concentratie van bevoegdheden, doordat normstelling, uitvoering, toezicht en sanctieoplegging bij één en hetzelfde bestuursorgaan werden ondergebracht.<sup>80</sup> Hierdoor zou er te weinig tegenspraak en tegenkracht worden geboden, wat afbreuk zou kunnen doen aan de vereiste objectiviteit en distantie bij de toezichthouder (2000, p. 1188). In het verlengde hiervan benadrukt hij juist het belang van een scheiding tussen toezicht en handhaving. Die heeft volgens hem als voordeel dat handhavingsacties de bestaande vertrouwensrelatie tussen controleorgaan en gecontroleerde niet nodeloos hoeven te belasten (p. 1188).<sup>81</sup> Een tweede bezwaar van Corstens was de in zijn ogen gebrekkige transparantie en controleerbaarheid van het proces van boeteoplegging. Bestuur en overtreder zouden het daardoor gemakkelijker op een akkoordje kunnen gooien. Zo zou de anti-hardheidsclausule de deur open zetten naar onderhandelingen over de hoogte van de boete.

Meer in het algemeen zou volgens hem van een openbare berechting en sancti-  
oningering een sterkere generale preventie uitgaan (p. 1189).<sup>82</sup> Een derde bezwaar was dat het bestuursorgaan een financieel belang zou kunnen krijgen bij de handhaving, waardoor het risico op misbruik van die bevoegdheid op de loer ligt

---

<sup>80</sup> De Koning-De Jong signaleerde dit knelpunt ook al (1994, p.187-188). Later volgden andere critici. Zo meende bijvoorbeeld Wiewel dat een openbare, controleerbare terechtzitting bij uitstek de plaats is voor het opleggen van zwaardere sancties: ter bescherming van de maatschappelijke integriteit. controle op de overheid en om de norm publiekelijk te bevestigen (2001, p. 187). Ook Van der Meulen wees er op dat een concentratie aan bevoegdheden zou kunnen leiden tot rechtstatelijke onevenwichtigheden (2003, p. 81-82 en 126).

<sup>81</sup> Idem De Vries, die er op wijst dat de op samenwerking gerichte houding van de toezichthouder niet goed samengaat met de noodzakelijke handhavingsmentaliteit (2005, p. 29). Precies dit punt bracht de commissie Korthals Altes tot haar afwijkende advies: een bestuurlijke boete onder te brengen bij een bestuurlijke tak van het Openbaar Ministerie (zie verder paragraaf 2.3).

<sup>82</sup> Idem De Vries (2005, p. 29).

(p. 1188).<sup>83</sup> Corstens meende dan ook dat de bestuurlijke boete, om bovengenoemde redenen, beperkt zou moeten blijven tot de eenvoudige, minder ernstige en veel voorkomende overtredingen, waarvan de norm helder is. Hij vat zijn betoog als volgt samen (p. 1190):

‘Waar het gaat om wetsschendingen die niet aan de zojuist aangeduide eisen voldoen (eenvoudig, geringe ernst, frequent voorkomend, heldere norm) is het zaak het belang van de scheiding van de functies van enerzijds controle en opsporing en anderzijds boeteoplegging via de verplichte strafrechtelijke tussenkomst te laten prevaleren. De door het kabinet genoemde belangen van de grotere deskundigheid en ervaring van de voor boeteoplegging in te schakelen bestuursorganen dienen daarvoor de wijken.’

Voor de afdoening van overtredingen die niet aan deze criteria voldoen is volgens hem het strafrecht aangewezen.<sup>84</sup>

Een andere invloedrijke criticus was Michiels (1994, p. 31). Ook hij ziet als risico van de ‘alles in één hand’-gedachte dat het gebruik van de bestuurlijke boete, als voorbeeld van wat hij noemt ‘verticaal overheidsoptreden’, nodeloos schade zou kunnen toebrengen aan de bestendige en op samenwerking gerichte, ‘horizontale’, relatie tussen bestuur en vergunninghouder. Dat zou afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van de handhaving.<sup>85</sup> Hij ziet overigens ook wel praktische voordelen in de ‘alles in één hand’-gedachte, daarover meer in paragraaf 2.3.

#### *Bestrafing door het bestuur*

In de kern hadden de critici grote moeite met het wezenskenmerk van de bestuurlijke boete: bestraffing door het bestuur met rechterlijke toetsing achteraf. Zo stelde Corstens dat het strafrecht ten principale meer bescherming biedt dan

---

<sup>83</sup> Idem Michiels (1994, p. 40). De Vries meent juist dat het delen in de boeteopbrengst een stimulans kan geven aan de bestuurlijke handhaving (2005, p. 29).

<sup>84</sup> Hij is dan ook geen voorstander van de boeteregeling in de toenmalige Wet toezichteffectenverkeer (2000, p. 1189).

<sup>85</sup> Meer recent wees Vletter-van Dort op de keerzijde van een verharding van het toezicht: ‘Ik vraag mij af of door aan te dringen op harder ingrijpen niet twee zaken met elkaar vermengd worden, namelijk toezicht en handhaving. Bij mij rijst de vraag of het niet zo is dat als een toezichthouder vooral stuurt op handhaving dit ten koste gaat van de kwaliteit van het door hem uitgeoefende toezicht. Als de toezichthouder op deze manier stuurt in zijn toezicht wordt de afstand tussen de onder toezicht staande instelling en de toezichthouder eerder vergroot en geformaliseerd en bovendien dreigt het gevaar van een *tick the box*-mentaliteit bij onder toezicht staande instellingen.’ (2013, p. 44-45).

het bestuursrecht, hoofdzakelijk omdat in het straf(proces)recht het opleggen van de sanctie is voorbehouden aan de rechter (1984, p. 39). Zo kent de strafrechtspleging volgens hem (1995, p. 18):

'Een traditie van zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging die voor een deel in geschreven en ongeschreven rechtsnormen is vastgelegd en voor een ander deel een kwestie van wijze van bejegening en mores is.'

Die traditie kan volgens hem nooit in dezelfde mate ontstaan in het bestuursrecht '...omdat daarin het bestuur dat primair uit is op effectieve handhaving, de toon zet'. Kortom, het opleggen van straffen zou niet aan het bestuur kunnen worden toevertrouwd, omdat die nu eenmaal in een andere traditie staat en andere belangen heeft. Anno 2011 lijkt Corstens deze mening nog steeds toegedaan (Corstens & Limborg, 2011, p. 14-16).<sup>86</sup>

'Echter, er moet tegen worden gewaakt dat onder het mom van de efficiëntie de rol van de rechter in de samenleving wordt ondermijnd. Want door verregaande inperkingen van het rechterlijk domein komt de rechtstaat zelf in gevaar. Wat betreft de overheveling van bevoegdheden van de rechtspraak naar het bestuur zijn de grenzen bereikt. We zijn aangekomen op een punt waarop moet worden gezegd: tot hier en niet verder.'

Andere critici kwamen om principiële redenen tot dezelfde slotsom. Zo gaf ook Kwakman de voorkeur aan het strafrecht als sluitstuk van het bestuursrechtelijke handhavingstraject, omdat het strafrecht volgens hem een langere traditie kent. Hij zag het strafrecht als (2006, p. 336):

'Een stelsel dat is doordrenkt van het historisch en door velen gedeelde besef dat het toevoegen van leed door de overheid altijd al iets problematisch heeft gehad en mede daarom met de grootste mogelijk terughoudendheid en zorgvuldigheid dient te worden omringd.'

---

<sup>86</sup> Zie ook zijn lezing 'De exclusiviteit van onafhankelijke rechtspraak' voor het Fries Juridisch Genootschap, op 29 oktober 2012. Te raadplegen via: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). In reactie op Corstens en Van Limborg stelde de minister van Veiligheid en Justitie in een brief aan Tweede Kamer over het rapport 'Referentiekader geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht', dat dit standpunt voorbij gaat aan de rechtsbescherming die in het bestuursrecht en door de bestuursrechter kan worden geboden en aan andere legitieme belangen in de rechtshandhaving, zoals effectiviteit en doelmatigheid (*Kamerstukken II*, 2012/13. 33 400 VI, 80, p. 7).



Waar het hem om ging is dat de kernbeslissingen over handhaving worden genomen door een onafhankelijke, onpartijdige, magistratelijke functionaris. Zo was hij van mening dat (2006, p. 337-338):

‘De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het strafrechtelijke traject en het opleggen van punitieve sancties in beginsel in handen moet blijven van het OM en de strafrechter als de magistratelijke schatbewaarders van de grondbeginselen en uitgangspunten van ons strafrecht.’

Het bestuur behoort dan ook afstand te houden, om ‘bestuurlijke eigenrichting’ te vermijden. Ook kritisch over de ‘alles in één hand’-gedachte waren De Doelder (1994, p. 208) en Wattel (1995, p. 175). Volgens hen doorkruiste ‘een straffend bestuur’ het gedachtengoed achter de *trias politica*.

#### *De grondslagen van de bestuurlijke boete*

Andere critici richtten zich meer op de grondslagen van de bestuurlijke boete, waaronder Albers (en Schlössels) (2000, 2002 en 2006) en Mevis (2004 en 2005). Hun kritiek kwam er op neer dat sancties die in materieel opzicht punitief zijn, ook strafrechtelijk behoren te worden afgedaan en niet door het bestuur.<sup>87</sup> In de kern stellen zij de bevoegdheid van bestuur om een punitieve sanctie op te leggen ter discussie: ‘Hierbij is tevens de vraag aan de orde of de wetgever geschilbeslechting in de punitieve sfeer mag opdragen aan instanties die niet tot de rechterlijke macht behoren’ (Albers & Schlössels, 2002, p. 188). De wetgever zou te gemakkelijk zijn voorbijgegaan aan artikel 113, eerste lid, van de Grondwet dat voorschrijft dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht. Formeel is de boete weliswaar een bestuurlijke, in materieel opzicht zou de bestuurlijke boete door zijn leedtoevoegend karakter moeten worden opgevat als een strafsancie, aldus Albers (2002, p. 50-52).

Meer in het bijzonder stelde Mevis dat de juridische legitimatie van de bestuurlijke boete zwak zou zijn (2005, p. 582). Zo vroeg hij zich af: ‘...of bestraffing wel een instrument van bestuurlijke rechtshandhaving kan zijn, of dat bestraffing nu juist vanwege zijn aard een handeling is die daarom aan de (straf)rechter is voorbehouden’ (p. 583). Hij verbaasde zich er over dat een dergelijke ingrijpende verandering in het publiekrecht heeft kunnen plaatsvinden zonder voorafgaande fundamentele discussie (2004, p. 355). Met Albers is hij van mening dat er te gemakkelijk van wordt uit gegaan dat artikel 113 van de Grondwet zich niet zou

---

<sup>87</sup> Zo ook Corstens: ‘Een bestuurlijke boete is nu eenmaal een strafsancie, zodat de grondbeginselen van straf- en strafprocesrecht moeten worden gerespecteerd.’ (2000, p. 1187).

verzetten tegen bestraffing door het bestuur in plaats van de rechter.<sup>88</sup> Hij schrijft het uitblijven van een fundamentele discussie over grondslag en plaats van de bestuurlijke boete toe aan het feit dat de boeteopbrengst toekomt aan het bestuursorgaan dat de boete heeft opgelegd.<sup>89</sup> Net als Corstens, wijst hij dan ook op het risico van misbruik.

#### *De rechtsbescherming*

Daarnaast richtte de kritiek zich op de mate van rechtsbescherming. Ook hier voerde Albers (met Schlössels) de critici aan.<sup>90</sup> In de kern kwam haar kritiek er op neer dat de bestuurlijke boete materieel moet worden opgevat als een bestraffende sanctie, een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM (2000, p. 139-140). Het moet worden gerekend tot 'het strafrecht in ruime zin' (Albers & Schlössels 2002, p. 187). Dit impliceert een niveau aan rechtsbescherming dat de vergelijking met het Wetboek van Strafvordering moet kunnen doorstaan. Het voorgestelde systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou volgens haar echter niet gelijkwaardig zijn aan dat in het strafprocesrecht (2000, p. 140).

Meer in het algemeen zou het bestuursprocesrecht volgens Albers en Schlössels minder geschikt zijn voor de normering van de bestuurlijke boete (2002, p. 187 en 198; Albers, 2006, p. 23 en 26-28). Zo zou het bestuursprocesrecht in hun ogen op fundamentele punten afwijken van het strafprocesrecht en de daarin vervatte waarborgen. In tegenstelling tot het inquisitoire strafproces, zien zij het bestuursproces als een partijenproces, waarin de rechter zich doorgaans terughoudender opstelt. De bestuursrechter heeft volgens hen in de bestuursprocesrechtelijke context minder ruimte om zich ambtshalve actief en kritisch op te stellen dan de strafrechter. Waar bij strafrechter de overtreding centraal staat, staat in bij bestuursrechter de rechtmatigheid van het boetebesluit centraal, op basis van de bezwaren van betrokkene.<sup>91</sup> Zij zagen de bestuurlijke boete dan ook als '... een koekoeksei in het nest van het bestuursprocesrecht' (2002, p. 198) en als 'een verschraving van een goede strafvordering' (2006, p. 37).<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Idem Rogier (2010, p. 519). Ook Sillen ziet het als een tekortkoming dat de Grondwet de ontwikkeling, die hij als wildgroei kenschetst, van bestuurlijke straffen slechts in zeer beperkte mate begrensd (2014, p. 31 en 34).

<sup>89</sup> Zo ook Schaffmeister (1995, p. 65).

<sup>90</sup> Dat doet zij nog steeds, getuige haar recente preadvies aan de VAR. Zij het wel met een zeker voorbehoud (2014, p. 95 en 100).

<sup>91</sup> Zo ook Sillen (2014, p. 28).

<sup>92</sup> Zie ook Albers (2007, p. 399). Bij de behandeling van het wetsvoorstel Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht in de Eerste Kamer, reageerde de minister van Justitie op de stellingen van Albers: het bestuursrecht zou wel degelijk eisen stellen aan de voorbereiding van boete-

Van Duyne en Kwanten sloten zich bij deze kritiek aan. Zij stelden op hun beurt dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht van geringer gehalte zou zijn dan die in het strafrecht (2004, p. 26-28). Een overheveling van onderdelen uit het strafrecht, zoals de bestuurlijke boete, zou volgens hen een uitholling betekenen van de geringe rechtsbescherming die het bestuursrecht in hun ogen al biedt. Zij waarschuwden dan ook voor een dreigend 'waarborgen- en rechtsbeschermingstekort'.<sup>93</sup>

#### *De tegenstelling vervaagt*

Het valt op dat de critici van de bestuurlijke boete zware woorden gebruikten om hun argumenten kracht bij te zetten: 'een traditie van zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging', 'magistratelijke schatbewaarders', 'een magische lijn', 'koe-koeksei' of 'verschraling'. Zij onderstreepten daarmee het principiële en behoudende karakter van hun kritiek. Uit de argumentatie spreekt een sterk geloof in de (morele) superioriteit van de strafrechter en een sterk wantrouwen in de professionaliteit van het bestuur. Hiermee wordt een sterke tegenstelling gecreëerd tussen het strafrecht en het bestuursrecht. De magische lijn mag kennelijk niet worden overschreden.

Een relativerend geluid kwam in dit verband van Wladimiroff (1990, p. 193-194). Hij erkende weliswaar dat er sprake zou kunnen zijn van een zekere vermindering van de rechtsbescherming ten opzichte van het strafrecht. Maar daar stelde hij tegenover dat in de praktijk van het economisch strafrecht van het contradictoire karakter van het strafproces weinig terecht kwam. Dit vanwege het technische karakter van het bewijs en het feit dat de daad centraal staat in plaats van de dader, die vaak ook nog eens een rechtspersoon is. Bovendien werden de meeste zaken buitengerechtelijk afgedaan door middel van een transactie. Ook uit de evaluatie van de WAHV door Onneweer kwam naar voren dat geen sprake is van een verslechtering van de rechtsbescherming van de verkeersovertreder (1997, p. 147-148).<sup>94</sup>

---

besluiten, zo moet het bestuur voldoende kennis vergaren omtrent de relevante feiten en af te wegen belangen en het besluit afdoende motiveren. Verder zou de bestuursrechter zich wel degelijk kritisch opstellen en grondig nagaan of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en consistent is en of de hoogte van de boete evenredig is. Deze toetsing blijft niet beperkt tot een marginale, aldus de minister. *Kamerstukken I*, 2007/08, 29 702, C, p. 33-35 en 2008/09, 31 700 VI, J.

<sup>93</sup> Ook Reijntjes meent dat de 'alles in één hand'-gedachte afbreuk doet aan de rechtsbescherming (2004, p. 559).

<sup>94</sup> Zo ook Hartmann (2004, p. 1073), vergelijk hoofdstuk 3.

Meer in het algemeen stelt Onneweer dat bestuurlijke handhaving in de praktijk nog geen aantasting van de rechtsbescherming van de burger hoeft te betekenen: degenen die het echt niet eens zijn met de boete, komen wel in het geweer, zo leert haar onderzoek. Wat haar betreft is de verslechtering van de rechtsbescherming meer fictie dan feit.

Later relativeerde ook Stijnen het vermeende tekort aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Volgens hem weet de bestuursrechter inmiddels wel voldoende tegenwicht te bieden aan het bestuur, waardoor het beeld van 'rechter in eigen zaak' moet worden bijgesteld (2011, p. 8-9). Bröring en Jurgens gingen zelfs nog een stapje verder en stellen dat het bestraffende bestuursrecht in bepaalde opzichten zelfs meer waarborgen verschaft dan het strafrecht, althans in het geval van de OM-strafbeschikking (2006, p. 340 en 348). Jurgens lijkt zelfs geen wezenlijk verschil meer te zien in de toetsing door de strafrechter van de OM-strafbeschikking en de bestuursrechter van de bestuurlijke boete, doordat de bestuursrechter punitieve besluiten volledig toetst als gevolg van het vereiste van artikel 6 EVRM (2007, p. 48 en 62).

Al met al is in de loop der tijd, door ontwikkelingen binnen het strafrecht en het bestuursrecht, de tegenstelling tussen het strafrecht en het bestuursrecht minder sterk geworden (Hartmann, 2011, p. 31-37; Stijnen, 2011, p. 8-9). De grens tussen het strafrecht en het bestuursrecht is niet meer magisch. Hierdoor is eerdergenoemde kritiek in een ander licht komen te staan.

#### *Het strafrecht als ultimum remedium*

Naast eerdergenoemde kritiek op de 'alles in één'-gedachte, was er ook kritiek op de *ultimum remedium*-gedachte. Met het *ultimum remedium*-begrip wordt het uitzonderingskarakter van het strafrecht benadrukt.<sup>95</sup>

Zo bekritiseerde Van de Bunt de presentatie van het strafrecht als *ultimum remedium* (1990). Deze karakterisering van het strafrecht wordt volgens hem te pas en te onpas gebruikt, waardoor het zijn onderscheidend karakter zou hebben verloren. Hij adstrueert dit aan de hand van een analyse van de handhaving van de milieuregelgeving. Binnen die context onderscheidt hij drie varianten van het *ultimum remedium*-begrip, waarvan vooral de eerste in dit kader van belang is. In die variant wordt het strafrecht gezien als het zwaarste handhavingsinstru-

---

<sup>95</sup> Het begrip werd voor het eerst gebruikt door de toenmalige minister van Justitie A.E.J. Modderman (in de periode 1879-1883). Volgens hem moest het strafrecht worden gereserveerd voor 'onrecht' en moest de strafbedreiging van overtredingen worden beschouwd als 'het uiterste redmiddel'.

ment voor uitzonderingsgevallen (1990, p. 86).<sup>96</sup> Die gevallen betreffen dan de ernstigste overtredingen, 'gedragingen van hoge ethische onwaarde'. In deze variant wordt het *ultimum remedium*-begrip normatief ingevuld, zoals ook in eerdergenoemde beleids- en kamerstukken. Het veronderstelt dat het strafrecht ook daadwerkelijk het zwaarste in te zetten instrument is, door leed toe te voegen, en tegelijkertijd dat overtredingen van het sociaaleconomisch ordeningsrecht minder ernstig zouden zijn. Volgens Van de Bunt is dat in de praktijk echter lang niet altijd het geval. In het kader van de strafrechtelijke handhaving worden ook wel minder zware instrumenten ingezet, zoals een geldboete. Of instrumenten die niet alleen gericht zijn op leedtoevoeging, maar ook op herstel of beëindiging van de overtreding, zoals een voorwaardelijk sepot of voorwaarden bij een transactie en recent de OM-strafbeschikking. Tegelijkertijd kunnen ook overtredingen van het sociaaleconomisch ordeningsrecht, gelet op de omstandigheden van het geval, heel wel ernstig zijn.<sup>97</sup>

De actualiteit en bruikbaarheid van het *ultimum remedium*-argument is ook door Crijns ter discussie gesteld (2012, p. 17-18).<sup>98</sup> Hij beschrijft twee ontwikkelingen die tot gevolg hebben dat het *ultimum remedium*-argument volgens hem aan zeggingskracht heeft verloren. Als eerste noemt hij de opkomst van de veiligheidscultuur waarbinnen juist grote waarde wordt toegekend aan het functionele

---

<sup>96</sup> Gutwirth en De Hert noemen, in een beschouwing over de theoretische grondslagen van het strafproces, het strafrecht het meest extreme (barbaarse) middel voor de handhaving van fundamentele normen en daarom alleen toe te passen op de ernstigste normschendingen. De wetgever moet dan ook terughoudendheid betrachten bij het in het leven roepen van strafbepalingen: strafrecht is per definitie schaars recht (2001, p. 1073-1077).

<sup>97</sup> In de tweede variant wordt het strafrecht beschouwd als laatste redmiddel, voor die gevallen waarin bestuursrechtelijke handhaving ontoereikend is of tekort schiet (Van de Bunt, 2012, p. 91). In deze opvatting wordt het begrip instrumenteel of functioneel ingevuld. Echter, het is nog maar de vraag of het strafrecht in de handhavingspraktijk het meest geëigende middel is. Daarnaast veronderstelt deze opvatting dat het strafrecht daadwerkelijk een positief effect heeft op de naleving. Dat is volgens hem nog maar de vraag: duidelijk empirisch bewijs daarvoor ontbreekt vooralsnog. Of zoals Crijns het later formuleert: '...met het tekortschieten van alternatieven is de geschiktheid van het strafrecht nog niet gegeven' (p. 12). In de derde variant wordt het strafrecht ingezet ter ondersteuning van het bestuur (p. 95). Deze opvatting gaat er van uit dat de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving weliswaar ligt bij het betrokken bestuursorgaan, maar dat het strafrecht soms 'flankerend' kan werken. Volgens Van de Bunt staat of valt deze opvatting echter met het feit dat betrokken bestuursorgaan ook daadwerkelijk optreedt. Dat is volgens hem niet vanzelfsprekend, zo leert de handhavingspraktijk.

<sup>98</sup> Al veel eerder merkte Hulsman in zijn oratie 'Handhaving van het recht' in 1965 op dat het strafrecht niet (meer) kan worden beschouwd als *ultimum remedium*, in vergelijking met het civiele sanctierecht (p. 8).

en probleemoplossend vermogen van het strafrecht (p. 14-15). Er wordt in dit verband dan ook gesproken van risicostrafrecht (zie hoofdstuk 1).

In het kader van deze benadering van veiligheidsvraagstukken lijkt men iedere terughoudendheid ten aanzien van de inzet van het strafrecht te hebben laten varen, aldus Crijns.<sup>99</sup> Het strafrecht krijgt zo steeds meer symbolische waarde. Ten tweede noemt hij de opkomst van het punitieve bestuursrecht, waaronder de bestuurlijke boete (p. 15-16) (zie ook hoofdstuk 1). Hierdoor is het verschil met het strafrecht steeds kleiner geworden, hoge bestuurlijke boetes zijn minstens zo ingrijpend als het strafrecht. Hierdoor zijn het strafrecht en het bestuursrecht langzaam maar zeker gelijkwaardige opties geworden bij de keuze voor de inrichting van een handhavingssysteem. De *ultimum remedium*-gedachte dient daarbij niet meer als het leidmotief, aldus Crijns (p. 18).<sup>100</sup> In zijn oratie herhaalt Crijns deze observatie: Het strafrecht is niet langer *ultimum remedium* maar het eerst aangewezen middel om maatschappelijke problemen het hoofd te bieden (2013, p. 7).

Tot zover de normatieve argumenten voor de bestuurlijke boete. In de volgende paragraaf ga ik in op de instrumentele benadering.

### 2.3 De instrumentele benadering

In de instrumentele benadering van de bestuurlijke boete spelen eveneens twee argumenten een rol. In de eerste plaats de noodzaak tot het ontzien van het overbelaste strafrecht en in de tweede plaats het specialistische karakter van het sociaaleconomisch ordeningsrecht.

---

<sup>99</sup> Ook Van der Woude wijst er op dat in het kader van het hedendaagse, integrale veiligheidsbeleid het strafrecht is verworden van *ultimum remedium* tot een breed inzetbaar beheersingsinstrument (2010, p. 109). In zijn visienota van 11 juni 2013 benadert de minister van Veiligheid en Justitie het strafrecht vooral pragmatisch: 'Het strafrecht is en blijft een zwaar middel en daarom moet zorgvuldigheid worden betracht bij de inzet ervan. Tegelijkertijd dient het strafrecht een adequate reactie op ontoelaatbaar gedrag mogelijk te maken. Dit houdt in dat deze reactie correct, zorgvuldig en tijdig moet zijn en dat het strafrecht een antwoord moet geven op hedendaagse criminaliteitsproblematiek'. Het begrip *ultimum remedium* komt er niet in voor. *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 400 VI G, p. 7 en 12. Crijns spreekt in reactie op deze nota dan ook van 'stuurloos strafrecht' (tevens de titel van zijn oratie). Dat wil zeggen een strafrecht dat wordt gedictieerd door de ad hoc overwegingen en de waan van de dag (2013, p. 3).

<sup>100</sup> Zo beschouwt lijkt het *ultimum remedium*-argument alleen nog te gelden voor twee aspecten van het strafrecht: de vrijheidsbenemende maatregelen en sancties die kunnen worden opgelegd en het stigmatiserende karakter van het openbare strafproces (De Hullu, 2009, p. 23).

### 2.3.1 Een alternatief voor het strafrecht

#### *Het advies van de commissie Kortmann*

De versterking van de rol van het bestuur bij de handhaving, zoals beoogd door de commissie Kortmann, was niet alleen door principiële motieven ingegeven. Een meer pragmatische overweging die eveneens een rol speelde was dat het in eerdergenoemde beleidsnota's geconstateerde handhavingstekort niet meer kon worden teruggedrongen met behulp van het strafrecht. Strafrechtelijke handhaving zou daartoe ongeschikt zijn, want kostbaar en arbeidsintensief en bovendien al sterk overbelast. De strafrechtelijke handhaving werd in dit verband niet als passend beschouwd (p. 7).

'In de bestuursrechtelijke wetgeving zijn veel gedragingen strafbaar gesteld, waarvoor die strafrechtelijke procedure naar huidig inzicht onevenredig zwaar en kostbaar is.'

Zo kwam de commissie uit op het bestuursrecht.<sup>101</sup> Later (1995, p. 43-44) schrijft Van Buuren, destijds nauw betrokken bij de totstandkoming van het commissieadvies, hierover:

---

<sup>101</sup> Aanvankelijk werd de oplossing voor eerdergenoemde overbelasting van de strafrechtspleging nog wel binnen het strafrecht gezocht (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 50-51 en 112 en Verhey & Verheij, 2005, p. 255-256). Het bestuursrecht als alternatief stuitte toen nog wel op principiële bezwaren, vanwege het ontbreken van passende rechtswaarborgen. Hartmann en Van Russen Groen noemen in dit verband onder meer de uitbreiding van de transactiebevoegdheid, de vereenvoudiging van de kantongerechtedprocedure en de instelling van een alleensprekende, economische, politierechter (zie ook De Vries, 2005, p. 20). Overigens zag Roording het gebruik van onder meer de transactie juist als een eerste voorteken van een 'verbestuurlijking' van het strafrecht (1994, p. 127). Vervolgens werd de oplossing gezocht in de Wet op de economische delicten (WED). Die moest, op een efficiënte en effectieve manier, de handhaving van het snel uitdijende sociaaleconomische wetgeving ordenen en uniformeren (Gritter, Knigge & Kwakman, 2005, p. 21). De wet kende daartoe vergaande bevoegdheden, waaronder de voorlopige maatregel, hoge boetes en ingrijpende maatregelen, zoals het stilleggen van de onderneming. De Roos noemt de WED dan ook 'het strafrecht van de verzorgingsstaat' of 'bestuursondersteunend strafrecht' (1987, p. 5 en 65). Echter, mede als gevolg van de uitbreiding van de reikwijdte van de WED, waardoor die een steeds algemener karakter kreeg, en de blijvende overbelasting van het strafrecht verloor de WED zijn exclusieve rol (Brants-Langeraar, 1990, p. 32-33, Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 53; Gritter, Knigge & Kwakman, 2005, p. 145 en 147). Laatstgenoemden signaleren overigens een opmerkelijke parallelie in de opkomst van de WED en de bestuurlijke boete: in beide gevallen werd exclusivi-

‘Het enige argument voor de keuze voor de bestuurlijke boete dat werkelijk telt is, dat op die manier een alternatieve handhavingsslijn wordt opgezet naast die van het dichtgeslibde strafrechtelijke kanaal.’

Een tweede doelmatigheidsargument was volgens hem het ‘lik op stuk’ karakter van de bestuurlijke boete (p. 50-51).

*Het advies van de commissie Korthals Altes*

De bestuurlijke boete als doelmatig alternatief voor het strafrecht in het kader van de handhaving van het sociaaleconomisch ordeningsrecht, kwam terug in het rapport van de commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving, ook wel genoemd de commissie Korthals Altes, uit 1995.

Aanleiding tot de instelling van deze commissie was de gevoelde overbelasting van de strafrechtelijke rechtshandhaving als gevolg van de ‘explosieve groei’ van de ordeningsregelgeving, tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de sociale verzorgingsstaat (1995, p. 9). De commissie Korthals Altes was ingesteld door de toenmalige minister van Justitie met als opdracht praktische voorstellen te doen met betrekking tot de handhaving van regelgeving anders dan door middel van het strafrecht.<sup>102</sup>

De commissie zag in de bestuurlijke boete, onder voorwaarden, een doelmatige oplossing voor het zogenoemde handhavingstekort.

‘Voor dergelijke delicten wordt een directe afdoening door het bestuur, zonder voorafgaande gerechtelijke procedure passender geacht.’

Het strafrecht wordt hiervoor als ‘...een te zwaar en onwerkbaar middel beschouwd’, aldus de commissie (1995, p. 80). De commissie Korthals Altes streepte het strafrecht af als overbelast en ondoelmatig. Het stelde, geïnspireerd door het ogenschijnlijke succes van de WAHV, een bestuurlijke oplossing voor.<sup>103</sup>

---

teit geclaimd (strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk) om de handhaving van het economisch ordeningsrecht te verbeteren (2005, p. 145).

<sup>102</sup> Het advies van de commissie is getiteld: ‘Het Recht Ten Uitvoer Gelegd. Oude en nieuwe instrumenten van rechtshandhaving’.

<sup>103</sup> De commissie zocht de oplossing weliswaar in bestuurlijke handhaving, een voor tenuitvoerlegging vatbare transactie, maar dan door een bestuursrechtelijke tak van het Openbaar Ministerie. Deze taak zou niet aan het bestuur kunnen worden overgelaten omdat die over onvoldoende afstand, objectiviteit en onpartijdigheid zou beschikken. Het zou het bestuur ontbreken aan de vereiste punitieve handhavingstraditie. Verder zou een handhavingstaak de goede



### *Het advies van de commissie Michiels*

In het voetspoor van de commissie Kortmann en Korthals Altes, zag ook de commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, ook wel genoemd de commissie Michiels, mogelijkheden in de bestuurlijke boete. De commissie deed nader onderzoek naar de aard en omvang van het handhavingstekort. Als belangrijkste reden voor de invoering van de bestuurlijke boete, zag het mogelijke doelmatigheidswinst (1998, p. 79). De commissie tekende daarbij wel aan dat de verwachte winst vooral was gebaseerd op het succes van de WAHV en dat dit bepaald niet hoefde te gelden voor andere beleidsterreinen. Daarnaast zag de commissie als voordeel van de bestuurlijke boete een aanvulling en versterking van het bestuurlijk handhavingsinstrumentarium, waardoor het bestuur aan slagvaardigheid en geloofwaardigheid zou kunnen winnen (p. 79-80). Ook daarbij plaatste de commissie meteen weer een relativerende kanttekening: dit voordeel kon alleen worden behaald als het bestuur ook daadwerkelijk in staat en bereid zou zijn de bevoegdheid te gebruiken.<sup>104</sup> Al met al is de commissie, als één van de weinige, genuanceerd en terughoudender ten aanzien van de bestuurlijke boete. Volgens de commissie zouden de bestaande handhavingproblemen wel eens net zo goed kunnen worden opgelost door een beter gebruik van het bestaande instrumentarium, in plaats van uitbreiding van het instrumentarium (p. 80).<sup>105</sup>

Een expert van het toenmalige ministerie van Justitie, die nauw betrokken was bij de beleidsontwikkeling op het gebied van bestuurlijke handhaving, blikt als volgt terug op de keuze voor de bestuurlijke boete (respondent 1).

‘Op sociaaleconomisch terrein was sprake van een enorme explosie van beleid en regelgeving. De noodzaak tot handhaving van deze regelgeving was min of meer over het hoofd gezien of werd als minder belangrijk ervaren. Het was in elk geval niet goed geregeld. Handhaving had dus geen hoge prioriteit, er werd gedoogd. Toen er sprake was van een massaliteit van overtredingen, nam de druk op de strafrechtelijke handhaving toe.’

---

verstandhouding tussen de rijksoverheid en het lokale bestuur verstoren en zouden te grote lokale verschillen kunnen ontstaan (p. 83).

<sup>104</sup> De commissie bepleitte dan ook terughoudendheid bij het toedelen van de boetebevoegdheid aan decentrale overheden, omdat uniforme toepassing dan onvoldoende zou zijn gewaarborgd (1998, p. 80). Als alternatief stelde de commissie een bestuurlijke transactiebevoegdheid voor. Zie in dit verband ook Reijntjes, die mandatering van de transactiebevoegdheid aan het bestuur voorstelt, als variant tussen de transactie en OM-afdoening (2004, p. 560).

<sup>105</sup> Deze wijze woorden gelden voor meer voorstellen om handhavingsbevoegdheden uit te breiden.

'De strafrechtelijke handhaving was in bedrijfsmatig opzicht lang verwaarloosd. De doorlooptijden waren te lang en er was een cellentekort. Dit leidde tot het afhouden van het aanbod aan relatief lichte zaken uit het ordeningsrecht. Ter rechtvaardiging werd dan wel verwezen naar het ultimum remedium-karakter van het strafrecht. Wetgevingsjuristen benaderen het strafrecht tegenwoordig veel instrumenteler. Het ging eigenlijk om een capaciteitsvraagstuk: de verdeling en toewijzing van het schaarse strafrecht. Het ging niet om een normatief vraagstuk. En het bestuursrecht lag gewoon binnen handbereik als alternatief.'

De noodzaak om een doelmatige oplossing te vinden voor het handhavingstekort buiten het strafrecht, vond wel enige weerklank in de rechtswetenschappelijke literatuur. Zo wezen onder meer Hartmann en Van Russen Groen op het arbeidsintensieve, tijdrovende en kostbare karakter van de strafrechtelijke procedure (1998, p. 61).<sup>106</sup> In dat licht lijkt de bestuurlijke boete een doelmatig alternatief: het kan immers relatief eenvoudig worden toegepast (De Vries, 2005, p. 27). Ook Berghuis zag in het strafrechtelijke capaciteitstekort de dragende reden om te zoeken naar andere afdoeningsvormen, die liggen buiten het strafrecht (2005, p. 31). Michiels plaatste de opmars van de bestuurlijke boete in de sleutel van het doelmatigheidsdenken dat volgens hem rond die tijd opgeld deed (1994, p. 5 en 48-49, 1995, p. 87-88 en 1999, p. 63 en 74-75) (vergelijk hoofdstuk 1). Hij was, als wetenschapper en als opsteller van het advies van de naar hem genoemde commissie, geneigd de bestuurlijke boete als een doelmatig instrument te zien, het kan immers relatief gemakkelijk worden opgelegd. Verder wordt het sanctiearsenaal van het bestuur completer en passender gemaakt door toevoeging van een punitieve sanctie. Hierdoor neemt de afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie af: de 'alles in één hand'-gedachte. Niettemin plaatste hij ook een aantal kritische kanttekeningen om, wat hij noemt, 'de Haagse boete-euforie' te dempen (1994, p. 49).

Aan de ene kant zal bestuurlijke boete vermoedelijk een werklastvermindering en kostenbesparing opleveren bij het Openbaar Ministerie, aan de andere kant staat daar een werklastverzwaring tegenover bij het bestuur en de bestuursrechter.<sup>107</sup> Meer in het algemeen, en dat is zijn kernpunt, wees hij er op dat het in het leven roepen van nieuwe sancties weinig zin heeft, zolang het ontbreekt aan de bestuurlijke wil tot handhaving en het onvoldoende duidelijk is of het bestuur de extra bevoegdheid echt wel nodig heeft.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Zo ook Verheij, 1999, p. 25-26 en De Vries, 2005, p. 2 en 17.

<sup>107</sup> Zie ook Van Erp en Van Ewijk (2005).

<sup>108</sup> Ook De Vries wijst op de noodzaak, naast het beschikken over specialistische kennis, van een mentaliteit bij het bestuur die is gericht op handhaving (2005, p. 26).

### *Specialisatie*

Het tweede argument dat in dit verband werd gebruikt in een later stadium van de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete was het specialistische karakter van het sociaaleconomisch ordeningsrecht. Dat zou een specialistische handhaving rechtvaardigen, dat wil zeggen handhaving door een gespecialiseerd bestuursorgaan dat beschikt over de vereiste (technische) kennis, ervaring en vaardigheden. Dit in plaats van het generalistisch ingestelde Openbaar Ministerie, dat doorgaans meer interesse toont in de handhaving van het klassieke, commune strafrecht.<sup>109</sup> Dit argument werd genoemd in de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (p. 117-118).<sup>110</sup>

‘Een [...] reden kan zijn, dat de handhaving specialistische deskundigheid vergt, terwijl het, gelet op de relatief geringe aantallen zaken, voor het strafrechtelijk apparaat niet lonend is deze deskundigheid op te bouwen.’

Een andere expert van het toenmalige ministerie van Justitie, die nauw betrokken was bij het opstellen van het advies van de commissie Kortmann, beschrijft de ontwikkeling van de bestuurlijke boete als volgt (respondent 2).

‘Justitie en het Openbaar Ministerie wilden niet langer de rotzooi van andere departementen opruimen. [...] Het Openbaar Ministerie was ook niet toegerust op de strafrechtelijke afdoening van ordeningswetgeving. Men beschikte niet over de specialistische kennis en ervaring, had er geen zin, het had geen prioriteit, het was ook niet aantrekkelijk uit carrièreperspectief.’

‘We hebben in feite om het strafrecht en het OM heen gemanoeuvreerd. Er is niet bewust gekozen voor decriminalisering.’

In de beleids- en kamerstukken worden het mededingingsrecht en het financieel toezicht aangehaald als voorbeelden van specialistisch-technische vakgebieden, waarvan het toezicht en de handhaving beter in handen gelegd zou kunnen worden van hooggespecialiseerde bestuursorganen, zoals de NMa, respectievelijk DNB en de AFM.

Deze variant voor de bestuurlijke boete kon wel op bijval rekenen in de literatuur. Zo kon Mevis, kritisch als hij was over de bestuurlijke boete, zich toch wel voorstellen dat (2005, p. 587):

---

<sup>109</sup> Of zoals officieren van justitie nog wel eens plegen te zeggen: ‘bloed en spoed’.

<sup>110</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, 3. Dit argument wordt nog eens herhaald in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I*, 2008/09, 29 702, E, p. 4.

‘Op hele specifieke terreinen van het maatschappelijk leven [...] behoefte bestaat aan een afzonderlijke, bijzondere, afwijkende regelgeving voor een bestuurlijke boete, toe te passen door een gespecialiseerd bestuursorgaan.’

Het moest volgens hem dan wel gaan om de spreekwoordelijke uitzondering op de hoofdregel, terreinen van het maatschappelijk leven.<sup>111</sup>

‘Waar niet elke burger onvermijdelijk mee te maken heeft, zoals mededinging of toezicht op financiële markten.’

Michiels zag, onder voorwaarden, eveneens ruimte voor een bestuurlijke boete waar het Openbaar Ministerie een gat laat vallen en specialisatie is vereist (1999, p. 69-71). Ook Hartmann en Van Russen Groen noemen het gebrek aan deskundigheid van het Openbaar Ministerie en de rechter als een reden om te kiezen voor bestuursrechtelijke handhaving (1998, p. 61).<sup>112</sup>

### 2.3.2 De beoogde doelmatigheidseffecten

In de rechtswetenschappelijke literatuur werden verder vraagtekens geplaatst bij de met de bestuurlijke boete beoogde doelmatigheidswinst en, in samenhang daarmee, het terug te dringen handhavingstekort (Corstens, 1995, p. 15-16; Den Houdijker, 2006, p. 18). Onduidelijk is waar die winst uit moest blijken: meer zaken, hogere doorlooptijden? Of wanneer het handhavingstekort zou zijn teruggedrongen? Er was, ter onderbouwing van de noodzaak van de bestuurlijke boete, nauwelijks empirisch bewijs beschikbaar met betrekking tot de veronderstelde doelmatigheid en doeltreffendheid (Corstens, 1995, p. 13-14).<sup>113</sup> Het kabinet leek dit probleem ook te onderkennen, waar het in reactie op het advies van de commissie Kortmann het volgende schreef (1994, p. 7).

‘Of en zo ja, in welke mate een bestuurlijk boetesysteem ook daadwerkelijk tot verbeteringen zal leiden, zal uiteraard in de praktijk moeten blijken.’

Het kabinet rekende daar niettemin wel op en beriep zich daartoe op de eerste positieve ervaringen met de WAHV. In 1997 rondde Onneweer een vergelijkende studie af naar de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving (de

---

<sup>111</sup> Alsof daar wel vrijelijk geëxperimenteerd zou mogen worden met de bestuurlijke boete. Deze rechtsgebieden zijn minder onschuldig dan het lijkt, dat hebben affaires als Bouwfraude en DSB wel geleerd.

<sup>112</sup> Zij noemen in dit verband ook nog dat de strafrechter te lage straffen zou opleggen.

<sup>113</sup> Hartmann en Van Russen Groen (1998, p. 62) en Van de Peppel (2006, p. 163) zijn dezelfde mening toegedaan.

WAHV) van verkeersvoorschriften. Uit haar studie komt om te beginnen naar voren dat het handhavingstekort ten aanzien van verkeersovertredingen aanzienlijk is teruggedrongen en dat verkeersovertredingen sneller en eenvoudiger worden afgedaan (p. 143-145). Tegelijkertijd is er per saldo geen sprake van een significante werklastvermindering, veeleer is sprake van een verschuiving van de administratieve werklast van politie en Openbaar Ministerie naar het Centraal Justitieel Incassobureau (p. 139-141).<sup>114</sup>

Een mogelijke verzwarende van de werklast als neveneffect van de bestuurlijke boete komt ook naar voren uit een werklastmeting door Van Erp en Van Ewijk (2005). Volgens hen is door de invoering van de bestuurlijke boete een verzwarende van de werklast te verwachten bij de bestuursrechter, gelet op het arbeidsintensieve karakter van dit type zaken. Zij wijzen zelfs op het risico van overbelasting van de bestuursrechter (p. 101-102).<sup>115</sup>

Ook eerdergenoemde experts, die nauw betrokken waren bij de invoering van de bestuurlijke boete, hadden een vrij positief beeld van de te verwachten effecten van de bestuurlijke boete (respondent 1 en 2).

‘De bestuurlijke boete is een relatief snelle en lichte interventie en daarom past het goed in het sanctiearsenaal van de toezichthouder. Het is vooral geschikt voor lichtere en minder zware gevallen. Dat is 80 procent van de overtredingen. Voor de zware gevallen, de laatste 20 procent, is het strafrecht bedoeld, met zijn dwangmiddelen en vrijheidsstraffen.’

‘Ik zie de bestuurlijke boete als een verrijking van de handhavingspraktijk. Er wordt beter, dat wil zeggen effectiever, gehandhaafd. Op terreinen waarop in het verleden niet of nauwelijks werd gehandhaafd. Het handhavingstekort is op onderdelen teruggedrongen.’

### *Een handhavingstekort?*

Het begrip handhavingstekort blijkt, communicatief gezien, een goed gekozen begrip.<sup>116</sup> Het komt veelvuldig terug in beleids- en kamerstukken en is een eigen

---

<sup>114</sup> Dit effect was al voorspeld door de commissies Kortmann en Korthals Altes (1995, p. 6). De commissie Kortmann verwachtte dat het bij een geringe werklastverhoging zou blijven (1994, p. 11).

<sup>115</sup> Van een verschuiving van de werklast zal volgens hen nauwelijks sprake zijn, omdat op betreffende deelterreinen de werklast voor de strafrechtspleging toch al vrij gering was.

<sup>116</sup> Het handhavingstekort was overigens geen nieuw verschijnsel. Hartmann en Van Russen Groen beschrijven in hun studie naar de ontwikkeling van het bestuursstrafrecht dat de problematiek van de overbelasting van de (straf)rechtspleging eigenlijk al speelde ruim voor de invoering

leven gaan leiden ter rechtvaardiging van de bestuurlijke boete. Dit terwijl het begrip in kwantitatief opzicht eigenlijk nooit goed is geijkt en uitgewerkt: hoe groot is het handhavingstekort en wanneer is het weggewerkt? Zo ontbreekt een nulmeting of een streefniveau.

Eerdergenoemde commissie Korthals Altes kwam er ook niet uit, zij constateerde dat er slechts beperkt zicht bestaat op de mate van naleving van regelgeving (1995, p. 61). Dit was onder meer reden voor de minister van Justitie tot de instelling van de commissie Michiels. Deze commissie moest onderzoek doen naar de omvang en ernst van het handhavingstekort. Volgens de commissie is daarvan sprake (1998, p. 36 en 57):

‘Wanneer bij niet-naleving een tot handhaving bevoegde instantie rechte moet handhaven doch hetzij wel wil, maar niet kan handhaven, hetzij wel kan, maar niet wil handhaven.’

Na onderzoek op diverse deel terreinen kwam de commissie tot de conclusie dat: ‘waar geen duidelijke, rechte aanvaardbare na te streven handhavingsniveaus zijn vastgesteld, er weinig kan worden gezegd over het handhavingstekort [...]’. Niettemin wordt er volgens de commissie ‘...op alle gebieden wel een zeker handhavingstekort ervaren’ (p. 47) en verschilt de omvang per beleidsterrein (p. 57). Kortom, objectief gezien kan het handhavingstekort moeilijk worden vastgesteld, subjectief gezien is er wel degelijk sprake van.<sup>117</sup>

In het verlengde hiervan oordeelde de commissie dat het presenteren van de bestuurlijke boete als de oplossing voor het handhavingstekort, voorbij dreigde te gaan aan de mogelijke oorzaken daarvan. Het probleem zou hem ook wel eens kunnen zitten in de onwil om te handhaven, in plaats van in de onmacht daartoe (1998, p. 82 en 176). De commissie was dan ook terughoudend ten aanzien van de bestuurlijke boete. Later zei Michiels hierover met zoveel woor-

---

ring van het Wetboek van Strafrecht (1998, p. 55). Ook toen was er al sprake van een groot aanbod van zaken en lange doorlooptijden. Alternatieven buiten het strafrecht waren toen nog onbespreekbaar (De Vries, 2005, p. 19). De gebrekkige naleving van regelgeving kwam ook al aan de orde in het interim-rapport van de Commissie kleine criminaliteit, de commissie Roethof, uit 1984. Dit rapport wordt wel beschouwd als beginpunt van een lange reeks publicaties over dit thema (Hildebrandt, 2002, p. 2).

<sup>117</sup> Later omschrijft de Algemene Rekenkamer het begrip handhavingstekort als volgt (2005, p.11): ‘Er is sprake van een handhavingstekort ten opzichte van een bepaalde regel of een achterliggend doel als: de betreffende regel, wet of van het doel afgeleide norm minder wordt nageleefd dan het niveau dat beoogd wordt en het plausibel is dat meer handhaving de naleving dichterbij het beoogde niveau zou brengen’.

den dat er voor moet worden gewaakt de doelmatigheidswinst, die te behalen lijkt met de bestuurlijke boete, niet te gemakkelijk in te boeken (1999, p. 67 en 74 en 2005, p. 70-71). Het bereiken daarvan is volgens hem nog niet zo eenvoudig als het lijkt. Een nadere analyse van het handhavingstekort had namelijk geleerd dat de oplossing daarvoor niet zozeer moest worden gezocht in een uitbreiding van bevoegdheden door middel van de bestuurlijke boete, maar vooral in een betere en meer samenhangende toepassing van reeds bestaande, preventieve en repressieve maatregelen. De bestaande bevoegdheden blijken namelijk om uiteenlopende redenen, in de bestuurlijke sfeer, onvoldoende te worden benut.

#### *Specialisatie als contra-indicatie*

In de beleids- en kamerstukken werd ook het specialistische karakter van het sociaaleconomisch orderingsrecht aangevoerd als argument voor de invoering van de bestuurlijke boete. Volgens critici zou het specialistische karakter van de sociaaleconomische orderingswetgeving juist ook kunnen worden opgevat als een contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving. Zo zag Wiewel in het specialistische karakter van die regelgeving juist reden voor strafrechtelijke handhaving (2001, p. 186-187). Het openbare strafproces moest dan als tegenwicht dienen tegen het technocratische gehalte van de regelgeving.

'Juist in die gevallen waarin een ander dan de behandelend ambtenaar niet begrijpt wat nu de misdrijving is, rust op de overheid een uitzonderlijke plicht inzake de zorgvuldigheid van bestrafning. Deze zorgvuldigheid kan slechts vorm worden gegeven doordat ten genoegen van de strafrechter bewijs wordt aangedragen. Het risico dat de behandelend ambtenaar aanklager en rechter tegelijk is, is anders te groot.'

Later wees Van der Meulen op de keerzijde van een hoge mate van specialisatie, met name bij marktautoriteiten (2003, p. 41). De hoge specialisatiegraad brengt met zich mee dat die organisaties staan voor een relatief smalle bestuurs-taak en hun personeel putten uit een relatief klein reservoir. De medewerkers ontlenen hun gezag aan hun materiedeskundigheid. Zij lopen daarmee het risico dat zij er, ongemerkt, een tamelijk eenzijdige en gelijkgestemde visie op de werkelijkheid op na houden. Hij vroeg zich zelfs af of de bestuursrechter, ondanks het feit dat die zich door concentratie van zaken ook kan specialiseren, hieraan wel voldoende tegenwicht zou kunnen bieden.<sup>118</sup> Specialisatie heeft ontegenzeggelijk voordelen, maar ook nadelen, aldus Vermeulen (p. 44-45). Het:

---

<sup>118</sup> Beroepszaken tegen marktautoriteiten zijn geconcentreerd bij de rechtbank Rotterdam. Hoger beroepszaken spelen bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

'...geeft de mogelijkheid een hoge mate van technische expertise in de bestuurlijke organisatie op te nemen dan wel op te bouwen. Dit kan de kwaliteit van het bestuur zeer ten goede komen, wanneer er voldoende voor wordt gewaakt dat de bestuurlijke juridische kwaliteit niet op het tweede plan raakt.'

#### *Doelmatigheid geeft de doorslag*

De discussie overziend, valt op de dat de doelmatigheidsargumenten in de loop ter tijd steeds meer aan gewicht hebben gewonnen. Waar aanvankelijk nog normatieve argumenten naar voren werden gebracht ter onderbouwing van de bestuurlijke boete (versterking bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de handhaving, het stafrecht is *ultimum remedium*), hebben functionele argumenten (bestuursrecht meest doelmatig bij terugdringen handhavingstekort, specialisering van de handhaving) uiteindelijk de doorslag gegeven.<sup>119</sup>

Zo wordt in de Memorie van Toelichting bij de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht zelfs expliciet gesproken van 'doelmatigheidsargumenten voor de invoering van de bestuurlijke boete (p. 117).<sup>120</sup>

De normatieve argumenten, in het bijzonder het *ultimum remedium*-argument, blijken bij nader inzien 'quasi-principieel' en moesten de bestuurlijke boete kenmerkend een normatieve legitimatie verschaffen.

## **2.4 Strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving?**

Achter de discussie over de introductie van de bestuurlijke boete, ging een meer fundamentele discussie schuil, namelijk over de afbakening tussen het bestuursrecht en het strafrecht. In die discussie draaide het om de vraag op grond van welke criteria overtredingen voortaan bestuursrechtelijk kunnen worden afge-

---

<sup>119</sup> Zie ook Rogier, die signaleert dat de principiële discussie over het nut en de noodzaak van de bestuurlijke boete steeds meer op de achtergrond raakt en de discussie vooral gaat over de algemene regeling (2010, p. 525).

<sup>120</sup> Hartmann en van Russen Groen zien de invoering van de bestuurlijke boete dan ook niet als onderdeel van wat wel een 'decriminaliseringsgolf' werd genoemd, maar als een vorm van 'instrumentalisering van het recht' (1994, p. 73-75). In deze lijn concludeert ook Michiels dat de invoering van de bestuurlijke boete '...hoofdzakelijk een organisatorisch en veel minder een principieel vraagstuk betreft' (1994, p. 19). Volgens Kwakman gaven '...het doelmatigheidsdenken en het streven om het handhavingstekort in het strafrecht op te lossen, [gaven] de doorslag. Het strafrecht diende ook (en vooral) met het oog op het handhavingstekort als *ultimum remedium* te worden gezien, teneinde het probleem van de overbelasting binnen het strafrecht voortvarend te kunnen aanpakken' (2006, p. 332).



daan en welke in het strafrecht blijven. Deze discussie kan worden gekenschetst als een langlopende zoektocht naar heldere criteria.

Volgens Corstens gaat deze zoektocht zelfs terug tot het eind van de negentiende eeuw, toen in rechtswetenschappelijke kringen al werd gedebatteerd over het vraagstuk van het toekennen van sanctiebevoegdheden aan de strafrechter of het bestuur (1984, p. 2-7).<sup>121</sup> Ook toen al werd de discussie ingegeven door overbelasting en capaciteitsgebrek en de wens de doelmatigheid van de rechtshandhaving te bevorderen (Albers, 2002, p. 54).

De regering heeft, in navolging van diverse adviescommissies, in beleids- en kamerstukken criteria willen formuleren ten behoeve van het wetgevingsproces. Daarin wisselen normatieve en pragmatische argumenten elkaar af. Tegelijkertijd werden er ook scheidslijnen getrokken in de rechtswetenschappelijke literatuur. In het onderstaande ga ik daar op.

#### **2.4.1 Criteria uit de beleidsstukken**

##### *De commissie Kortmann*

Nadat eerdergenoemde commissie Kortmann een positief advies had uitgebracht over de bestuurlijke boete, formuleerde het in zijn advies criteria om te kunnen bepalen welke feiten bestuursrechtelijk of strafrechtelijk zouden moeten worden afgedaan (1994, p. 18-23). De commissie maakte daarbij een onderscheid tussen primaire en aanvullende criteria, waarbij de eerste doorslaggevend zouden moeten zijn. Daarbij erkende de commissie wel dat het 'moeilijk [is] om de principiële grens tussen strafrecht en bestuursrecht scherp te trekken.' Sommige criteria (bijvoorbeeld de geringe normatieve lading) blijven hierdoor ook volgens de commissie nog vaag. 'De wetgever zal op dit punt van geval tot geval een oordeel moeten vormen' (p. 19).

---

<sup>121</sup> Zoals in het begin van dit hoofdstuk al is opgemerkt, was de boete van oorsprong een bestuurlijke bevoegdheid (Rogier, 2010, p. 519).

Criteria voor de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving, commissie Kortmann (1994)

I. Primaire criteria:

1. De overtreden norm heeft een geringe normatieve lading.
2. De overtreding pleegt geen letsel aan personen of schade aan goederen toe te brengen.
3. De norm is zodanig duidelijk in de wet of in de nadere regelgeving omschreven dat het mogelijk is om op grond van de wettelijke normen in de praktijk een vaste gedragslijn te ontwikkelen.
4. De ambtenaar of dienst die belast wordt met de handhaving beschikt over voldoende expertise om aan die handhaving adequaat gestalte te geven.
5. Voor de handhaving van de norm zijn geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden nodig.

II. Aanvullende criteria:

1. De overtreding leent zich voor vaste afdoeningstarieven.
2. Documentatie in verband met recidive is niet nodig.
3. De overtreding wordt niet in belangrijke mate door of ten dienste van criminele organisaties gepleegd.

Vooraf de eerste twee criteria zijn normatief van aard. Dat wil zeggen dat de normatieve zwaarte van de geschonden norm bepalend zou moeten zijn voor de keuze tussen strafrecht of bestuursrecht: de ernst van de overtreding en de mate waarin de rechtsorde is geschokt en in het verlengde daarvan eventueel letsel of schade. Volgens de commissie moesten:

‘Feiten die wegens de normatieve lading van de overtreden norm de rechtsorde ernstig kunnen schokken, in beginsel tot het exclusieve domein van het strafrecht blijven behoren, terwijl vooral typische wetsdelicten voor bestuursrechtelijke afdoening in aanmerking komen’.

Wetsdelicten zijn normatief neutraal en ontlenen hun strafwaardigheid aan de strafbaarstelling in de wet als zodanig (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 30). De overige criteria zijn meer pragmatisch. Bepalend is of de feiten zich lenen voor vlotte en modelmatige afdoening. ‘Het stelsel van bestuurlijke boeten moet, wil het aan zijn doel beantwoorden, eenvoudig en efficiënt zijn’, zo stelde de commissie.

Volgens critici gaven de criteria van de commissie nog maar weinig houvast, in het bijzonder het criterium over de geringe normatieve lading van de geschon-

den norm (De Vries, 2005, p. 48). Volgens Rikmenspoel is er weliswaar een goede aanzet gegeven, maar ontbrak een theoretisch fundament voor de keuze tussen sanctiestelsel en de bijbehorende normen (1994, p. 325). Interessant is in dit verband het commentaar van De Vries (2005, p. 48-49) op het criterium dat het bestuursorgaan dient te beschikken over voldoende expertise om de handhavingstaak goed uit te voeren (criterium nr. 4 van de commissie Kortmann). Volgens haar beschikken bestuursorganen doorgaans over meer dan voldoende expertise op hun eigen, specialistische beleidsterrein, waar hen een handhavende taak is toebedacht. Zij waarschuwt echter voor een valkuil die een hoog expertiseniveau met zich mee kan brengen, namelijk een soort tunnelvisie waardoor het bestuursorgaan de zwakkere positie van de burger dreigt te onderschatten en de zaak niet meer onbevangen kan beoordelen. Dit zou afbreuk kunnen doen aan een zorgvuldige straftoemeting, aldus De Vries. Ook Roording verwachtte dat bestuursambtenaren als uitvoerders van de overtreden regelgeving moeite zullen hebben om enige afstandelijkheid en objectiviteit te bewaren ten opzichte van de overtreder. Om die reden moest hen ook geen ingrijpende dwangmiddelen worden toegekend. Het is twijfelachtig of die bij hen in goede handen zijn, aldus Roording (1994, p. 141). Een hoog ontwikkelde expertise is wat hen betreft eerder een contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving.

#### *De commissie Korthals Altes*

Ook de commissie Korthals Altes heeft, ter onderbouwing van zijn advies, getracht een grens te trekken tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Volgens de commissie spelen principiële én praktische argumenten een rol bij het maken van een keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving (1995, p. 64-65). De commissie kwam met de volgende criteria.

Grens tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving,  
commissie Korthals Altes (1995)

- |   |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"><li>1. Het onderscheid tussen rechtsnormen en orderingsvoorschriften.</li><li>2. De ernst van de toe te passen maatregelen en straffen.</li></ol> |
|---|

De commissie zoekt aansluiting bij het in de literatuur gemaakte onderscheid tussen zogenoemde rechtsdelicten en wetsdelicten. Bij rechtsdelicten gaat het volgens de commissie '...om normen die algemeen zijn aanvaard en aansluiten bij ieders rechtsbewustzijn', terwijl het bij wetsdelicten gaat om '...voorschriften die worden gesteld om het maatschappelijk leven te ordenen. Deze normen hebben vaak weinig morele lading [...]'. In het eerste geval is strafrechtelijke handhaving aangewezen, in het tweede ligt bestuursrechtelijke handhaving meer voor de hand, aldus de commissie (p. 64-65). Het tweede criterium van de commissie ligt in het verlengde van het eerste, maar heeft ook een pragmatische

kant, zo blijkt uit de onderbouwing. Maatregelen en straffen waarbij bijvoorbeeld vrijheidsbeneming aan de orde is, vergen een voorafgaand rechterlijk oordeel en moeten daarom binnen het strafrecht vallen, aldus de commissie. Dit geldt eveneens voor ingrijpende onderzoeksbevoegdheden en dwangmiddelen. Het laatste criterium is ook ingegeven door de wens een wildgroei van bevoegdheden en dwangmiddelen te voorkomen (p. 65-66). Aldus zag de commissie wel mogelijkheden voor de bestuurlijke boete, zij het onder voorwaarden (p. 80). Het moest dan gaan om de wetsdelicten: 'lichte of veelvoorkomende niet-commune strafdelicten'. Daarbij greep de commissie ook terug op de *ultimum remedium*-gedachte: voor rechtsdelicten wordt het strafrecht gereserveerd.

*Het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de commissie Michiels*

Naar aanleiding van het advies van deze commissie gaf het kabinet zijn visie op het gebruik van de bestuurlijke boete. De visie omvatte, onder meer, een set van indicatoren die in onderlinge samenhang van belang zijn bij de besluitvorming over de toepassing van de bestuurlijke boete. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt in indicatoren met betrekking tot de te handhaven norm en de handhavingspraktijk. De indicaties gelden als het 'werklijstje' voor regelgever en bestuursorgaan, aldus het kabinet (p. 10 en 12).<sup>122</sup>

Indicaties voor de toepassing van de bestuurlijke boete,  
Kabinetsstandpunt Handhaven op Niveau (2000)

I. Indicaties met betrekking tot de norm:

1. Alleen bij regels met een geringe normatieve lading, geen letsel aan personen of omvangrijke schade aan goederen.
2. De norm is zo duidelijk omschreven dat het mogelijk is om in de praktijk een vaste gedragslijn te ontwikkelen die een eenvoudige en efficiënte uitvoering waarborgt.

II. Indicaties met betrekking tot de handhavingspraktijk:

1. Transparantie en consistentie van het sanctiestelsel als geheel moeten verzekerd zijn.
2. De overtreding leent zich ervoor met vaste tarieven te bestraffen.
3. Documentatie met het oog op recidive is niet nodig.
4. De overtreding wordt niet in belangrijke mate door of ten dienste van criminele organisaties gepleegd.
5. Voor het opleggen van een bestuurlijke boete zijn alleen dwangmiddelen nodig met het oog op het vaststellen van de identiteit van de dader.

<sup>122</sup> Kamerstukken II, 1999/00, 26 800 VI, 67.

III. Indicaties met betrekking tot het handhavingsbeleid:

1. De handhavende autoriteit beschikt over voldoende expertise om adequaat punitief te kunnen handhaven.
2. Het risico van accentverschuiving naar repressie ten koste van preventie is beheersbaar.
3. Het risico van accentverschuiving naar repressie ten koste van herstel-sancties is beheersbaar.
4. Ongewenste gevolgen van monopolieposities bij sanctietoepassing zijn beheersbaar.
5. Informatievoorziening tussen toezichthouders en handhavers is voorzien.

De indicatoren wijken niet wezenlijk af van die van de commissie Kortmann. De eerste indicator (I.1) is normatief van aard, voor het overige zijn de indicatoren vooral pragmatisch. Als een nieuw normatief criterium zou indicator II.1 kunnen worden beschouwd: de consistentie en transparantie van het sanctiestelsel als geheel. Opvallend is ook een aantal nieuwe criteria ten aanzien van het handhavingsbeleid die moeten voorkomen dat de balans in het handhavingsbeleid te zeer doorslaat naar het punitieve of dat handhavingsorganisaties niet meer aan te sturen zouden zijn (indicatoren III.2-4). Ze staan in het teken van risico-beheersing, de centrale overheid lijkt greep op het handhavingsbeleid te willen houden.

Maar over het geheel genomen lijken de indicatoren veeleer een bevestiging van de bestaande praktijk, dan dat het een richtinggevend kader betreft. Zo stelde Albers dat het kabinetsstandpunt niet vernieuwend is en weinig houvast biedt (2002, p. 77).

Toetsing aan bovenstaande indicatoren betekende volgens het kabinet dat een bestuurlijke boete 'zonder bezwaar' kan worden ingevoerd 'aan de randen van de harde kern van het strafrecht'. Daaronder vallen, naast secundaire toezicht-bepalingen en financiële en administratieve verplichtingen, gedragsnormen op een door de overheid gereguleerde markt, waarbij de wetgever gespecialiseerde instellingen heeft belast met punitieve handhaving (bijvoorbeeld de AFM, de NMa en de OPTA) (p. 12). Op andere beleidsterreinen is de bestuurlijke boete slechts 'met beleid toepasbaar' (bijvoorbeeld ten aanzien van de bestrijding van de zogenoemde kleine ergernissen in het publieke domein). Het kabinet nam, met de commissie Michiels, een genuanceerder standpunt in ten aanzien van de bestuurlijke boete: 'de bestuurlijke is 'geen Haarlemmerolie voor alle handhavingskwalen' (p. 8). De bestuurlijke boete werd vooral in de sleutel geplaatst van de specialisatie.

#### *De Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht*

Bij de regeling voor de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, dat een regeling bevat voor de bestuurlijke boete, werd de discussie over de keuze-criteria weer actueel. In de Memorie van Toelichting somde de minister van Justitie een aantal criteria op voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. De minister omschreef deze criteria als indicatoren pro en contra, waarbij volgens de minister alleen het eerste criterium doorslaggevend is. Verder is het overzicht ook niet limitatief (p. 118-119).

Indicaties pro en contra

Memorie van Toelichting, Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (2004)

1. Voor zover voor een adequate handhaving vrijheidsstraffen nodig zijn, komt uitsluitend het strafrecht in aanmerking.
2. Het strafrecht komt meer in aanmerking naarmate de te handhaven norm meer aansluit bij in de maatschappij levende fundamentele waarden en, in het verlengde daarvan, er meer behoefte bestaat aan openbare berechting.
3. Als de kans groot is dat de overtreding rechtstreeks leidt tot individuele schade of letsel, is dit een indicatie voor toepassing van het strafrecht.
4. Indien ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn voor de oplegging van de sanctie, waaronder in elk geval vrijheidsbenemende, is dat een indicatie voor de toepassing van het strafrecht.
5. Een indicatie voor de bestuurlijke boete bestaat indien geen ingrijpende dwangmiddelen nodig zijn voor de vaststelling van de feiten (waaronder begrepen de identiteit van de overtreder) en verwacht mag worden dat in de meeste gevallen geen beroep zal worden ingesteld bij de rechter.
6. Een contra-indicatie voor de bestuurlijke boete is als voor het opleggen en effectueren van de boete strafrechtelijke middelen ingezet moeten worden (bijvoorbeeld een proces-verbaal wegens overtreding van artikel 184 WvSr.).
7. Een voorwaarde voor het gebruik van de bestuurlijke boete is dat het desbetreffende bestuursorgaan beschikt over voldoende (zonodig specialistische) deskundigheid.
8. Bestuursrechtelijke handhaving door decentrale bestuursorganen is niet aangewezen als plaatselijke verschillen in handhaving ongewenst zijn of de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving.
9. Indien bij de handhaving een leerstuk of instrument moet worden toegepast dat specifiek op een van beide rechtsgebieden is uitgewerkt, is dat een indicatie om de handhaving in dat rechtsgebied onder te brengen.

Het criterium dat de minister doorslaggevend acht (nr. 1), lijkt normatief, maar heeft toch ook iets pragmatisch. Het is onduidelijk waarop het is gebaseerd en lijkt eerder uit te gaan van de bestaande wettelijke situatie.<sup>123</sup> Dat lijkt ook het geval te zijn bij het vierde criterium. Bij dat argument kan de kanttekening worden gemaakt dat ook bestuursorganen op basis van hoofdstuk 5 van Algemene wet bestuursrecht inmiddels ook beschikken over ingrijpende (toezicht)bevoegdheden (Roording, 1994, p. 141; De Vries, 2005, p. 50). Meer normatief is het criterium de mate waarin de geschonden norm aansluit bij in de samenleving gewortelde fundamentele waarden (nr. 2). Hoe sterker dat het geval is, hoe meer het strafrecht in de rede ligt. Ook hier wordt aansluiting gezocht bij het begrip rechtsdelict. Opvallend is dat dit criterium als een glijdende schaal is geformuleerd. Ook bijzonder is dat wordt gerefereerd aan de behoefte aan openbare berechting van die normschendingen, waarvoor het strafrecht het meest geschikt zou zijn. Dit sluit aan bij de in de literatuur naar voren gebrachte stigmatiserende werking van het strafproces (Corstens, 1995, p. 20; Brandts-Langeraar, 1990, p. 29; Van de Bunt, 1990, p. 86). Het schade- en letselcriterium (nr. 3) ligt in het verlengde van het tweede en is normatief van aard. De overige indicatoren zijn meer pragmatisch, ook hier wordt het specialisatie-argument aangevoerd. Verder valt hier op de wens tot beheersing: als plaatselijke verschillen in handhaving door decentrale bestuursorganen ongewenst zijn (versnippering) of als de plaatselijke situatie niet relevant is, is strafrechtelijke handhaving aan de orde. Hierin klinkt het wantrouwen van Corstens c.s. door ten aanzien van de bestuurlijke handhaving.

#### *Notitie keuze sanctiestelsels in verband met de Wet OM-afdoening*

Korte tijd later speelde de discussie opnieuw op bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de OM-afdoening.<sup>124</sup> De toenmalige Kamerleden vroegen om een richtinggevend kader, omdat het voorstel voor de OM-afdoening vragen oproep over de verhouding tussen de bestuurlijke boete en de OM-afdoening (zie verder paragraaf 2.5). In reactie hierop heeft de minister van Justitie een notitie opgesteld over de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, mede in relatie tot de OM-afdoening.<sup>125</sup> De minister gaf in deze notitie aan dat '...het niet mogelijk is om in het algemeen uit te spreken welke sanctiemogelijkheden het beste bij een bepaald beleidsterrein passen.'

---

<sup>123</sup> Van Russen Groen en Van der Wulp kwalificeren, in hun beschrijving van het handhavingstoedelingsschema, dit argument wel als principieel. Tegelijkertijd merken zij op dat het principiele karakter nergens is onderbouwd (2013, p. 238-239).

<sup>124</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 849.

<sup>125</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 849, 30.

Wel kon hij een aantal algemene criteria schetsen, in de vorm van indicatoren of aanwijzingen die in onderlinge samenhang moeten worden afgewogen. Dit heeft zelfs tot consequentie dat ook voor beide sanctiestelsels kan worden gekozen: een duaal stelsel (p. 4). In globale zin kunnen de volgende uitgangspunten worden gehanteerd, aldus de minister (p. 4).

#### Notitie keuze sanctiestelsel (2005)

1. Het strafrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een 'opsporingsfase' met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft.
2. Het bestuursrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking.

In deze globale uitgangspunten wisselen normatieve en pragmatische criteria elkaar af. Normatief zijn de aard en ernst van de overtreding en de zwaarte van de straffen (strafrechtelijke afdoening). Pragmatisch zijn de samenhang met strafrechtelijke handhaving, de behoefte aan ingrijpende dwangmiddelen en bevoegdheden (strafrechtelijke afdoening) en een modelmatige afdoening (bestuursrechtelijke afdoening). De criteria zijn als volgt nader ingevuld in de vorm van indicatoren of aanwijzingen (p. 6-8).<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> De notitie bevat meer en ook andere indicatoren. Ik behandel alleen de indicatoren die relevant zijn voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht.



Indicatoren met betrekking tot de gewenste sanctie:

1. Het strafrecht komt in aanmerking als het wenselijk is om overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende maatregel. Dit hangt af van vele factoren, waaronder de maatschappelijke opvattingen over de ernst van de overtreding en de afschrikwekkende werking van de sanctie.
2. Voor nieuwe punitieve sancties komt primair regeling in het strafrecht in aanmerking.
3. Voor nieuwe reparatoire sancties komt primair regeling in het bestuursrecht in aanmerking. Tenzij er sprake is van verwevenheid met het strafrecht.
4. Indien de overtreding gepaard gaat met het toepassen van geweld of het toebrengen van schade, ligt strafrechtelijke handhaving in de rede.

Indicatoren met betrekking tot de ernst van de normovertreding:

1. Ernstige normovertredingen worden strafrechtelijk gehandhaafd. Dit is sterk gevoelsmatig bepaald, maar daarom niet minder van belang omdat het appelleert aan de wens dat bepaalde normschendingen door 'Justitie' worden afgedaan. De ernst hangt af van de aard van het feit, recidive of de intentie waarmee de normovertreding plaatsvindt. Het kan ook gaan om nieuwe normen die als fundamentele waarde moeten worden ingescherpt.
2. Naarmate er meer behoefte is aan openbare berechting waarbij het handelen van de overtreder wordt beoordeeld en berecht, komt het strafrecht in aanmerking.
3. Als contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale overheden geldt dat plaatselijke verschillen in de handhaving ongewenst zijn, indien het ongewenst is dat de normsteller ook optreedt als normhandhaver of indien de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving. Indien toch wordt gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, zal dat moeten geschieden door een landelijk functionerend orgaan.

Indicatoren met betrekking tot de behoefte aan bevoegdheden:

1. Het strafrecht is geïndiceerd als ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding en de oplegging van een sanctie.

2. Een contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving is als in de praktijk valt te verwachten dat oplegging van de sanctie alleen kan worden geëffectueerd met gebruikmaking van strafrechtelijke middelen.
3. Een bestuurlijke boete komt in aanmerking indien voor de vaststelling van de feiten en voor de oplegging van de sanctie geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn en bovendien in de praktijk (bijvoorbeeld in verband met de massaliteit van de overtredingen) verwacht mag worden doorgaans geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen.

Indicatoren met betrekking tot de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctiëring:

1. Er kan gekozen worden voor bestuursrechtelijke handhaving, indien bij een bestuursorgaan bijzondere deskundigheid en menskracht aanwezig is en betrokkenheid van het openbaar ministerie niet nodig is.

De indicatoren borduren voort op die uit eerdere adviezen en kabinetstandpunten. Ook uit deze notitie komt de ernst van de overtreding naar voren als normatieve indicator om te kiezen voor strafrechtelijke handhaving. Bijzonder is dat in de notitie wordt erkend dat dit weliswaar geen keihard criterium is, zoals ook in de literatuur wel is betoogd (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 32; Albers, 2002, p. 63-66), maar daarom niet minder van belang: bepaalde normschendingen zouden nu eenmaal door 'Justitie' behoren te worden afgedaan. Verder kan ook de behoefte aan openbare berechting (vergelding en boetedoening) worden gezien als normatieve indicator. Kwakman leidde hieruit af dat de minister weer het strafrecht als uitgangspunt neemt, tenzij de aard en (geringe) ernst van de overtreding op het tegendeel wijzen (2006, p. 334). De overige indicatoren zijn meer pragmatisch, waarbij ook weer het specialisatie-argument wordt aangevoerd. Opmerkelijk is verder de indicator dat voor nieuwe punitieve sancties primair het strafrecht in aanmerking komt. Hiermee wordt een belangrijke pijl geslagen, echter zonder dat meteen duidelijk wordt waarom. Wat ook opvalt is dat als contra-indicatie voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale overheden kan gelden de onwenselijkheid dat de normsteller ook optreedt als normhandhaver. Dit lijkt in te druisen tegen de 'alles in één handgedachte' (vergelijk paragraaf 2.2). Was de minister gevoelig voor critici (Corstens c.s.) of speelt ook hier wens tot beheersing en centralisering? Hier lijkt een duidelijke grens te worden getrokken, maar of die nu zo principieel is?

### *Kabinetsnota uitgangspunten keuze sanctiestelsels*

Bij de toenmalige Kamerleden bleef echter behoefte aan verduidelijking. De notitie keuze sanctiestelsels bleek kennelijk onvoldoende houvast te bieden: zij bood ruimte voor 'doelredeneringen' (Boer & De Kok, 2009, p. 673; Van der Wulp, 2012, p. 373). Zij drongen dan ook aan op een nadere visie op de keuze van een sanctiestelsel. Dit leidde eind 2008 tot een kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel.<sup>127</sup>

Op het eerste gezicht is in de nota een verrassende, andere invalshoek gekozen voor de keuze voor een sanctiestelsel. Onderscheidend criterium is of de relatie tussen bestuursorgaan en justitiabele zich afspeelt binnen een besloten of een open context. Als er sprake is van een besloten context, verdient bestuursrechtelijke handhaving de voorkeur, aldus de nota. Volgens de nota is van een besloten context sprake als er tussen het bestuursorgaan en een afgebakende doelgroep een specifieke rechtsbetrekking bestaat, bijvoorbeeld op basis van een verleende vergunning. Een specifieke rechtsbetrekking impliceert gericht toezicht op de naleving daarvan en in het verlengde daarvan ligt bestuursrechtelijke handhaving. De bestuurlijke boete sluit aan bij de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving. Het is functioneel en kan andere bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten kracht bij zetten, aldus de nota (p. 5-6). In het geval van een open context is strafrechtelijke handhaving aangewezen. In deze context bestaat er geen specifieke rechtsbetrekking en specifiek toezicht. Om de identiteit van de overtreder vast te stellen, zijn dan bijvoorbeeld zwaardere dwangmiddelen nodig. Hierdoor ligt het strafrecht voor de hand, aldus de nota (p. 4-8).

Uit de nota volgt dat binnen een gesloten context voortaan ook hoge bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd. Hiermee is de oorspronkelijke beperking van de reikwijdte van de bestuurlijke boete (alleen voor lichte overtredingen) losgelaten (Witberg, 2011, p. 275).

Echter, hieraan wordt wel de voorwaarde gesteld dat het bestuursorgaan beschikt over een hoge mate aan professionaliteit, dat wil zeggen deskundigheid, kwaliteit, afstandelijkheid en aandacht voor de rechtswaARBorgen. De nota noemt in dit verband als voorbeeld 'hooggespecialiseerde diensten als de NMa en de AFM' (p. 7). Ook hier wordt de bestuurlijke boete weer in het teken geplaatst van de specialisatie. Aan de andere kant kan wel weer worden afgeweken van het uitgangspunt van bestuursrechtelijke handhaving, als de overtredingen nauw zijn verweven met 'zwaardere en strafrechtelijk te handhaven delicten' of als er be-

---

<sup>127</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700 VI, 69.

hoeft bestaat aan 'registratie in de justitiële documentatie', zodat hiermee rekening kan worden gehouden in het vervolgingsbeleid (p. 8).

Een harde ondergrens voor de bestuursrechtelijke handhaving blijft echter liggen bij 'de ernst en aard van de wetsovertreding'. Volgens de nota moet dan worden gedacht aan een 'aanzienlijke inbreuk op belangen van burgers of bedrijven, een forse bedreiging van het integere functioneren van maatschappelijke sectoren en als de morele afkeuring door de strafrechter niet achterwege kan blijven'. Als hiervan sprake is, ook binnen een besloten context, is strafrechtelijke handhaving aan de orde, aldus de nota (p. 7). Hiermee zijn we dan toch weer terug bij het criterium van de normatieve zwaarte van de geschonden norm.<sup>128</sup> Het tegenovergestelde is overigens ook denkbaar. Volgens de nota kan onder omstandigheden in een open context ook ruimte bestaan voor een bestuurlijke boete (p. 9).

Zodoende lijkt de nota, mede door alle uitzonderingen, niet de gewenste duidelijkheid te bieden (Bröring & Naves, 2010, p. 450; Van Russen Groen & Van der Wulp, 2013, p. 239). Ook deze nota lijkt ingegeven door pragmatisme en de wens alle opties open te houden. Zo wordt in de inleiding gesteld dat het in de nota ontwikkelde kader niet als 'dogmatisch' mag worden beschouwd, maar vooral '...als een richtinggevend kader voor toekomstige wet- en regelgeving' (p. 2). Bij de inrichting van sanctiestelsels moet immers 'maatwerk en differentiatie' mogelijk zijn. 'Noodzakelijke en functionele verschillen' in de punitieve handhaving zijn gerechtvaardigd, aldus de nota (p. 5).

In een toelichtende beschouwing op de nota wordt het instrumentele karakter nog eens expliciet benadrukt: 'de effectiviteit is leidend' (Boer & De Kok, 2009, p. 676). De auteurs stelden dat principiële argumenten ontbraken voor de keuze van een sanctiestelsel voor de handhaving van minder ernstige overtredingen, nu zowel de bestuursrechtelijke als de strafrechtelijke handhavingssystemen zijn gestroomlijnd en voorzien van voldoende rechtswaarborgen. Dit betekende volgens de auteurs dat voor de keuze van een sanctiestelsel '...niet juridische [of normatieve, AM] criteria, maar de doelmatigheid en doeltreffendheid dominant kunnen worden'. Per wet moet worden bekeken welk sanctiestelsel voor de hand ligt (p. 676).

Crijns signaleerde dat in de notitie het strafrecht en bestuursrecht als min of meer vergelijkbare alternatieven worden opgevoerd, met elk hun specifieke voor- en nadelen (2012, p. 18). 'Er lijkt niet langer sprake te zijn van een duidelijke voorrangsk keuze', aldus Crijns.

---

<sup>128</sup> Of zoals Witberg het stelt: 'het oude begrip van erg' (2011, p. 275).

Het valt hem op dat de *ultimum remedium*-gedachte ten aanzien van het strafrecht niet meer voorkomt als uitgangspunt, kennelijk omdat het zijn zeggingskracht als leidmotief heeft verloren. In zijn oratie noemt hij de nota een poging om achteraf een legitimatie te geven voor keuzes die eerder min of meer toevallig tot stand zijn gekomen (Crijns, 2013, p. 8).

In een brief aan de Tweede Kamer van december 2012, waarin de minister van Justitie een reactie geeft op het rapport 'Referentiekader geldboetes', kwam de minister nog eens terug op de nota's uit 2005 en 2008.<sup>129</sup> Uit de brief komt naar voren dat de minister, gelet op de ontwikkelingen die gaande zijn op het terrein van de sanctiestelsels, waaronder het gebruik van de bestuurlijke boete en de introductie van de OM-strafbeschikking, de wetgever en de handhavende bestuursorganen de ruimte wil laten om per geval het optimale sanctiestelsel te kiezen. 'Met andere woorden: de uitgangspunten en criteria voor de keuze tussen sanctiestelsels zijn niet in steen gebeiteld en dienen een zekere flexibiliteit te hebben' (p. 7-8).<sup>130</sup>

#### *Indicatieve criteria*

Het geheel aan adviezen en notities overziend worden twee type criteria aangevoerd ter rechtvaardiging van de keuze voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving: criteria die zijn gebaseerd op normatieve overwegingen en op pragmatische of instrumentele overwegingen.

Bij het eerste type overwegingen gaat het om de normatieve zwaarte van de overtreding, de rechtsinbreuk of de aard en ernst van de overtreding (rechtsdelict of wetsdelict?) die bepalend zijn voor de keuze voor een sanctiestelsel. Ook de behoefte aan openbare boetedoening in een strafproces speelt een rol. Waar in de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete de *ultimum remedium*-gedachte nog een belangrijke rol speelde, komt die in de behandelde beleids- en kamerstukken niet meer terug. De vraag rijst in hoeverre de normatieve criteria voldoende onderscheidend zijn. Met andere woorden: wanneer is een overtreding ernstig genoeg? Dit probleem is ook in de literatuur aan de orde gesteld (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 32; Albers, 2002, p. 63-66; Van Russen Groen & Van der Wulp, 2013, p. 238). Bij de, in kracht winnende, instrumentele overwegingen wordt de keuze kort gezegd bepaald door wat ge-

---

<sup>129</sup>Bröring, H.E., M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman & B.F. Keulen (2012). De beleidsreactie is geformuleerd in *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 400 VI, 80.

<sup>130</sup>Roording vindt de nota in zeker opzicht zelfs nog te inflexibel. De normatieve criteria zouden volgens hem onvoldoende rekening houden met de feitelijke toepassingsmogelijkheden van het betreffende sanctiestelsel (2011, p. 16).

geven de omstandigheden het meest doelmatig en doeltreffend is, gelet op de mogelijkheden die de verschillende sanctiestelsels bieden. Wat opvalt is dat het specialisatie-argument voor de bestuurlijke boete een steeds grotere rol is gaan spelen: de bestuurlijke boete wordt een niche.<sup>131</sup>

De adviezen en notities zijn zo geformuleerd dat de wetgever en beleidsmaker er alle kanten mee op kunnen. De criteria blijken slechts indicatief bedoeld, hetgeen ook met zoveel woorden in de notities wordt erkend. Dit geheel maakt een nogal vrijblijvende indruk, zoals Hartmann stelt (2011, p. 40) en laat onhelder welk handhavingstelsel de voorkeur verdient.

‘De theoretische onderbouwing van de keuzes [...] lijkt evenwel nogal eens te ontbreken, of kan – milder geformuleerd – een zeker opportunisme niet worden ontzegd.’, aldus Van Russen Groen & Van der Wulp (2013, p. 238). Aan de andere kant is dit ook wel weer begrijpelijk, nu de verschillen tussen het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke sanctiesysteem steeds kleiner worden en elkaar steeds meer gaan aanvullen (Rogier, 2010, p. 534; Hartmann, 2011, p. 31). Kennelijk wil het kabinet zich niet op voorhand vastleggen en de wetgevings- en handhavingpraktijk de nodige ruimte bieden voor maatwerk. Deze optie wordt uiteindelijk ook in de literatuur bepleit, nu er geen afdoende inhoudelijke criteria voor handen zijn (Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 47).

#### **2.4.2 Criteria uit de rechtswetenschappelijke literatuur**

Parallel aan de beleidsontwikkeling werden ook in de rechtswetenschappelijke literatuur criteria voor de keuze voor een sanctiestelsel geopperd en verworpen. Waar dit doorwerkte in de beleidsstukken, stipte ik dat al even aan. In het onderstaande ga ik daar nader op in.

##### *Inhoudelijke criteria: de ernst van de overtreding*

Van oudsher werd het criterium voor de keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving door verschillende rechtswetenschappers gezocht in de ‘ernst of mate van onrecht van de overtreding’, ‘de morele verwerpelijkheid’ of ‘de ethische onwaarde van de gedraging’.<sup>132</sup> Hoe ernstiger de overtreding of

---

<sup>131</sup> Zie ook Van Russen Groen en Van der Wulp: volgens hen lijkt het bestuursrecht er vooral te zijn ‘voor de effectiviteit en de gespecialiseerde kennis’ (2013, p. 239). Volgens Van Russen Groen en Van der Wulp speelt in de discussie over de toedeling van handhaving ook nog een rol de inefficiëntie en het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht (p. 238). Volgens mij zijn die argumenten langzaam maar zeker verdamppt.

<sup>132</sup> Onder meer Hulsman (1965, p. 8), Corstens, (1984, p. 6), De Doelder (1990, p. 87-88), Roording (1994, p. 138) en Hartmann en Van Russen Groen (1998, p. 29).

de rechtsorde is geschokt, hoe meer strafrechtelijke afdoening in de rede zou liggen, was de redering.

Hartmann en Van Russen Groen (1998, p. 30) trekken een vergelijking met de discussie over het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen binnen het strafrecht. Een misdrijf werd in die discussie opgevat als een rechtsdelict, dat als zodanig strafwaardig is en een overtreding als een wetsdelict, dat zijn strafwaardigheid min of meer ontleent aan de wet zelf. Dit impliceert dat rechtsdelicten strafrechtelijk moeten worden afgedaan en wetsdelicten bestuursrechtelijk. Het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten speelde bijvoorbeeld een rol bij de totstandkoming van de WAHV. Lichte verkeersovertredingen werden door de wetgever beschouwd als wetsdelicten die bestuursrechtelijk zouden kunnen worden afgedaan.

In het verlengde hiervan ligt het criterium 'de normatieve lading van de geschonden norm' (Albers, 2002, p. 56). Naarmate de normatieve lading van de geschonden norm zwaarder is en sterker verankerd in het rechtsbewustzijn, ligt strafrechtelijke handhaving in de rede.

Albers wijst eveneens op de relatie met het onderscheid dat in het strafrecht werd gemaakt tussen rechtsdelicten en wetsdelicten. De eerste zouden strafrechtelijk en de tweede bestuursrechtelijk moeten worden afgedaan (p. 56-59). Rechtsdelicten hebben namelijk een zwaardere normatieve lading, het zijn 'moreel verwerpelijke delicten'.<sup>133</sup>

Sillen zoekt het onderscheid, naar analogie van de Duitse Grondwet, in de ernst van de overtreding (2014, p. 36). Hij zet uiteen dat de ernst in de Duitse rechtspraak wordt bepaald door de aard van de overtreding en hoogte van de strafbedreiging. Dat vult hij vervolgens voor de Nederlandse situatie nader in door de grens te leggen bij overtredingen die zijn gericht tegen de onaantastbaarheid van het lichaam en dat de op te leggen straf niet onomkeerbaar mag zijn (zoals bijvoorbeeld vrijheidsontneming of een taakstraf).<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Zij verwijst hiertoe naar historisch onderzoek door Van der Poel in zijn dissertatie uit 1942. Het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten werd enige tijd later weer verworpen door Belinfante die stelde dat het niet nakomen van administratiefrechtelijke verplichtingen, die dan zouden worden aangemerkt als wetsdelicten, ook ethisch afkeuringswaardig kan zijn, gelet op de functie en plaats van het administratieve recht waar de overheid in het kader van het algemeen belang voorschriften uitvaardigt (1957, p. 39).

<sup>134</sup> Hij gebruikt deze afbakening in een voorstel voor een duidelijker artikel 113 Grondwet, ten einde de bestuurlijke boete beter in te kaderen.

Een variant op bovenstaande is het schadecriterium. Hoe directer en ingrijpender de maatschappelijke schade als gevolg van de overtreding, hoe meer strafrechtelijke handhaving aan de orde is.

Dit begrip kwam ook terug in de considerans van de Wet op de economische delicten: handelingen, schadelijk voor het economisch leven (De Roos, 1987, p. 85).<sup>135</sup> In navolging van De Roos hanteert ook Wladimiroff (1990, p. 192) dit criterium, om op basis daarvan te concluderen dat het merendeel van de in de Wet op de Economische delicten strafbare gestelde overtredingen bestuursrechtelijk zou moeten worden gehandhaafd.

Een belangrijke rechtvaardiging voor de strafrechtelijke afdoening van overtredingen die een groot onrecht inhouden of met een zware normatieve lading, is de stigmatiserende werking van het strafproces (Corstens, 1995, p. 20). Het openbaar terechtstaan door een verdachte wordt algemeen als vernederend beschouwd (Brants-Langeraar, 1990, p. 29). Het openbare strafproces heeft een 'sterke morele uitstraling' en het opleggen van een strafrechtelijke sanctie een 'defamerende werking' (Corstens, 1995, p. 10 en 20). Het strafrecht heeft hierdoor, meer dan het bestuursrecht, een normbevestigende en opvoedende functie (Beckers en Van Erp, 2012, p. 25). Daarnaast heeft het strafrecht een vergeldende functie, door de bewuste leedtoevoeging. Van de Bunt spreekt in dit verband van een 'terechtwijzing van de overtreder' en 'een zedelijk verwijt' aan het adres van de overtreder (1990, p. 86). Een bestuursrechtelijke sanctie wordt in deze visie meer gezien als een soort administratief-technische correctie of schadevergoeding aan het bestuur.

#### *De frequentie van de overtredingen*

Een ander criterium is kwantitatief van aard: de mate waarin de overtreding voorkomt (Schaffmeister, 1995, p. 69-70). Schaffmeister zoekt aansluiting bij wat hij noemt de gedragsgeldigheid van de gedraging, dat wil zeggen de mate waarin de geschonden norm aansluit bij het in de samenleving gangbare gedrag. Op grond van dit onderscheid zouden veelvoorkomende overtredingen bestuursrechtelijk moeten worden afgedaan. Die normen zijn namelijk (nog) niet ingesleten in het collectieve geweten en zullen daardoor veelvuldig voorkomen. Ernstige overtredingen komen minder vaak voor en kunnen daarom strafrechtelijk worden afgedaan.

#### *Het karakter van de sanctie*

Nog weer een ander criterium dat naar voren werd gebracht, is gelegen in de aard van de sanctie in plaats van de aard van de overtreding (Albers, 2002, 68-

---

<sup>135</sup> De Roos verwerpt dit criterium vervolgens als te algemeen.



69). Die zou bepalend moeten zijn voor de wijze van afdoening. In deze visie zou een punitieve sanctie moeten worden opgelegd door de onafhankelijke strafrechter, op basis van een met waarborgen omklede procedure. De strafrechter geldt in deze benadering als meest geschikte en deskundige functionaris voor het opleggen van die sanctie.

#### *Kritiek op de bruikbaarheid van de criteria*

Tegelijkertijd was er ook kritiek op deze criteria, vooral dat ze onvoldoende onderscheidend en bruikbaar zouden zijn (De Doelder, 1990, p. 88; Roording, 1994, p. 138; Mulder, 1994, p. 229; Jansen & Hazewindus, 1995, p. 3; Hartmann & Van Russen Groen, 1998, p. 32). Immers, waar ligt de precieze grens als het gaat om de morele verwerpelijkheid van de overtreding? Wanneer is de normatieve lading van een geschonden norm gering? Wanneer is sprake van veelvoorkomende overtredingen? Bovendien is die grens ook nog eens tijd- en plaatsgebonden (Albers, 2002, p. 63-66). Volgens Albers is het criterium de normatieve lading van de geschonden norm hooguit geschikt om de uitersten te duiden (p. 70). Met andere woorden, alleen van ernstige, moreel verwerpelijke delicten, is duidelijk dat die strafrechtelijk behoren te worden afgedaan. Alle andere overtredingen zouden dan bestuursrechtelijk afgedaan kunnen worden. De huidige praktijk laat echter zien dat dit niet het geval is, zo worden ook feiten die als minder ernstig kunnen worden beschouwd strafrechtelijk afgedaan en andersom. Niettemin spelen deze criteria (ernst en frequentie) wel een prominente rol in eerdergenoemde adviezen en beleidsstukken.

Michiels (1995, p. 63-65) en Hartmann en Van Russen Groen (1998, p. 32 en 47) stellen dan ook dat er helemaal geen bevredigende, ethisch-normatieve, keuzecriteria voorhanden zijn. Reden waarom zij voorstellen de keuze over te laten aan de wetgever. Die moet de keuze dan maar maken op pragmatische gronden, waarbij overwegingen van doelmatigheid en doeltreffendheid de doorslag geven.

#### *Een pragmatische benadering*

De onbruikbaarheid van eerdergenoemde criteria leidde tot een meer pragmatische benadering, die dan ook de overhand krijgt. Zo zoekt Hulsman in zijn oratie 'Handhaving van het recht' naar een rechtvaardiging voor de toedeling van onrecht aan het strafrecht (1965). Eén van de criteria die hij in dit verband aanstipt is de mate van verontrusting die het onrecht in de maatschappij teweeg brengt, de ethische onwaarde van de overtreding (p. 8) en de aantasting van het gemeenschapsbelang (p. 9). Hij verwerpt deze criteria vervolgens weer door te stellen dat het strafrecht ook feiten omvat die niet aan deze criteria voldoen, bijvoorbeeld 'het 's nachts buiten laten staan van een vuilnisemmer of fietsen zonder dat de fiets is voorzien van een behoorlijk werkende bel'. Of dat feiten die

maatschappelijke onrust veroorzaken, bijvoorbeeld 'onrechtmatig ontslag van werknemers' of 'het niet voldoen aan contractuele verplichtingen', niet strafbaar zijn gesteld (p. 8-9). Hulsman zoekt het onderscheid dan ook veeleer in het eigen, specifieke karakter van het desbetreffende handhavingssysteem: de technicit  van het rechtsgebied (p. 9). Dat wil zeggen de mate waarin het handhavingssysteem, in juridisch en organisatorisch opzicht, is toegerust voor het opleggen van een bepaald type sancties in reactie op maatschappelijk onrecht (p. 15). Het instrumentele karakter van het handhavingssysteem is bepalend voor de toewijzing van onrecht aan het strafrecht (Blad, 2012, p. 425).

Deze benadering volgen ook Mulder (1957, p. 77-80), Corstens (1984, p. 24) en De Doelder (1990, p. 87). Mulder laat de keuze over aan de wetgever. Die moet op basis van een afweging van geval tot geval van de voor- en nadelen een keuze maken voor het opleggen van administratieve sancties door de administratie dan wel de rechter. Volgens hem is de administratie doorgaans beter op de hoogte van de uitvoeringspraktijk, kan het sneller optreden en is het optreden minder kostbaar. Aan de andere kant kan de rechter meer distantie in acht nemen, biedt een rechtsgang betere rechtswaarborgen en de mogelijkheid om rechtseenheid en -gelijkheid te bewaken. Een algemeen beginsel dat de keuze bepaalt, valt volgens hem niet te vinden (p. 78).<sup>136</sup> Wat Corstens betreft moet de keuze worden gemaakt op basis van de in het strafrecht of bestuursrecht beschikbare opsporingsmiddelen en sancties. Daarbij speelt als keuzecriterium een rol of met het bestuursrecht een behoorlijk handhavingsniveau kan worden bereikt en of de sancties wel kunnen worden opgelegd door het bestuur, met het oog op de vereiste rechtsbescherming (p. 51-53). De Doelder suggereert een keuze te maken op basis van de gemakkelijke opspoorbaarheid van de overtreding, de helderheid van de norm, geautomatiseerde afdoening op basis van vaste tarieven, zonder dwangmiddelen en noodzakelijke registratiesystemen voor recidive en een passende rechtsbescherming (p. 89-93).

In het verlengde hiervan stelt Roording een aantal pragmatische criteria voor (1994, p. 138-142).<sup>137</sup> Om te beginnen is volgens hem administratiefrechtelijke handhaving aan de orde als de ernst van de overtreding gering is en de afdoening van deze veelvoorkomende overtredingen (bulkzaken) een te groot beslag zou leggen op de strafrechtspleging. Hij noemt de doelmatigheid dan ook het

---

<sup>136</sup> Zij het dat hij wel een zekere voorkeur lijkt te hebben voor de strafrechter.

<sup>137</sup> Hij hanteert daarbij als uitgangspunt dat het administratieve en strafrechtelijke sanctiestelsel gelijkwaardig en uitwisselbaar zijn. Volgens hem is er geen onrecht dat uitsluitend via het ene of het andere sanctiestelsel kan worden afgedaan. Het administratiefrechtelijke sanctiestelsel is ook niet inferieur aan het strafrechtelijke. Niettemin ziet hij het strafrecht, uit oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit als ultimum remedium (1994, p. 137).

belangrijkste argument voor administratieve sanctionering. Administratieve sanctionering is volgens hem eveneens aan de orde als het bestuursorgaan daartoe geschikt is, gelet op zijn expertise en bijzondere betrokkenheid bij de ontwikkeling en toepassing van de regelgeving.

Verder is administratieve sanctionering aan de orde als het sanctiedoel is gelegen in het beïnvloeden en stimuleren van het nalevingsgedrag. Als spiegelbeeld daarvan is strafrechtelijke sanctionering aangewezen als het doel is gelegen in het uitdrukken van afkeuring. Dit in verband met de zogenoemde waardenexpressieve of symboolfunctie van het strafrecht om de norm te markeren (De Vries, 2005, p. 60; Beckers & Van Erp, 2012, p. 25). Ook is strafrechtelijke sanctionering aan de orde als de noodzaak bestaat om ingrijpende dwangmiddelen toe te passen dan wel vrijheidsstraffen op te leggen. Die maken nu eenmaal onlosmakelijk deel uit van het straf(proces)recht. Tot slot acht Roording strafrechtelijke sanctionering aangewezen als het nodig is om rekening te houden met de individuele omstandigheden van het geval, waardoor geen geobjectiverd sanctiebeleid kan worden gevoerd. Een dergelijke rol is beter aan de rechter toevertrouwd dan aan het bestuur die nu eenmaal partij is in het geschil en die, mede gelet op het grote aanbod aan zaken, geen maatwerk zou kunnen leveren zoals de rechter dat pleegt te doen. Volgens Roording kan niet van het bestuur worden verwacht dat zij als een rechter te werk gaat en elke zaak binnenstebuiten keert (p. 142). Het bestuur moet dit type zaken modelmatig af kunnen doen, op basis van vast beleid of tarieven.<sup>138</sup>

Rogier zoekt aansluiting bij het doel dat het bestuur nastreeft met het opleggen van een sanctie. Voor een bestuurlijke boete is aanleiding als die toegevoegde waarde heeft gelet op de doelen die ook met een herstelsanctie kunnen worden bereikt (2001, p. 12-14 en 18). In zijn oratie staat Hartmann stil bij de keuze voor een handhavingstelsel. Hij stelt dat die vraag eigenlijk niet te beantwoorden is omdat het strafrecht en bestuursrecht sterk naar elkaar zijn toegegroeid en convergeren: hij spreekt in dit verband dan ook van *fuzzy law* (2011, p. 31 en 35).<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> De Vries meent juist dat bestuursorganen wel degelijk een rechterlijke afweging zouden kunnen maken. Bestuursorganen zijn gelet op hun expertise, heel wel in staat zijn in gevallen, waarin sprake is van complexe schuldvragen en waarin de persoon van de dader een rol speelt, de verwijtbaarheid te beoordelen. Ook het bestuursorgaan moet immers ingevolge artikel 6 EVRM de evenredigheid van de sanctie in het oog houden. Sterker nog, volgens haar kan het bestuursorgaan, juist vanwege zijn expertise, de verwijtbaarheid beter beoordelen dan het Openbaar Ministerie (1995, p. 55 en 61).

<sup>139</sup> Al eerder verwierp Roording 'de theorie van de worden van gescheiden werelden' en signaleerde hij een wederzijdse beïnvloeding van strafrecht en bestuursrecht (1994, p. 125-128).

Dit brengt volgens hem met zich mee dat 'de vraag naar de verhouding tussen beide handhavingssystemen (strafrecht en bestuursrecht), niet bij voorbaat zijn te beantwoorden. Meer algemeen: een antwoord op de vraag naar de verhouding tussen beide handhavingssystemen is simpelweg niet te geven.' In het verlengde daarvan pleit hij voor een ruimer, interdisciplinair afwegingskader, waarin naast puur juridische, ook handhavingstechnische, financieel-economische, beleidsmatige en politieke aspecten een rol spelen (2011, p. 41-44).

#### *Geen richtinggevend criterium*

Net als in eerdergenoemde adviezen en rapporten, worden in de literatuur aanvankelijk inhoudelijke, normatieve criteria (ernst, schade, frequentie) aangedragen voor de keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Die criteria blijken bij nadere beschouwing onvoldoende onderscheidend.

Reden waarom het vervolgens wordt gezocht in een meer pragmatische invulling van de keuze: welk handhavingssysteem past het best gegeven de omstandigheden van het geval, de beschikbare mogelijkheden en de te stellen voorwaarden?<sup>140</sup> Nadeel hiervan is wel, dat de toepassing van de bestuurlijke boete maar beperkt wordt ingekaderd.

## **2.5 Grenzen aan de groei?**

#### *Aarzelende Kamerleden*

De gestage opmars van de bestuurlijke boete in de sociaaleconomische ordeningswetgeving riep na verloop van tijd echter ook vragen, aarzeling en bezorgdheid op. Zo spraken bezorgde Eerste Kamerleden, bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, van een 'olievlekwerking' van de bestuurlijke boete en waarschuwden zij voor het gevaar dat de bestuurlijke boete het strafrecht dreigde te overschaduwen en zelfs ten koste zou gaan van de rechtsbescherming. Anderen spraken van 'een lappendeken aan bestuurlijke boetes' en waarschuwden voor risico's voor aantasting van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Weer anderen spraken van 'een proliferatie aan sancties' en 'wildgroei' en riepen de regering op tot een bezinning, onder meer over de wenselijkheid van bestraffing door het bestuur in plaats van de rechter en over de consistentie van het boetestelsel.<sup>141</sup>

Het is opmerkelijk dat in het stadium waarin de bestuurlijke boete al op ruime schaal wordt toegepast, de principiële vraag wordt opgeworpen naar het optimale sanctiestelsel is. Betekent dit dat de argumentatie in eerdergenoemde kamer-

---

<sup>140</sup> Zo ook Albers (2014, p. 16).

<sup>141</sup> *Kamerstukken II*, 2007/08, 29 702 C, p. 9-11.

stukken onvoldoende overtuigend was en dat het aan een universeel normatief ijkpunt ontbrak? Of leefde bij Kamerleden de vrees dat het bestuursrecht onvoldoende rechtsbescherming zou bieden en, in het verlengde daarvan, dat men de handhaving toch niet aan het bestuur zou kunnen toevertrouwen? Vreesde men misschien de greep op het bestuurlijke handhavingsbeleid te verliezen? Of is er een andere politieke wind gaan waaien waarbij men meer waarde hecht aan de stigmatiserende werking van het strafrecht en strengere straffen?<sup>142</sup>

Eerder (in 2005) signaleerde de minister van Justitie zelf ook al dat 'een grote variëteit was ontstaan in sanctiestelsels, sanctimodaliteiten en tot sanctieoplegging bevoegde organen.' Hij deed dat in eerdergenoemde notitie voor de Tweede Kamer over de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis daarvoor van het wetsvoorstel OM-afdoening.<sup>143</sup> Volgens de minister zou de coherentie in de handhaving onder druk komen te staan. 'Zo [...] ontbreekt binnen de bestuursrechtelijke handhaving bijvoorbeeld een centraal gezag, zoals dat binnen de strafrechtelijke handhaving wordt uitgeoefend door het openbaar ministerie.' Ik zou zeggen dat een zekere variëteit in handhavingssystemen nu eenmaal de consequentie is van de instrumentele benadering van het handhavingsvraagstuk. Of is het de minister te doen om meer invloed op de handhaving door middel van een door hem gemakkelijker aan te sturen centraal gezag?

---

<sup>142</sup> Vergelijk de ontwikkeling die zich voordeed ten aanzien van de handhaving van de mededingingswetgeving. Tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet in 2007 gaven Tweede Kamerleden te kennen voorstander te zijn van een herintroductie van het strafrecht om de naleving en handhaving van de Mededingingswet te bevorderen. De toenmalige ministers van Economische Zaken en Justitie reageerden welwillend en bereiden inmiddels een wetsvoorstel voor om strafrechtelijke handhaving van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie mogelijk te maken. Vergelijk *Kamerstukken II*, 2009/10, 24 036, 369, p. 17-18. Doorenbos is kritisch over de 'recriminalisering' van het mededingingsrecht (2010, p. 168). Volgens hem is daar in het geheel geen aanleiding toe: de bestuursrechtelijke handhaving functioneert immers naar wens, zo blijkt uit een eerdere evaluatie van de Mededingingswet. Het is niet duidelijk wat de strafrechtelijke handhaving daar aan toe zal voegen, behalve symboliek. Dit klemt temeer nu bij de eerdere totstandkoming van de Mededingingswet het strafrecht niet geacht werd effectief en passend te zijn voor de handhaving van het mededingingsrecht, in verband met het *ultimum remedium*-karakter daarvan. Hij gelooft ook niet in de door de Kamerleden van het strafrecht verwachte preventieve werking. Vergelijk ook het meer recente wetsvoorstel Verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, waarin de strafmaxima voor financieel-economische delicten worden verhoogd, *Kamerstukken I*, 2013/14, 33 658, A. Een ander mooi voorbeeld is de onvrede in de Tweede Kamer over het (op zichzelf genomen zeer hoog) beboeten door de NZa van het Sint Antonius Ziekenhuis in Nieuwegein wegens 'declaratiefraude'. Kamerleden vroegen zich af of deze ernstige zaak niet strafrechtelijk had moeten worden afgedaan (in plaats van door een toezichthouder die toch al in opspraak was geraakt, *AD*, 1 juli 2014).

<sup>143</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 849, 30, p. 2-3.

### *Kritische rechtswetenschappers*

De bedenkingen van de Eerste Kamerleden zijn vermoedelijk ingegeven door de kritiek op de bestuurlijke boete in de rechtswetenschappelijke literatuur. De critici lijken elkaar te overbieden in hun kritiek op (wild)groei van de bestuurlijke boete (andere aspecten van de kritiek kwamen al in de voorgaande paragrafen aan de orde).

Zo schetste Mevis in een themanummer van *Ars Aequi* over 'Krom recht' een tranen trekkend beeld van een boetesysteem in 'Absurdistan' (2005). Volgens hem levert de veelheid aan boeteregelingen 'krom recht' op (p. 586). Dit doet volgens hem afbreuk aan 'het belang van rechtseenheid door inzichtelijke codificatie, zoals dat in de Grondwet is voorgeschreven' (p. 585). Hij houdt dan ook een hartstochtelijk pleidooi voor een uniforme, duidelijke en toegankelijke regeling met voldoende waarborgen. Een dergelijke regeling hoort volgens hem vanzelfsprekend thuis in het Wetboek van Strafvordering (p. 586). In zijn kielzog waarschuwde Albers voor een veelheid aan, onderling afwijkende, boeteregelingen in bijzondere wetten: 'dit komt de overzichtelijkheid niet ten goede' (2006, p. 18). Hartmann sprak van een wildgroei van regelgeving (2005, p. 92-93). Dit leidt volgens hem tot een onoverzichtelijke situatie voor handhavers: 'welk bonnenboekje moet ik trekken?' en voor de burger 'bij welke rechter moet ik beroep instellen?'. Dit dreigt ten koste te gaan van de legitimiteit van wetgeving.<sup>144</sup> Bröring en Jurgens spraken van een 'enorme verrommeling' die dreigt te ontstaan als gevolg van het bestaan van verschillende boeteprocedures. Stijnen heeft het zelfs over een '...oerwoud aan wijzen van handhaving via bestraffende sancties door verschillende overheidsinstellingen voor dezelfde of soortgelijke gedragingen...' (2011, p. 4).

Ten slotte grepen Jasiak en Grimbergen de vermeende onoverzichtelijke wettelijke situatie aan voor een radicaal pleidooi om punitieve sancties voortaan alleen nog in strafrechtelijk kader te regelen (2011). Niet alleen om de overzichtelijkheid van het sanctiestelsel te bevorderen, maar vooral ook om in dogmatisch opzicht een consistent stelsel te vormen.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> Hartmann herhaalt deze kritiek in zijn oratie (2011, p. 39). Onduidelijkheid omtrent de verhouding tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving leidt in zijn ogen tot inconsistenties in de uitvoering en handhaving van regelgeving: 'wie doet wat?' en doet afbreuk aan het waarborgkarakter van het recht doordat het voor de burger minder inzichtelijk wordt: 'in welke procedure ben ik beland?'.

<sup>145</sup> Zij doen dat in reactie op Witberg, die al even kritisch is en op basis daarvan komt tot een voorstel voor één allesomvattend sanctiestelsel en één handhavingdienst (2011).

### *Een inhaalslag binnen het strafrecht*

De gerezen twijfel over de bestuurlijke boete werd nog eens versterkt door het wetsvoorstel voor de OM-afdoening uit 2004 dat een regeling omvatte voor de buitengerechtelijke afdoening van veel voorkomende strafbare feiten.<sup>146</sup>

Deze regeling moest een forse doelmatigheidsverbetering van de strafrechtspleging tot stand brengen (Hartmann, 2005, p. 87).<sup>147</sup> Op basis van deze regeling, die inmiddels in werking is getreden, kan de officier van justitie bepaalde strafbare feiten, waarop een gevangenisstraf staat van maximaal zes jaar, afdoen door middel van een strafbeschikking. De overtreder kan daartegen desgewenst in verzet komen, waarna de zaak op de gebruikelijke wijze door de strafrechter wordt afgedaan. Indien geen verzet wordt ingesteld, kan de bij strafbeschikking opgelegde straf of maatregel ten uitvoer worden gelegd. Een bijzonder aspect van deze regeling is dat de bevoegdheid om een strafbeschikking uit te vaardigen ook kan worden toegekend aan bestuursorganen, waardoor die betere mogelijkheden krijgen voor de handhaving van de bestuursrechtelijke regelgeving: de bestuurlijke strafbeschikking.

Eerdergenoemde critici zagen de introductie van de OM-afdoening als een impliciete bevestiging van hun kritiek op de bestuurlijke boete en hun pleidooi voor bestuurlijke handhaving binnen een strafvorderlijk kader (Knigge, 2000, p. 95-96). Zij zagen in de invoering van de OM-afdoening dan ook de gelegenheid om dreigende inconsistenties in het sanctiestelsel op te heffen.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 849. Artikel 267ba Wetboek van Strafrecht. Overigens werd er al veel eerder geëxperimenteerd met de afdoening van milieuovertredingen door middel van een transactie, een bevoegdheid die op basis van de WED aan het bestuur kon worden toebe-deeld (vergelijk het advies van de commissie Michiels).

<sup>147</sup> Het wetsvoorstel is terug te voeren op het onderzoeksproject 'Strafvordering 2001'. In het kader van dat project werd gezocht naar oplossingen voor knelpunten in de strafvordering, om die zodoende weer meer bij de eisen van de tijd te doen aansluiten. Eén van die knelpunten was de overbelasting van de strafrechtspleging, waarvoor een oplossing werd gezocht in het opheffen van de zogenoemde procesverplichting in het straf(proces)recht bij het opleggen van vermogenssancties. Hierdoor zouden de lichtere strafbare feiten vlotter kunnen worden afgedaan, met behoud van de voordelen van het strafrecht: de strafrechtelijke beginselen en waarborgen blijven onverkort van toepassing en de rechter toetst alle rechtsvragen in volle omvang. De boeteoplegging wordt toevertrouwd aan een magistratelijke officier van justitie. Zijn onafhankelijke positie moet een garantie bieden tegen mogelijk misbruik (vergelijk de bezwaren van Corstens c.s.). Deze bevoegdheid zou zonodig kunnen worden gemandateerd of geattribueerd aan een bestuursorgaan (Groenhuijsen, M.S. & G. Knigge, 2011, p. 1-7 en 119-122).

<sup>148</sup> Corstens hield overigens al in 2000 een pleidooi voor het 'teruggeven' aan de strafrechter van de terreinen waarop de bestuurlijke boete al was ingevoerd.

Zo beschouwde Mevis de invoering van de strafbeschikking als een inhaalslag (2004, p. 355). Terwijl tal van bestuursorganen beschikten over de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, moest de officier van justitie zich behelpen met een transactie, aldus Mevis. Hij ziet de invoering van de strafbeschikking in het strafprocesrecht dan ook als de voltooiing van het bouwwerk van de bestuurlijke boete. Michiels wees er in dit verband al eerder op dat de bestuurlijke boete mogelijk een 'aanjaagfunctie' vervulde richting strafrechtelijke handhaving door het Openbaar Ministerie (1999, p. 70).<sup>149</sup> Anderen zagen de OM-afdoening juist weer als een neerwaartse aanpassing van het strafrecht aan het bestuursrecht. Zo sprak Albers van een 'ongunstige reflexwerking van het bestuursstrafrecht', omdat deze regeling geïnspireerd lijkt te zijn op de bestuurlijke boeteregeling waarin (ook) het 'rechterlijke bestraffingsmonopolie' is losgelaten (2006, p. 20).

Als deze strafrechtelijke inhaalslag eenmaal is gerealiseerd, zou de bestuurlijke boete dan niet moeten worden overgeheveld naar het strafrecht, zo begonnen eerdergenoemde Kamerleden zich in navolging van de critici af te vragen: hoe verhouden die regelingen zich tot elkaar en welke ruimte is er nog voor een bestuurlijke boete?<sup>150</sup> De minister van Justitie had zelf ook al een niet onbelangrijk zetje in deze denkrichting gegeven door in zijn eerdergenoemde notitie over de keuze tussen sanctiestelsel en de Wet OM-afdoening aan te geven dat de OM-afdoening aanmerkelijk zou kunnen bijdragen aan de kwaliteit en de coherentie binnen de handhaving. Immers, het strafrechtelijk onderzoeks- en sanctiearsenaal komt daarmee (geheel of gedeeltelijk) beschikbaar voor het bestuur, terwijl het Openbaar Ministerie daarbij het centraal gezag uitoefent, aldus de minister. Effect hiervan zal kunnen zijn dat er niet meer louter om redenen van efficiency gekozen hoeft te worden voor bestuursrechtelijke sanctionering, aldus de minister (2005, p. 3).<sup>151</sup>

### *Een tegenbeweging*

Kwakman signaleert in dit verband wat hij noemt een 'tegenbeweging' in het denken over de aanpak van het handhavingstekort (2006, p. 332-334). Het handhavingstekort zou nu ook kunnen worden aangepakt binnen het bestaande en meer gedifferentieerde strafvorderlijke kader. Met andere woorden, door de invoering van de OM-afdoening komt het doelmatigheidsargument voor de be-

---

<sup>149</sup> In het Eerste interim-rapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 wordt in dit verband gesproken van de breekijzerfunctie van de bestuurlijke boete (1999, p. 119).

<sup>150</sup> *Kamerstukken II*, 2007/08, 29 702 B, p. 9-11. Laatstelijk werd dit nog eens geopperd door Albers (2014, p. 100, 102 en 105).

<sup>151</sup> De minister suggereerde in dit verband zelfs om de WAHV weer terug te brengen onder het strafrecht (Hartmann, 2011, p. 32; Keulen, 2013, p. 5).



stuurlijke boete grotendeels te vervallen.<sup>152</sup> Voor strafrechtelijke handhaving wordt weer een belangrijker plaats ingeruimd (p. 339). Kwakman spreekt in dit verband van een opmerkelijke verschuiving van het perspectief van: 'strafrecht, mits...' naar 'strafrecht, tenzij...' (p. 333).

De expert van het ministerie van Justitie die betrokken was bij de beleidsontwikkeling op het gebied van bestuurlijke handhaving, licht de consequenties van de Wet OM-afdoening voor de bestuurlijke boete als volgt toe (respondent 1).

'De komst van de Wet OM-afdoening maakt een einde aan de opkomst van de bestuurlijke boete. Alleen professionele marktautoriteiten zullen nog werken met een bestuurlijke boete. Dit wordt een niche.'

'De bestuurlijke strafbeschikking maakt het eindelijk mogelijk het handhavingstekort aan te pakken. Ook bulkzaken kunnen relatief vlot worden afgedaan, mede dankzij het bestaan van het Centraal Justitieel Incassobureau en de Centrale Verwerkingseenheid van het Openbaar Ministerie.'

Echter, naar het zich laat aanzien zal de bestuurlijke boete vooralsnog zijn eigen plaats in het sanctiestelsel behouden en niet worden vervangen door de strafbeschikking. Veeleer zullen de sanctiestelsels naast elkaar blijven bestaan, zo valt af te leiden uit een brief uit 2010 van de minister van Justitie aan de Eerste Kamer.<sup>153</sup> De Kamerleden hadden de minister namelijk verzocht na te gaan in hoeverre de wetten waarin inmiddels een bestuurlijke boete was opgenomen in aanmerking zouden kunnen komen voor afdoening door middel van een strafbeschikking. In een latere brief uit 2012 aan de Tweede Kamer merkt de minister van Justitie nog eens op dat het niet realistisch zou zijn te veronderstellen dat de bestuurlijke boete grotendeels zou kunnen worden afgeschaft. Zoals het volgens de minister uit oogpunt van capaciteitsbeslag en vereiste deskundigheid evenmin realistisch zou zijn dat het almaar uitdijende orderingsrecht geheel of grotendeels strafrechtelijk zou moeten worden gehandhaafd. 'De kabinetslijn is steeds geweest dat de bestuurlijke boete in bepaalde gevallen een effectief complement van andere bestuurlijke handhavingsbevoegdheden is. Het is bovendien in bepaalde gevallen efficiënter als de bestuurlijke kolom, inclusief de bestuursrechter, de punitieve sanctionering uitvoert dan het strafrechtelijk appa-

---

<sup>152</sup> Dit wordt ook genoemd in het Eerste interim-rapport van het onderzoeksproject *Strafverordering 2001* (1999, p. 119).

<sup>153</sup> *Kamerstukken I*, 2009/10, 32 123 VI, I. Dit kwam ook al naar voren bij de behandeling van het wetsvoorstel *Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht* in de Eerste Kamer (*Kamerstukken I*, 2007/08, 29 702 C) en in de notitie uit 2005 van de minister van Justitie over de keuze tussen sanctiestelsels, *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 849, 30.

raat' (p. 7).<sup>154</sup> Ook Michiels ziet de bestuurlijke boete voorlopig niet verdwijnen (2012, p. 179).<sup>155</sup> In een beschrijving van 'Bewegingen in het handhavingsrecht' stelt hij met zoveel woorden dat de bestuurlijke boete nog niet toe is aan vervanging door de bestuurlijke strafbeschikking. Volgens hem moet de laatste zijn waarde nog bewijzen terwijl de eerste dat al wel doet.

#### *Grenzen aan de groei?*

Samengevat lijkt het hoogtepunt van de bestuurlijke boete, namelijk de opname van een algemene regeling voor de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht, in zekere zin het keerpunt te zijn geworden. Enerzijds ontstonden er bedenkingen bij de bestuurlijke boete, terwijl anderzijds de strafrechtelijke handhaving door moderniseringsslagen aan aantrekkingskracht won.

Voorals gevolg van deze laatste ontwikkeling is het hoofdargument voor de invoering van de bestuurlijke boete, het verbeteren van de doelmatigheid, aan het wankelen gebracht. Er verscheen een strafrechtelijk alternatief, waardoor de bestuurlijke boete minder vanzelfsprekend is geworden. De grenzen aan de groei van de bestuurlijke boete lijken aldus in beeld te zijn gekomen. Echter, van een terugtocht van de bestuurlijke boete is nog (lang) geen sprake. De toezichthouders zullen hun eenmaal verworven bevoegdheid niet snel uit handen geven.

## **2.6 Tot besluit: een referentiekader**

In dit hoofdstuk heb ik de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete gereconstrueerd. De motieven tot invoering van de bestuurlijke boete en de punten van kritiek laten zich kortweg als volgt samenvatten.

1. Normatieve motieven:
  - a. Het bestuur neemt zijn verantwoordelijkheid voor de handhaving (de 'alles in één hand-gedachte').
  - b. Het strafrecht fungeert als het *ultimum remedium*.
2. Instrumentele motieven:
  - a. Het ontzien van het overbelaste strafrecht.
  - b. Handhaving van de sociaaleconomische ordeningswetten vergt een gespecialiseerde toezichthouder.

---

<sup>154</sup> *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 400 VI, 10.

<sup>155</sup> Hartmann ziet voor de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht de komende jaren een belangrijke plaats als sanctie-instrument, vanwege het doelmatige karakter daarvan (2013, p. 249).

De kritiek richt zich op de volgende aspecten van de bestuurlijke boete.

1. De juridische grondslag.
2. De kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming.
3. De kwaliteit van de geboden rechtsbescherming.
4. De veronderstelde doelmatigheid.

Bij de bespreking van de doelen en verwachtingen heb ik duidelijk gemaakt dat het *ultimum remedium*-argument zijn zeggingskracht om verschillende redenen heeft verloren en dat het argument van het handhavingstekort onvoldoende houvast biedt vanwege het ongrijpbare karakter ervan. Deze argumenten zijn daarom minder goed bruikbaar bij de verdere analyse. Ook de juridische grondslag van de bestuurlijke boete als zodanig komt, gelet op de empirische karakter van dit onderzoek, verder niet meer aan de orde.

Uit deze reconstructie vloeit een aantal thema's voort, aan de hand waarvan ik mijn eerdergenoemde onderzoeksvragen heb kunnen operationaliseren. Ik heb dat gedaan in de vorm van een referentiekader dat ik zal gebruiken als hulpmiddel voor mijn analyse en beoordeling van de boetepraktijk in het slothoofdstuk. Dit is als het ware de bril waardoor ik boetepraktijk verder zal waarnemen en beoordelen.

1. De versterking van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor handhaving:
  - a. De financiële toezichthouder neemt met de bestuurlijke boete de handhaving van de financieel toezichtwetgeving actief ter hand.
  - b. De bestuurlijke boete voorziet in een lacune in de handhaving van de financieel toezichtwetgeving.
2. De verbetering van de doelmatigheid van de handhaving:
  - a. De bestuurlijke boete voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving sluit aan bij het type overtredingen (licht en veelvoorkomend).
  - b. De bestuurlijke boete voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving sluit aan bij het specialisme van de financiële toezichthouder.
  - c. De bestuurlijke boete doet geen onverantwoorde afbreuk aan de relatie toezichthouder en onder toezicht gestelde.
3. De kwaliteit van de besluitvorming omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete (incl. het bepalen van de hoogte daarvan):
  - a. In de organisatie van de financiële toezichthouder is een functiescheiding aangebracht.
  - b. De financiële toezichthouder betracht bij de besluitvorming over het gebruik van de bestuurlijke boete de nodige objectiviteit en professionele distantie.

- c. De belangenafweging van de financiële toezichthouder is transparant en controleerbaar.
  - d. De financiële toezichthouder neemt bij de belangenafweging de nodige zorgvuldigheid en evenredigheid in acht.
4. De kwaliteit van de geboden rechtsbescherming:
- a. De rechtsbescherming is adequaat.

### 3. De bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht

‘Minister Zalm: Ik teken hierbij nog aan dat wij vroeger alleen maar beschikten over zware wapens. Dit is de pepperspray van het financieel toezicht.’

Behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van de last onder dwangsom en bestuurlijke boete in de financiële wetgeving in de Tweede Kamer<sup>156</sup>

#### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beschrijf ik de introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht. Voor een goed begrip van de context schets ik kort eerst het karakter van het financieel toezicht. Vervolgens ga ik in op de motieven die ten grondslag lagen aan de invoering van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht evenals de kritiek die daarop is geuit. Ik plaats één en ander in het licht van de algemene discussie over de invoering van de bestuurlijke boete, zoals beschreven in hoofdstuk 2. Verder sta ik stil bij de ontwikkeling van de boetesystematiek in het financieel toezicht. Dit vormt de opmaat naar de hoofdstukken 4 en 5 over de feitelijke toepassing van de bestuurlijke boete. Ik beschrijf de invoering van de bestuurlijke boete aan de hand van beleids- en kamerstukken, interviews met experts en medewerkers van de financiële toezichthouders en commentaar in de rechtswetenschappelijke literatuur.

#### 3.2 Kenschets financieel toezicht

Het financieel toezicht is een begrip dat in verschillende betekenissen wordt gebruikt (Duijkersloot, 2007, p. 11). In ruime zin gaat het om toezicht op de financiële sector als geheel, waaronder de ordelijke werking van financiële markten en het gedrag van spelers op die markten.<sup>157</sup> Dit omvat bestuurstaken als

---

<sup>156</sup> Behandeling wetsvoorstel Wet IDBB, *Handelingen II*, 1998/99, 73-4293 en 4295.

<sup>157</sup> Ook het begrip financiële markt heeft een tweeledige betekenis. In figuurlijke zin: het spel tussen vraag en aanbod in financiële producten en diensten, ook wel genoemd kapitaalmarkten, ofwel de markt voor betalen, sparen, lenen, beleggen en verzekeringen. In letterlijke zin: bijvoorbeeld de aandelenbeurs (Boots, Eisma & Schoenmaker, 2010, p. 6; Van Eersel, 2013, p. 5). Van Eersel maakt nog weer een onderscheid in de professionele markt: financiële transacties in de uitoefening van beroep of bedrijf en de niet-professionele markt: transacties voor privédoeleinden, hypothecair of consumptief krediet, verzekeringen of beleggingen voor vermo-

regelgeving en vergunningverlening, maar ook toezicht en handhaving. In enge zin gaat het om toezicht op de naleving van concrete voorschriften uit de financieel toezichtwetgeving, in de zin van hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht (De Ru & Peters, 2000, p. 4; Schueler, 2004, p. 17).<sup>158</sup>

Op basis van de bevindingen in het kader van het toezicht kunnen, op basis van de financieel toezichtwetgeving, sancties worden opgelegd, waaronder een bestuurlijke boete. Dit wordt ook wel nalevingstoezicht (Kaderstellende visie op toezicht, 2005, p. 14) of handhavingstoezicht genoemd (Jansen, 1999, p. 10).<sup>159</sup> De ruime variant speelt zich af op macroniveau en de enge variant op microniveau. In het kader van dit onderzoek ga ik uit van financieel toezicht in enge zin.

#### *Doelen en organisatie van het financieel toezicht*

De financiële sector heeft een aantal bijzondere kenmerken waardoor die afwijkt van het reguliere bedrijfsleven. Zo zijn de waarde en de risico's van veel financiële producten moeilijk te doorgronden, ze zijn doorgaans weinig transparant. Gewone consumenten zijn hier in het nadeel ten opzichte van goed ingevoerde, professionele aanbieders van die producten. De informatiepositie van de consument (ten aanzien van het product of de dienst of de aanbieder zelf) is doorgaans zwakker dan die van de aanbieder: in de literatuur wordt dit informatie-asymmetrie genoemd (De Jong, 2011, p. 159). Daarnaast hebben bepaalde financiële producten een langjarige invloed op de financiële positie van consumenten (bijvoorbeeld hypotheek of pensioenvoorzieningen). Op het eerste gezicht lijken dit private belangen, maar er is ook een publiek belang in het spel: het niet goed functioneren van de financiële sector kan immers verstrekkende economische en maatschappelijke gevolgen hebben. Het publieke belang bij het financieel toezicht wordt verder onderstreept door het grote strategische belang van financiële instellingen voor het goed functioneren van de nationale economie. Daarnaast is er in de financiële sector sprake van een grote internationale verwevenheid en afhankelijkheid. De kredietcrisis heeft deze afhankelijkheden nog eens pijnlijk bloot gelegd (Scheltema & Scheltema, 2009, p. 3-5 en p. 87).

---

gensopbouw of pensioen. Als spelers op de financiële markt noemt hij onder meer: financiële producenten (ondernemingen), intermediairs, financiële consumenten en toezichthouders (p. 7).

<sup>158</sup> Dit wordt ook wel repressief toezicht genoemd, in tegenstelling tot preventief toezicht dat onder meer vergunningverlening omvat (Schueler, 2004, p. 19).

<sup>159</sup> Zie ook de WRR (2013, p. 88). Duijkersloot onderscheidt nog een tussenvariant: toezicht in *ruimere* zin (2007, p. 11). Daaronder verstaat hij, op basis van de Kaderstellende visie op toezicht, de trits: informatie verzamelen, oordeelsvorming en zo nodig interveniëren.

Om deze redenen is het financieel toezicht toebedeeld aan onafhankelijke en gespecialiseerde, publieke organisaties (zelfstandige bestuursorganen). Zij staan op afstand van het ministerie van Financiën. Het financieel toezicht heeft tot doel de belegger en consument te beschermen en de goede werking van de financiële markten te garanderen en daarmee het vertrouwen in de sector als geheel (Grundmann-Van de Krol, 2012, p. 28-29). Of, zoals Boots, Eisma en Schoenmaker het plastisch omschrijven: 'Aanvullende regelgeving en toezicht blijken nodig om hebzucht te civiliseren en te corrigeren. Zie daar de kernrol van het toezichtrecht van de financiële markten.' Zij noemen de beschikbaarheid van juiste en volledige informatie en het vertrouwen in de behoorlijke afloop van transacties dan ook een kernvoorwaarde voor het functioneren van de financiële markten (2010, p. 7-8).

#### *De Wet op het financieel toezicht*

Aankankelijk was het financieel toezicht geregeld in verschillende bijzondere wetten voor de verschillende financiële sectoren, zoals het bankwezen, het verzekeringswezen, het effectenwezen en het pensioenwezen. Het financieel toezicht was sectoraal georganiseerd.

Zo hield DNB toezicht op de banken, de Pensioen- en Verzekeringskamer (PVK) op de pensioenfondsen en de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) op beleggingsondernemingen. In de loop der tijd vervaagden echter de grenzen tussen deze sectoren door de opkomst van sectoroverschrijdende financiële ondernemingen, bijvoorbeeld bank-verzekeringsconglomeraten en financiële producten, bijvoorbeeld beleggingshypotheken en lijfrentepolissen (Boots, Eisma & Schoenmaker, 2010, p. 17; Grundmann-Van de Krol, 2012, p. 12).

Om deze reden is het financieel toezicht in de periode 1999-2002 hervormd en functioneel georganiseerd, op basis van drie functies: systeemtoezicht, prudentieel toezicht en gedragtoezicht. Dit wordt het functioneel toezichtmodel genoemd, ook wel het *Twin Peaks*-model (Grundmann-Van der Krol, 2012, p. 13-14; Van Eersel, 2013, p. 24). Het functioneel toezichtmodel is vervolgens in 2007 verankerd in de Wet op het financieel toezicht.<sup>160</sup> In een grootscheepse wetgevingsoperatie zijn de verschillende sectorale toezichtwetten geharmoniseerd en opgegaan in de Wet op het financieel toezicht.<sup>161</sup> In de wet is voor elke

---

<sup>160</sup> *Stb.* 2006, 475.

<sup>161</sup> Het betreft de Wet toezicht beleggingsinstellingen 1995, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake de wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet op de financiële dienstverlening.

toezichtfunctie een eigen toezichthouder aangewezen: DNB (waarin de PVK is opgegaan) en de AFM (als opvolger van de STE). Zo is DNB, op grond van artikel 1:24 Wft, belast met het prudentieel toezicht en de AFM, op grond van artikel 1:25 Wft, met het gedragstoezicht (*Kamerstukken II, 2003/4, 29 708, 3, p. 5-7*).<sup>162</sup> Het systeemtoezicht is op grond van de Bankwet aan DNB opgedragen. In de Wet op het financieel toezicht zijn tevens markttoetredingsbepalingen (een vergunningplicht, af te handelen door één toezichthouder) opgenomen en voor de toezichthouders identieke toezicht- en handhavingsbevoegdheden. In het onderstaande ga ik kort in op de verschillende toezichtfuncties uit de Wet op het financieel toezicht. Aan het einde van deze paragraaf kom ik nog even terug op een tweetal voor dit onderzoek bijzonder relevante aspecten van de Wet op het financieel toezicht.

#### *Prudentieel toezicht DNB*

Het prudentieel toezicht heeft tot doel het bevorderen van soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector, aldus de Wet op het financieel toezicht. Het houdt verband met eerdergenoemd strategisch belang van financiële ondernemingen voor het goed functioneren van de nationale economie (Scheltema & Scheltema, 2009, p. 6). Het gaat om toezicht op de naleving van bedrijfseconomische normen, waaronder solvabiliteit- en liquiditeitsvoorschriften en normen ten aanzien van de kwaliteit van de interne bedrijfsvoering. Het beoogt, onder meer, het risico op faillissement zo veel mogelijk te verkleinen. Het prudentieel toezicht heeft echter ook betrekking op de *governance* van financiële ondernemingen, dat wil zeggen de deskundigheid (de geschiktheid) en betrouwbaarheid van de beleidsbepalers evenals de inrichting van de bedrijfsvoering (beheerst en integer). Het prudentieel toezicht dient volgens de Memorie van Toelichting bij de Wet op het financieel toezicht ter bescherming van individuele afnemers van complexe financiële diensten en ter compensatie van hun afhankelijkheid van professionele financiële dienstverleners (bevorderen informatiesymmetrie) (*Kamerstukken II, 2003/4, 29 708, 3, p. 28-29*) (Boots, Eisma & Schoenmaker, 2010, p. 10-11; Grundmann-Van de

---

<sup>162</sup> Van Eersel merkt op dat de laatste jaren sprake is van een zekere vermenging van deze toezichtvormen, doordat het toezicht door DNB en de AFM naar elkaar opschuiven (2013, p. 24). Zo krijgt DNB meer aandacht voor het gedrag en de cultuur binnen financiële ondernemingen en de AFM voor prudentiële aspecten. Ook het toezicht van DNB en de AFM gaan steeds meer op elkaar lijken (zie verder hoofdstuk 4 en 5). Hij signaleert dan ook een ontwikkeling naar concentratie van toezicht. Overigens zijn DNB en de AFM op basis van artikel 151 van de Pensioenwet ook belast met het prudentieel- respectievelijk gedragstoezicht op pensioenfondsen en pensioenuitvoerders.



Krol, 2012, p. 29 en 683).<sup>163</sup> Het prudentieel toezicht hangt nauw samen met het zogenoemde systeemtoezicht, dat is gericht op de stabiliteit van het financiële stelsel als geheel.

#### *Integriteitstoezicht DNB*

Daarnaast is DNB op grond van enkele bijzondere wetten belast met integriteits- toezicht binnen de financiële sector. Deze vorm van toezicht is gericht op de integriteit van het financiële stelsel als geheel en heeft dus een wat andere strekking dan het klassieke financiële toezicht. Het heeft tot doel te voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor criminaliteit, bijvoorbeeld door het witwassen van criminele vermogens, en terrorisme. Dit is geregeld in een aantal bijzondere wetten, zoals de Sanctiewet 1977 en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, maar ook in de Wet toezicht trustkantoren en de Wet op geldtransactiekantoren (Van der Wulp, 2012, p. 270-271).<sup>164</sup>

#### *Gedragstoezicht AFM*

Het gedragstoezicht heeft tot doel het bevorderen van ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en een zorgvuldige behandeling van cliënten, aldus de Wet op het financieel toezicht. Het hangt samen met eerdergenoemde belangen van ordelijke marktwerking: transparantie, informatiesymmetrie en consumentenbescherming (Scheltema & Scheltema, 2009, p. 7-9 en p. 87). Uit de Memorie van Toelichting bij de Wet op het financieel toezicht valt af te leiden dat het gedragstoezicht dient om marktimperfecties te compenseren. Er bestaan immers grote verschillen in de informatiepositie en professionaliteit van de spelers op de financiële markten. Het gedragstoezicht dient er dan ook toe om het spel van vraag en aanbod op financiële markten ordelijk te laten verlopen, relevante informatie gelijktijdig voor alle partijen beschikbaar te doen zijn (bevorderen transparantie) en het evenwicht tussen partijen te herstellen (bevorderen informatiesymmetrie).

Vooraf het belang van de zwakkere, minder goed geïnformeerde consument dient te worden beschermd. Het gedragstoezicht ziet dus op marktpartijen, meer in het bijzonder het gedrag van financiële ondernemingen ten opzichte van consumenten, en marktprocessen, meer in het bijzonder het gedrag van marktspelers ten opzichte van elkaar (*Kamerstukken II*, 2003/4, 29 708, 3, p. 28-29)

---

<sup>163</sup> Vanaf 4 november 2014 is het prudentieel toezicht op kredietinstellingen overgeheveld naar de Europese Centrale Bank in het kader van het *Single Supervisory mechanism* (EU-Verordening 1024/2013, *PbEU* 2013, L 287/63).

<sup>164</sup> De Wgfk is per 1 juli 2012 opgegaan in de Wft.

(Boots, Eisma & Schoenmaker, 2010, p. 11-12; Grundmann-Van de Krol, 2012, p. 29 en 684).<sup>165</sup>

In dit kader kan ook het toezicht van de AFM op de naleving van de Colportage-wet en de Wet handhaving consumentenbescherming worden geplaatst.<sup>166</sup>

#### *Accountantstoezicht AFM*

Aan de AFM is tevens het toezicht op accountantsorganisaties toevertrouwd. Dit toezicht heeft betrekking op de kwaliteitseisen op basis van de Wet toezicht accountantsorganisaties. Doel van het toezicht is het garanderen van de betrouwbaarheid voor marktpartijen van de controle door accountants van de financiële verslaggeving. Deze taak staat op het eerste gezicht wat verder af van het klassieke financieel toezicht, maar ook hier gaat om het belang van transparantie en informatiesymmetrie.

Scheltema en Scheltema plaatsen enige kritische kanttekeningen bij (het bereken van) de doelstellingen van het financieel toezicht (2009, p. 9-10). Zo stellen zij dat de wetgever er te gemakkelijk van uitgaat dat het compenseren van de informatieasymmetrie, door middel van uiteenlopende informatieverplichtingen in de Wet op het financieel toezicht, zal leiden tot een betere bescherming van de consument. Volgens hen leert de praktijk dat de gemiddelde consument, ondanks de verhoogde beschikbaarheid van informatie, onvoldoende in staat is om op dit punt zijn eigen belangen te behartigen. Financiële producten blijken voor de consument nu eenmaal te lastig om te doorgronden om op basis daarvan een weloverwogen beslissing te nemen. De doorsnee consument beschikt over onvoldoende inzicht en ervaring om de extra informatie te wegen en te duiden.<sup>167</sup> Die blijft daartoe aangewezen op een professioneel adviseur. Bovendien blijken in de praktijk veel consumenten helemaal niet zo rationeel te handelen als de wetgever veronderstelt, dat wil zeggen de juiste informatie inwinnen, afwegen en kiezen, als het gaat om financiële producten en diensten, getuige bijvoorbeeld

---

<sup>165</sup> In het verlengde hiervan houdt de AFM ook toezicht op de naleving van de voorschriften uit de Colportagewet en de Wet handhaving consumentenbescherming.

<sup>166</sup> De Colportagewet is ingetrokken per 13 juni 2014 in verband met de implementatie van de Richtlijn consumentenrechten (Richtlijn 2011/83/EU).

<sup>167</sup> Als voorbeeld noemen zij de prospectusplicht (artikel 5:2 Wft). Als de consument die al krijgt, leest hij die niet en als hij die wel leest, begrijpt hij die vaak onvoldoende. Aldus schiet de prospectusplicht ten aanzien van consumenten zijn doel voorbij (2009, p. 88-89 en 95). Ook Bierens twijfelt aan de effectiviteit van deze (en andere) informatieverplichtingen uit de Wet op het financieel toezicht. Het informatieverwervings- en besluitvormingsproces van de niet-professionele belegger verloopt niet zo rationeel als door de wetgever wordt verondersteld (2012, p. 161).

de aanschaf van vele aandelenleaseproducten of beleggingsverzekeringen. De informatieverplichtingen in de Wet op het financieel toezicht zullen volgens Scheltema en Scheltema wel enigszins bijdragen aan het opheffen van de informatieasymmetrie, maar dan alleen voor professionele partijen. Voor consumenten blijft sprake van asymmetrie in professionaliteit (p. 88-90).<sup>168</sup>

#### *Markttoezicht*

Het toezicht door DNB en de AFM kan tevens worden beschouwd als een vorm van (financieel) markttoezicht.<sup>169</sup> Markttoezicht is bedoeld om de marktwerking, als ordeningsmechanisme voor bepaalde maatschappelijke sectoren, te reguleren. Vrije markten hebben immers de neiging zogenoemde imperfecties te vertonen, zoals het ontstaan van marktmacht of informatieasymmetrie. Dit laatste verschijnsel doet zich ook voor op financiële markten (Boots, Eisma & Schoemaker, 2010, p. 9).

Om deze reden wordt gesproken van gereguleerde markten of gereguleerde marktwerking (Duijkersloot, 2007, p. 13-14; Ottow, 2009, p. 6-7).

Voor de organisaties die zijn belast met het markttoezicht wordt ook wel het begrip marktautoriteit of marktmeester gebruikt, omdat dat beter zou aansluiten bij de reikwijdte van hun takenpakket (Van der Meulen, 2003, p. 25; Verhey & Verheij, 2005, p. 139). Dit in plaats van het begrip toezichthouder, dat verwarrende associaties zou oproepen met de toezichthouder (een persoon) in de zin van hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht. Marktautoriteiten beschikken in het kader van hun taak over het algemeen over de bevoegdheid tot: het verlenen van toegang tot de markt, het toestaan of verbieden van bepaalde gedragingen op de markt, het toezien op de naleving van gedragsnormen op de markt en het opleggen van sancties (Van der Meulen, 2003, p. 27; Duijkersloot, 2007, p. 21).

### **3.3 De introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht**

Oorspronkelijk werden overtredingen van voorschriften uit de financieel toezichtwetten strafrechtelijk gehandhaafd, op basis van de Wet op de economische delicten. Dit veranderde echter per 1 januari 2000 toen op basis van de

---

<sup>168</sup> Zij doen de suggestie hierin te voorzien door middel van de reeds bestaande 'Ken uw klant-regels', die daartoe zouden moeten worden aangescherpt, of door een verplichte advisering over bepaalde financiële producten (2009, p. 97 en 99).

<sup>169</sup> Aelen spreekt van sectorspecifiek niet-mededingingstoezicht als variant binnen het markttoezicht (2014, p. 33-34).

Wet tot invoering van de last onder dwangsom en bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (de Wet IDBB) in acht financieel toezichtwetten de bevoegdheid werd opgenomen om een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom op te leggen.<sup>170</sup> Enige jaren later is ook in de financiële integriteitswetten een boetebevoegdheid opgenomen.<sup>171</sup> Aldus kwam het accent te liggen op bestuursrechtelijke handhaving van die regelgeving. De bevoegdheid om een boete op te leggen werd toegekend aan de toezichthouder die reeds was belast met de uitvoering van die regelgeving.<sup>172</sup>

Los van de nationale ontwikkelingen die hebben geleid tot de invoering van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht, heeft zich later ook in Europees verband een ontwikkeling voltrokken die noopt tot het gebruik van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht. Zo bevat veel (voorgenomen) Europese regelgeving specifieke voorschriften ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving daarvan, waaronder door middel van een boete (en de hoogte daarvan).<sup>173</sup> Dit vloeit voort uit de wens van de Europese Commissie om eerder tussen lidstaten geconstateerde verschillen in de handhaving van die financiële regelgeving weg te nemen, door middel van een proces van convergentie en versterking van de verschillende sanctieregelingen (Grundmann-van der Krol,

---

<sup>170</sup> *Stb.* 1999, 509. Het betreft de Wet toezicht beleggingsinstellingen 1995, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natuura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake de wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994. Zoals eerder aangegeven, zijn deze wetten, met uitzondering van de Wfbb, per 1 januari 2007 opgegaan in de Wet op het financieel toezicht, dat een vergelijkbare boetesystematiek kent. De boetebevoegdheid van de financiële toezichthouder is opgenomen in artikel 1:80 Wft.

<sup>171</sup> Zoals de Wet toezicht trustkantoren (*Stb.* 2004, 9), de Wet op de geldtransactiekantoren, *Stb.* 2002, 380 en de Sanctiewet 1977 (*Stb.* 2002, 270).

<sup>172</sup> De boeteopbrengst komt in beginsel ten goede aan de financiële toezichthouder. In de memorie van Toelichting bij de Wet IDBB is geregeld dat voor die wetten waarvan de kosten van het toezicht worden doorberekend aan de onder toezicht gestelden, de boeteopbrengst hierop in mindering kan worden gebracht (p. 12). Dit wordt ook de hoofdregel in artikel 123 Wft en de latere Wet Bekostiging financieel toezicht (Wbft) (artikel 7 en 13), *Stb.* 2012, 250. In de wet tot wijziging van de Wbft is geregeld dat de kosten van het toezicht worden doorberekend aan de onder toezicht gestelden en dat de boeteopbrengst hierop slechts beperkt in mindering wordt gebracht (boeteopbrengsten boven de 2.5 miljoen euro komen aan de Staat ten goede (artikel 7) (*Kamerstukken I*, 33 957).

<sup>173</sup> Bijv. artikel 30 en 31 van de Verordening Marktmissbruik (Verordening EU 596/2014), artikel 65 en 66 van de Richtlijn Kapitaalsvereisten (CRD IV) (Richtlijn 2013/36/EU) en artikel 70 van de Richtlijn MIFID II (Richtlijn 2014/65/EU).

2013, p. 25-27).<sup>174</sup> Gelet op de opzet van dit onderzoek, ga ik hier niet verder op in.

### 3.3.1 Verbetering doelmatigheid handhaving

#### *De doelstelling van de bestuurlijke boete*

Het doel van de invoering van de bestuurlijke boete in de financieel toezichtwetgeving was het verbeteren van de handhaving in algemene zin, aldus de Memorie van Toelichting bij de Wet IDBB (p. 4).<sup>175</sup>

‘De doelstelling van het wetsvoorstel is [...] de handhaving van de in de financiële wetgeving opgenomen regels te verbeteren. Daarbij komt dat hierdoor het strafrechtelijk apparaat enigszins kan worden ontlast.’

Net als bij de sociaal economische ordeningswetgeving in algemene zin, werd er ook ten aanzien van de financieel toezichtwetgeving gesproken van een handhavingstekort. De oorzaak van dat tekort werd toegeschreven aan de beperkingen die verbonden waren aan het strafrecht en de beperkte mogelijkheden van de bestaande bestuursrechtelijke bevoegdheden.<sup>176</sup> Voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving was men namelijk vooral aangewezen op het strafrecht. In de praktijk bleek daar echter weinig van terecht te komen. Zo werd strafrechtelijke handhaving beschouwd als relatief te zwaar, tijdrovend en kostbaar voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving (p. 4). Daarnaast speelde een rol dat de toenmalige bestuursrechtelijke (sanctie)bevoegdheden als ontoereikend werden beschouwd. In bestuursrechtelijk opzicht konden de toezichthouders weinig meer doen dan het geven van een aanwijzing, het aanscherpen van de vergunningvoorschriften of het intrekken van de vergunning. Dit laatste werd echter veelal als een te zwaar middel gezien, dat bovendien ook betrokken derden zou kunnen duperen (p. 3). Deze (sanctie)bevoegdheden veronderstellen bovendien een bestendige toezichtrelatie (bijvoorbeeld op basis

---

<sup>174</sup> Vgl. de brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer over nieuwe commissievoorstellen van 31 januari 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, 1133. Daarin wordt verwezen naar een mededeling van de Europese Commissie aangaande de noodzaak tot uniformering en versterking van sanctieregelingen in de financiële sector (COM (2010) 716). Dit borduurt voort op eerdere initiatieven van toezichthouders in Europees verband om meer samenhang te brengen in de handhaving van Europese Verordeningen en Richtlijnen. Een voorbeeld hiervan is het overzicht van handhavingssystemen in de EU-lidstaten in het kader van de Verordening Marktmissbruik, opgesteld in CESR-verband (CESR/08-099).

<sup>175</sup> *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 821, 3.

<sup>176</sup> Zo ook Van Russen Groen en Van der Wulp (2013, p. 228-229).

van een vergunning of inschrijving in een register). Daar waar die relatie niet bestaat, beschikken de toezichthouders al helemaal niet over aangrijpingspunten voor het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie (De Vries, 2004, p. 151).

Bestuursrechtelijke handhaving van de financieel toezichtwetgeving stond voortaan voorop. Voor het strafrecht werd nog wel een aanvullende en ondersteunende functie gezien, als *ultimum remedium* (p. 4). Bijvoorbeeld als de inzet van dwangmiddelen nodig zou zijn of als een gevangenisstraf geïndiceerd zou zijn, in het geval van zware overtredingen als misbruik van voorwetenschap (p. 5-6) of als het met de overtreding genoten voordeel uitzonderlijk groot zou zijn (p. 9). Overtredingen van de financieel toezichtwetgeving konden dus zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden gehandhaafd.<sup>177</sup> De strafrechtelijke weg bleef dus vooral om instrumentele redenen open staan en niet om normatieve, om zondig de beschikking te hebben over de dwangmiddelen en vrijheidsstraffen die het strafrecht biedt (Hartmann, 2004, p. 1070).<sup>178</sup>

Hartman was een verklaard voorstander van bestuurlijke handhaving van de financieel toezichtwetgeving was (2004, p. 1073). Hij zag geen enkele toegevoegde waarde meer van het strafrecht bij de handhaving van de financieel toezichtwetgeving.<sup>179</sup> Volgens hem zijn de bestuurlijke toezichtsbevoegdheden minstens zo effectief als de dwangmiddelen uit het straf(proces)recht en worden in de strafrechtelijke handhavingspraktijk ten aanzien van de financieel toezichtwetgeving niet of nauwelijks vrijheidsstraffen geëist en opgelegd.

Het strafrecht blijft volgens hem een relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar traject. Hij is van mening dat het strafrecht in de praktijk niet defamerend werkt, de meeste strafzaken die het Openbaar Ministerie aanhangig heeft gemaakt zijn volgens hem min of meer met een sisser afgelopen. Bovendien is de (financiële) toezichthouder voor deze gevallen beter geëquipeerd dan het Openbaar Ministerie.

---

<sup>177</sup> Het zogenoemde model B van de commissie Kortmann (p. 43-46). Zo ook Tillema, (2000, p. 1201) en Corstens (2001, p. 244).

<sup>178</sup> Deze argumenten worden min of meer herhaald in de Wft (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 708, 3, p. 18), waar ik in dit kader niet afzonderlijk op in ga omdat het primair een harmonisatiewet is (p. 17). De bestaande handhavingsbevoegdheden, die stammen uit de Wet IDBB, worden niet gewijzigd.

<sup>179</sup> Tot min of meer dezelfde conclusie, in elk geval ten aanzien van de geldboete, komt ook Kraaijeveld in zijn scriptieonderzoek naar de mogelijkheid om de Wft uitsluitend bestuursrechtelijk te handhaven (2009).

### *Het kabinetsbeleid met betrekking tot bestuurlijke handhaving*

De onderbouwing van de introductie van de bestuurlijke boete in de financieel toezichtwetgeving sloot naadloos aan bij het Kabinetsbeleid ten aanzien van handhaving door middel van bestuurlijke boeten (vergelijk hoofdstuk 2).<sup>180</sup> In de Memorie van Toelichting bij de Wet IDBB werd expliciet gerefereerd aan het kabinetsstandpunt op het rapport van de commissie Kortmann. De invoering van de bestuurlijke boete moest de toezichthouders in staat stellen hun verantwoordelijkheid te nemen voor de handhaving van de regelgeving die zij normaliter moeten uitvoeren (Memorie van Toelichting, p. 3-4). Daarnaast werd de financieel toezichtwetgeving, als onderdeel van de zogenoemde instrumentele beleidswetgeving, zeer geschikt geacht voor bestuursrechtelijke handhaving (p. 5). Zo werd de bestuurlijke boete in het bijzonder passend geacht om op te treden tegen veelvoorkomende meldingsplichten in de financieel toezichtwetgeving (p. 7). Ook het verbeteren van de doelmatigheid van de handhaving speelde dus een belangrijke rol.

Een expert van het ministerie van Financiën die nauw betrokken was bij de beleidsontwikkeling en wetgeving ten aanzien van de financieel toezichtwetgeving, blijkt als volgt terug op de introductie van de bestuurlijke boete (respondent 3).

‘De reden om destijds te kiezen voor de bestuurlijke boete was het tekortschieten van de strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving. Het handhavingstekort. Het OM slaagde er onvoldoende in om overtredingen effectief te handhaven en de rechter sprak vaak vrij. De bestuurlijke boete was een aantrekkelijk alternatief.’

‘Bovendien sloot het aan bij het specialisme van de toezichthouder. Vooral de AFM had, als gedragstoezichthouder, wel behoefte aan een punitieve sanctie. Bijvoorbeeld bij consumentenmisleiding. DNB was veel terughoudender, wat wel begrijpelijk is in het licht van het prudentieel toezicht. In dat kader is de boete vooral geschikt voor illegale instellingen en in het kader van het integriteittoezicht.’

‘Al met al lag aan deze keuze geen specifieke beleidsvisie of theorie ten grondslag, het is meer historisch gegroeid.’

---

<sup>180</sup> Zo ook Van der Wulp (2012, p. 363). Overigens stond van de financieel toezichtwetgeving aanvankelijk alleen de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 op het ‘verlanglijstje’ van de commissie Kortmann (Duijkersloot, 1998, p.199-200).

Uit deze terugblik blijkt dat vooral pragmatische overwegingen een rol speelden bij de keuze voor de bestuurlijke boete (zoals ook naar voren komt in hoofdstuk 2).

Het Openbaar Ministerie hield de boot af, het bestuursrecht bood een aantrekkelijk alternatief.<sup>181</sup> Respondent ziet dan ook geen weg meer terug.

‘Nee, het OM is echt geen alternatief meer, behalve dan in uitzonderlijke, ernstige gevallen zoals handel met voorwetenschap. Bijkomend voordeel is dat we de handhaving in eigen hand houden en beter kunnen sturen op prioritering en capaciteitstoedeling.’

#### *Verwachtingen van de toezichthouders*

De medewerkers van de toezichthouders die zijn geïnterviewd zien eveneens vooral doelmatigheidsvoordelen in de bestuurlijke boete. Zo vertelt een medewerker van DNB (respondent 4).

‘Het bestuursrecht in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder is wel een geschikt middel ten behoeve van de handhaving van de financieel toezichtwetgeving. Doordat DNB over bestuursrechtelijke bevoegdheden beschikt, hoeft zij in beginsel geen beroep meer te doen op het OM voor handhaving. DNB beschikt zelf over de benodigde expertise en capaciteit voor de afdoening van dit type zaken.’

‘In het verleden kon alleen aangifte worden gedaan bij het OM, de drempel hiervoor bleek vrij hoog. DNB was daarbij afhankelijk van de vraag of het OM de zaak wel in behandeling wilde nemen. Het OM maakt zijn eigen afweging, waarbij een rol speelde dat de specialistische kennis en capaciteit voor de afhandeling van overtredingen van de financieel toezichtwetgeving niet bijzonder sterk was ontwikkeld binnen het OM. En als het dan toch tot een strafzaak kwam, bleek de strafrechter doorgaans lage straffen op te leggen.’

---

<sup>181</sup> Verhey geeft een mooi kijkje in de ‘Haagse keuken’, ter verklaring van de populariteit van de bestuurlijke boete (2005, p. 260): ‘Gelet op de ernstige overbelasting van de strafrechtsketen wilde Justitie liever handhavingstaken kwijt dan nieuwe handhavingstaken erbij. Omgekeerd zagen de voor de marktautoriteiten verantwoordelijke vakministers een uitgelezen kans om voor het handhavingbeleid en de inzet van handhavingscapaciteit niet langer afhankelijk te zijn van Justitie.’



Medewerkers van de AFM delen deze pragmatische benadering. Zo stelt een (respondent 12).

'De bestuurlijke boete is toch vooral bedoeld om het strafrecht te ontlasten. De mogelijkheid bestaat nu om de wat lichtere overtredingen van de financiële wetgeving bestuursrechtelijk af te doen. Het strafrecht was daarvoor ongeschikt. Deze zaken bleven in het verleden gewoon liggen.'

'Tot voor kort was het bestaande sanctie-instrumentarium aan de ene kant te licht, een gesprek, en aan de andere kant te zwaar, het intrekken van de vergunning. Ook schoot het tekort bij niet-vergunninghouders of als de overtreding al was beëindigd. Voor die laatste categorie was het strafrecht ook niet altijd een begaanbare weg. De bestuurlijke boete is nu onmisbaar geworden.'

Een tweede (respondent 17).

'Het is op basis van het bestuursrecht wel mogelijk om daadkrachtiger en sneller op te treden. De doorlooptijden zijn korter, het biedt meer slagkracht. Het strafrecht vergt meer tijd. Daarnaast beschikken wij over de vereiste expertise, in tegenstelling tot het OM. Verder biedt het bestuursrecht de mogelijkheid om sneller naar buiten te treden met de boete, dit is in het voordeel van de AFM als gedragstoezichthouder. De AFM wil snel kunnen waarschuwen en snel de consument bereiken, dit kan niet het met het strafrecht.'

En een derde (respondent 14).

'Voordeel van bestuursrechtelijke afdoening van boetes is de bestuursrechter al vertrouwd is de materiele besluitvorming in financieel toezichtzaken, doordat die rechter ook alle andere zaken van de AFM en DNB behandelt. Er is sprake van geconcentreerde afdoening bij een gespecialiseerde rechter. Dat voordeel heeft de strafrechter niet.'

Uit deze citaten komt naar voren, net als in het voorgaande hoofdstuk, dat de instrumentele functie van de bestuurlijke boete voorop staat. De betrokken medewerkers zien vooral voordelen uit oogpunt van doelmatigheid en benadrukken dat de handhaving van de specialistische financieel toezichtwetgeving in goede handen is bij een hoogwaardige toezichthouder als zichzelf.

Er zijn echter ook medewerkers (van AFM resp. DNB) die de keerzijde zien van hun nieuwe bevoegdheid (respondent 20 en 6).

'Het is het zwaarste middel om in te zetten. Ik zie het als gelijkwaardig aan het doen van aangifte bij het OM.'

'Het is een relatief zwaar instrument, waarbij door de beboete instelling de publicatie als verder verzwarend wordt beschouwd. De onder toezicht staande instellingen zijn bepaald geen voorstander van het instrument, maar als het feitencomplex er aanleiding toegeeft, deinst DNB er niet voor terug een boete op te leggen.'

Medewerkers (van de AFM) hebben om die reden wel enige bedenkingen. Zo stelt de één (respondent 17).

'De beoordeling van het bewijs is vrijer, anders dan om strafrecht. Is de bestuursrechter wel voldoende actief en gericht op materiële waarheidsvinding? Het strafrechtelijke bewijsstelsel is toch minder vrij en meer gedegen. Als strafrechtjurist heb ik wel enige moeite met de vrijere bewijsleer in het bestuursrecht. Zijn de rechten van de verdediging wel voldoende gewaarborgd?'

'Inmiddels zijn er meer en meer strafrechtelijke leerstukken geïntroduceerd in het bestuursrecht. Dit was ook wel nodig, gelet op de hoge boetes. Daarnaast zijn er de beginselen van behoorlijk bestuur.'

En de ander (respondent 19).

'Ik aarzel of de bestuursrechter de hoge boetes wel zo vol toetst als de strafrechter. Bestuursrecht is toch meer formeel procedurerecht, met een andere bewijsleer. Er is bijvoorbeeld geen leerstuk onrechtmatig verkregen bewijs. Is wel een rechtstatelijk punt. Ik schat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in als minder afdoende.'

In deze citaten klinkt enige voorzichtigheid door. De bestuurlijke boete is een zwaar middel, waarbij de nodige zorgvuldigheid moet worden betracht.

### **3.3.2 Onwenselijke neveneffecten**

In de rechtswetenschappelijke literatuur zijn destijds ook de nodige kanttekeningen geplaatst bij de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financieel toezichtwetgeving. Zo vreesde Doorenbos dat de introductie van de bestuurlijke boete als repressief handhavingsinstrument een zware wissel zou trekken op de financieel toezichtspraktijk: 'die wordt grimmiger en ongelijkwaardiger'. Hij voorzag een formalisering en verharding van het financi-

eel toezicht en bezigde in dit verband nogal dramatische bewoordingen: 'Het toezicht zal [...] nooit meer hetzelfde zijn' en '...in de sfeer van het toezicht breekt een nieuwe tijd aan.' (2000, p. 8). Verder meende hij dat sommige onderdelen van de financieel toezichtwetgeving zich door hun complexiteit minder goed zouden lenen voor bestuursrechtelijke handhaving, zoals bijvoorbeeld de bepalingen met betrekking tot voorkennis (2000, p. 8-11).<sup>182</sup> Ook had hij bedenkingen bij de geboden rechtsbescherming en het rigide boetesysteem.

De kritiek van Doorenbos sluit aan bij de kritische opstelling destijds van strafrechtswetenschappers ten opzichte van de bestuurlijke boete (vergelijk hoofdstuk 2). Eén van hen was Corstens, in het voorgaande hoofdstuk heb ik zijn algemene kritiek op de introductie van de bestuurlijke boete behandeld. In het bijzonder met betrekking tot de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht bracht hij nog naar voren dat dit potentiële overtreders in de financiële wereld naar verwachting minder sterk zou afschrikken dan strafvervolging (2001, p. 244). Hij achtte de preventieve werking van bestuursrechtelijke sanctionering minder sterk, omdat hij sterker gelooft in de defamerende werking van strafvervolging en een openbaar strafproces. Dat de bestuurlijke boete openbaar gemaakt kan worden, zou daar volgens hem onvoldoende tegen opwegen.

Ter Heide en De Lange spraken expliciet de voorkeur uit voor strafrechtelijke handhaving (2009, p. 515-516 en 519). Mede gelet op de ernstige gevolgen van de kredietcrisis, merken zij de integriteit van het financiële verkeer en het vertrouwen in de financiële markten aan als een collectief belang, een collectief rechtsgoed, dat bij uitstek strafrechtelijk dient te worden gehandhaafd. Niet het strafrecht, maar het bestuursrecht moet in dit domein worden gezien als *ultimum remedium*. Volgens hen gaat het bij het plegen van inbreuken op de integriteit van het financiële verkeer en het vertrouwen in de financiële markten in de kern om immoreel handelen.

Waar het bestuursrecht slechts is gericht op het (amorele) belang van het in stand houden van de sociaaleconomische ordening als zodanig, is het strafrecht gericht op de bescherming van individuele slachtoffers en de rechtsorde. Ter Heide en De Lange onderkennen dat hun voorstel als nadeel heeft dat de financiële toezichthouders afhankelijk zijn van het Openbaar Ministerie. Om die afhankelijkheid te doorbreken, stelden zij voor DNB en AFM, belast met de ordening van een geschonden collectief rechtsgoed, toegang toe te kennen tot de strafrechter, gelijktijdig en in samenhang met het Openbaar Ministerie (2009, p. 528-529).

---

<sup>182</sup> Al eerder stelde Duijkersloot dit ook (1998, p. 200). Ook hij achtte deze bepalingen door hun complexiteit niet 'boeterijp'.

In dit licht suggereerden Verhey en Verheij al eerder een officier van justitie, of personen die aan vergelijkbare opleidings- en bekwaamheidseisen voldoen, te detacheren of aan te stellen bij marktautoriteiten, om die organisaties zo toegang tot de strafrechter te verschaffen (2005, p. 292). Zij doen dat echter weer om een andere reden. Zij maakten zich zorgen over de zeer hoge straffen die marktautoriteiten zijn gaan opleggen en hun roep om verdergaande dwangmiddelen. Zij proberen die organisaties daarom in te bedden in de strafrechtspleging, waarvan zij menen dat die meer waarborgen biedt.

Lamp daarentegen, suggereerde om de huidige strafrechtelijke- en bestuursrechtelijke handhaving te integreren in een samenhangend en evenwichtig financieel sanctierecht (2014, p. 13). Dit als antwoord op de huidige fragmentatie van de handhaving van het financieel toezichtrecht, waardoor het financieel sanctierecht aan efficiëntie en effectiviteit dreigt in te boeten. In zo'n financieel sanctierecht zouden betrokken, ook binnen het kader van een bestuursrechtelijk onderzoek, aanspraak moeten kunnen maken op de reguliere strafrechtelijke waarborgen (p. 20).

### **3.4 De boetesystematiek in de Wet IDBB**

In de vorige paragraaf ben ik ingegaan om de motieven die ten grondslag lagen aan de bestuurlijke boete evenals de daarop geuite kritiek. In deze paragraaf ga ik in op de boetesystematiek van de Wet IDBB.<sup>183</sup>

#### **3.4.1 Een vast boetesysteem**

Die systematiek is gebaseerd op twee uitgangspunten, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting (p. 8). Enerzijds moest de hoogte van de boete het voordeel overtreffen dat met de overtreding zou kunnen worden behaald. Anderzijds moest rekening worden gehouden met de draagkracht van de overtreder. Dit heeft geleid tot een systeem met een vaste tariefgroepindeling van de boete op basis van de zwaarte van de overtreding en een categorie-indeling van financiële instellingen op basis van hun draagkracht.<sup>184</sup> De boete moest vervolgens

---

<sup>183</sup> Deze boetesystematiek komt later terug in de Wft, waarin de toenmalige sectorale toezichtwetten per 1 januari 2007 zijn opgegaan.

<sup>184</sup> De draagkrachtfactoren en boetecategorieën verschillen per specifieke toezichtwet. Er zijn factoren van 0,25, 0,5, 1, 2, 3, 4, 5, 6 en 10 en er is de boetecategorie: 1 tot en met 5. 1: € 453,- 2: € 907,-, 2a: € 1.815,-, 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87.125,-. De latere Wft kent iets andere categorieën 1: € 600,-, 2: € 1.000,-, 3: € 6.000,-, 4: € 24.000,- en 5: € 96.000,-.

worden vastgesteld door het boetetarief te vermenigvuldigen met de draagkrachtfactor.<sup>185</sup> Daarnaast was er een wettelijk boeteplafond van kracht.<sup>186</sup>

#### *Een rigide systeem*

Dit systeem maakt een rigide indruk: er bestaat nauwelijks beleidsvrijheid voor de toezichthouder, bijvoorbeeld om nadrukkelijk rekening te houden met de verwijtbaarheid (waaronder recidive) of de omstandigheden van het geval (de proportionaliteit) (Duijkersloot, 1998, p. 204).

In feite heeft de wetgever deze afweging voor de toezichthouder al gemaakt door te kiezen voor een indeling van de overtreding in een vaste tariefgroep en het toekennen van een draagkrachtfactor. In de tariefstructuur en de verschillende draagkrachtfactoren is de ernst van de overtreding respectievelijk de draagkracht verdisconteerd.

Wel kan de toezichthouder op grond van de Wet IDBB de hoogte van de boete matigen, door middel van een anti-hardheidsclausule.<sup>187</sup> Die was echter alleen bedoeld voor bijzondere uitzonderingsgevallen, die door betrokkene in de bezwaarfase eigener beweging naar voren gebracht moeten worden, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting (p. 8). Volgens de wetgever heeft dit systeem het voordeel van de eenvoud, waarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is gediend (p. 8).

Aan de andere kant lijkt er zo weinig ruimte voor een zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging, waar critici voor waarschuwen (vergelijk hoofdstuk 2).

#### *Versoepeling door de rechter*

In de loop der jaren heeft de bestuursrechter de scherpe kantjes van dit vaste boetesysteem afgeslepen, onder invloed van het EVRM (Jansen, 2003, p. 67-68 en 2004, p. 54; De Vries, 2004, p. 154; De Groot & Nuyten, 2006, p. 73; Sluiter e.a., 2009, p. 212). De bestuursrechter is de, bij de vaste boetes toepasselijke beperkte matigingsbevoegdheid ruim gaan uitleggen (vergelijk hoofdstuk 1).<sup>188</sup> Zo oordeelde het College van Beroep voor het bedrijfsleven, in een zaak waarin de AFM een boete had opgelegd aan de beleggingsonderneming Finresult, we-

---

<sup>185</sup> Als de instelling niet onder toezicht staat, werd niet vermenigvuldigd met de draagkrachtfactor. Dit is wel het geval in de Wft.

<sup>186</sup> Voor de meeste financieel toezichtwetten geldt een wettelijk boetemaximum van € 900.000,-.

<sup>187</sup> Voor die tijd was in de verschillende bijzondere financieel toezichtwetten een matigingsbepaling opgenomen. Die kwam terug in de Wft, in artikel 1:81, derde lid, om later te worden opgenomen in artikel 5:46, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

<sup>188</sup> Zo ook Jansen in AB 2011/310, p. 1870.

gens overtreding van de prospectusplicht uit de Wet toezicht effectenverkeer, als volgt over de wijze waarop de hoogte van de boete moest worden vastgesteld.<sup>189</sup>

‘Artikel 6 EVRM brengt mee, dat de rechter dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. De omstandigheid dat artikel 48d lid 1 en 2 van de Wte voorschrijven dat het bedrag van de boete wordt bepaald door de bijlage bij de wet, kan hieraan niet afdoen. [...] Dit betekent dat het bestuursorgaan steeds gehouden is van de hem in artikel 48d lid 4 gegeven (matigings)bevoegdheid gebruik te maken, zodra sprake is van onevenredigheid tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding anderzijds.’

Dit impliceert dat de toezichthouder nadrukkelijk, ambtshalve, rekening moet houden met het evenredigheidsbeginsel en per boete maatwerk dient te leveren. In de rechtswetenschappelijke literatuur werd hieraan de conclusie verbonden dat het vaste boetestelsel hierdoor in belangrijke mate is gerelativeerd (De Vries, 2004, p. 154; Sluiter e.a., 2009, p. 212). Er werd in dit verband zelfs gesproken van ‘een matigingsplicht in plaats van een matigingsbevoegdheid’ (Blotwijk, 2007, p. 17). De toezichthouder moet nu immers telkens expliciet nagaan of de hoogte van de boete in redelijke verhouding staat met ernst, verwijtbaarheid en draagkracht (Nuyten & Affourtit, 2004, p. 53-55). Verhey en Verheij juichen deze indringende rechterlijke toetsing van (punitieve) besluiten van marktautoriteiten toe, ter compensatie van hun zwakke democratische legitimatie en de beperkte politieke controle op individuele besluiten (2005, p. 327).

Echter, de toezichthouder mag er in beginsel wel van uitgaan dat de wettelijke boete (*in abstracto*) evenredig is aan de ernst van de overtreding, omdat de wetgever zich bij het vaststellen van de boetehoogte heeft laten leiden door de zwaarte van de overtreding en de wens dat de hoogte van de boete het met de overtreding genoten voordeel moet overtreffen, zo blijkt uit de jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Blotwijk, 2007, p. 17).<sup>190</sup> De toezichthouder moet echter, als daar sterke aanwijzingen toe bestaan, wel toetsen of sprake is van evenredigheid (*in concreto*). Hij moet in dit kader ook bijzondere omstandigheden laten meewegen waarmee de wetgever geen rekening heeft kunnen houden, bijvoorbeeld de geringe draagkracht (De Vries, 2004, p. 154; Michiels & De Waard, 2007, p. 96-97). Dit is ook de strekking van de matigingsbevoegdheid van artikel 5:46, derde lid, Algemene wet bestuursrecht.

---

<sup>189</sup> CBb, 29 april 2004, *LJN AO9910*.

<sup>190</sup> CBb, 7 juni 2007, *LJN BA7443*.

Sindsdien hanteert de bestuursrechter de volgende werkwijze bij de beoordeling van boetebesluiten. De discretionaire bevoegdheid als zodanig om een bestuurlijke boete op te leggen toetst de rechter marginaal of afstandelijk, op basis van artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht. Deze toets kent evenwel 'vol te toetsen elementen', aldus de rechter. Zo is het opleggen van een boete onredelijk voor zover zich een rechtvaardigingsgrond zou voordoen, bij afwezigheid van iedere schuld en als er strijdigheid zou zijn met het vertrouwens- of het gelijkheidsbeginsel. Het opleggen van de boete *in concreto*, dat wil zeggen de vaststelling van de onderliggende feiten en het bepalen van de hoogte, toetst de rechter vervolgens volledig of intensief, in het licht van artikel 6, eerste lid, EVRM. Daarbij vat het de bevoegdheid tot matiging niet te beperkt op, één en ander afhankelijk van de mate waarin de wetgever bij het bepalen van de (vaste) hoogte van de boete rekening heeft kunnen houden met specifieke omstandigheden van het geval.<sup>191</sup>

Vanaf medio 2009 kent het financieel toezicht een boetesysteem met vaste en variabele boetes. In paragraaf 3.6 ga ik daar verder op in.

### **3.4.2 Wettelijke en organisatorische waarborgen**

Ter compensatie van dit betrekkelijk rigide boetesysteem, heeft de wetgever enkele wettelijke en organisatorische maatregelen getroffen.

#### *Wettelijke waarborgen*

Zo was in de Wet IDBB, met mede gelet op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, een hoorplicht voorgeschreven, was voorzien in een zwijgrecht voor betrokkene en een cautieplicht voor de toezichthouder en een anticumulatieregeling. Verder was aan het instellen van beroep is schorsende werking verbonden (behalve voor boetes voor de lichtste overtredingen).<sup>192</sup> De voorzieningen waren getroffen om een passende rechtsbescherming te bieden.

#### *Functiescheiding*

In dit kader schreef de Wet IDBB tevens een functiescheiding voor op uitvoerend niveau. Dat wil zeggen een organisatorische voorziening die moet voorkomen dat degene die de boete oplegt geen rol heeft gespeeld bij het constateren van

---

<sup>191</sup> Vergelijk onder meer Rb Rotterdam, 5 april 2007, *LJN* BA3126 en 8 april 2010, *LJN* BM0507 en CbB, 1 september 2011, *LJN* BS 7874 en 22 februari 2012, *LJN* BV6713. Zie ook Boorsma en Wilkeshuis (2011, p. 23). Van Emmerik en Saris (2014, p. 123 en 159) en Stijnen (2014, p. 73).

<sup>192</sup> Toen de sectorale wetten opgingen in de Wft, kwamen deze waarborgen in die wet terug om uiteindelijk te worden opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht.

de overtreding en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek. De functiescheiding moest voorkomen dat, zoals in de Memorie van Toelichting staat, men rechter in eigen zaak zou worden (p. 5). Waar het om ging was dat de beslissing over het opleggen van een bestuurlijke boete objectief en onbevooroordeeld wordt genomen (Peters, 2006, p. 120; Jong & Olden, 2006, p. 246). De manier waarop de functiescheiding moest worden vormgegeven, was echter vrij gelaten.<sup>193</sup> Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de functiescheiding inmiddels ook geldt voor het bestuur van de toezichthouder.<sup>194</sup>

Een functiescheiding tussen beleid, uitvoering en toezicht volgt ook uit de Nota Kaderstellende visie op toezicht, opdat de zes principes voor goed toezicht tot hun recht kunnen komen (Ministerie van BZK, 2005).<sup>195</sup> In de rechtswenschappelijke literatuur wordt benadrukt dat de functiescheiding is ingevoerd om de voor marktautoriteiten zo kenmerkende concentratie van taken en bevoegdheden (vergunningverlening, toezicht en handhaving) te doorbreken door middel van een spreiding van die bevoegdheden (Van der Meulen, 2003, p. 82). Doel is om zo de nodige distantie te creëren en objectiviteit te garanderen in de verhouding tussen de uitvoerende en de boete opleggende ambtenaar (Pasaribu, 2004, p. 1697). Het moet een systeem van *checks and balances* in stand houden binnen de organisatie van de toezichthouder, aldus Van der Meulen.<sup>196</sup> Ter illustratie haalt hij Biesheuvel, Mok en Sevenster aan, die kritiek uitten op de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet (p. 82).

‘Het bezwaar betreft het ‘alles in hand-stelsel’. [...] Het kwam al naar voren dat functionarissen (juist de goede!) zich met hun werk identificeren. Dat brengt mee dat zij een zaak tot een – in hun ogen – goed einde willen bren-

---

<sup>193</sup> De functiescheiding komt ook terug in de Wft (artikel 1:88 Wft). In de Algemene wet bestuursrecht is de functiescheiding gegoten in de een vorm een mandaatverbod (artikel 10:3, vierde lid, Awb).

<sup>194</sup> CBB, 9 februari 2006, AB 2006, 292, LJV AV2682 en 6 november 2009, AB 2010, 215. Dit gaat echter niet zo ver dat een bestuurslid geen opdracht zou mogen geven tot onderzoek, geen algemene aanwijzingen zou mogen geven en zich zou mogen niet vergewissen van het opvolgen van zijn aanwijzingen en de voortgang van het onderzoek. Het bestuur moet wel zijn verantwoordelijkheid kunnen nemen (Peters, 2006, p. 124; Blotwijk, 2007, p. 18; Daalder, 2011, p. 59-60).

<sup>195</sup> Die zijn: selectiviteit, slagvaardigheid, samenwerkend, onafhankelijkheid, transparantie en professionaliteit (p. 18). Overigens werd een functiescheiding ook al bepleit in het advies van de commissie Kortmann (p. 49) (vergelijk hoofdstuk 2).

<sup>196</sup> Zo ook Hartmann (2013, p. 246-247), die spreekt van 'het garanderen van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid binnen de handavingsketen en daarmee de zuiverheid van beoordeling' en Van Eersel, 2013, p. 83).



gen. Als de politie een zaak rond heeft, wil zij dat veroordeling volgt. Een officier van justitie, en een rechter in nog sterkere mate, kijkt daar anders tegen aan. Zij bezien of het bewijs echt geleverd is, en niet met onrechtmatige middelen, alsmede of er geen verzachtende en disculperende omstandigheden zijn. Soms volgt er geen veroordeling. Dat kan wel frustrerend werken op de politie, maar zo hoort het in een rechtsstaat'.

Het belang van de functiescheiding, als intern controlemechanisme, sterker nog als 'zelfreinigend vermogen', is volgens Van der Meulen niet te onderschatten. In het geval van marktautoriteiten is de werking van externe controlemechanismen namelijk beperkt. Dit vanwege hun zelfstandige, hoog specialistische en gesloten karakter, hun onafhankelijkheid en grote afstand tot de politiek verantwoordelijke minister evenals het feit dat de rechterlijke controle slechts achteraf plaatsvindt, aldus Van der Meulen (2003, p. 88-89 en 92).<sup>197</sup>

#### *Functiescheiding binnen de AFM*

In de praktijk heeft die functiescheiding zijn beslag gekregen.<sup>198</sup> Zo is bij de AFM een (plaatsvervangend) boetefunctionaris aangesteld. Die vervult een zelfstandige functie binnen de AFM. De medewerkers van de toezichtafdelingen stellen, indien hun onderzoek daar aanleiding toe geeft, een boeterapport op dat zij met een voorstel (een overdrachtsmemo) aanbieden aan de boetefunctionaris.

De boetefunctionaris toetst vervolgens de feiten uit het rapport en gaat na of die het opleggen van een boete rechtvaardigen, in licht van de wet en de geldende jurisprudentie en eerdere besluiten. De boetefunctionaris stelt de kennisgeving op en stelt betrokkene in de gelegenheid, mondeling of schriftelijk, een zienswijze naar voren te brengen. Daarna stelt de boetefunctionaris het boetebesluit op

---

<sup>197</sup> Verhey en Verheij spreken van een zwakke democratische legitimatie van de marktmeesters (2005, p. 326-327). Idem Schueler (2004, p. 13). Ook Van der Vlies en Van Spanje signaleren dat de organisatiestructuur van de AFM onvoldoende voorziet in het afleggen van verantwoording, met name de zwakke positie van de Raad van Toezicht valt op (2004, p. 1344).

<sup>198</sup> Overigens zijn naast de functiescheiding in de *governance* van DNB en de AFM, maatregelen getroffen om evenwichtige besluitvorming te bevorderen. Zo is, mede naar aanleiding van de DSB-affaire, de positie van de Raad van Commissarissen bij DNB en de Raad van Toezicht bij de AFM versterkt. De Raden zien ook toe op de uitvoering van het toezicht in algemene zin en de borging van de kwaliteit en effectiviteit van het beleid (*Kamerstukken II*, 2010/11, 32 782). De AFM raadpleegt en legt verantwoording af aan een adviserend panel van *stakeholders* over de prioriteitstelling en planning van het toezicht en consulteert panels uit het veld vooraf over beleidsregels. Dit blijkt uit de speech van de waarnemend bestuursvoorzitter van de AFM tijdens het symposium 'Open normen ingevuld: de wetgevende macht van de toezichthouder' op 19 juni 2013 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (AFM, 2013, p. 8-9).

en legt dat met een advies voor aan het bestuur. Het advies is doorgaans positief, zo blijkt uit de vraaggesprekken. Slechts incidenteel brengt de boetefunctionaris een negatief advies uit, bijvoorbeeld als naar zijn oordeel de overtreding niet kan worden bewezen, in strijd is met een beginsel van behoorlijk bestuur of niet opportuun is. Het bestuur beslist vervolgens over het opleggen van de boete. In de regel neemt het bestuur het advies van de boetefunctionaris over.<sup>199</sup>

De boetefunctionaris oefent geen invloed uit op het type zaken dat hij aangeboden krijgt, hij stelt zich lijdelijk op. Hij weegt per zaak de risico's en adviseert, waarbij de invalshoek puur juridisch-technisch is. Met andere woorden: de boetefunctionaris maakt een rechtmatigheidsafweging, terwijl de toezichtafdeling een doelmatigheidsafweging maakt. Daarbij krijgt en neemt de boetefunctionaris naar eigen zeggen alle ruimte voor een onbevangen en kritische toets. Aan de andere kant wordt een voorgenomen boete niet zomaar teruggetrokken, gelet op de tijd en energie die in de zaak is gestoken. De boetefunctionaris wil ook weer niet te voorzichtig zijn: 'We zoeken namelijk wel de grenzen van de wet...'

Volgens de geïnterviewde medewerkers van de AFM speelt de boetefunctionaris de volgende rol binnen de organisatie (respondent 10 en 13).

'De boetefunctionaris vervult een nuttige rol als adviseur, die een second opinion geeft, een frisse, nieuwe blik op de zaak. Het draagt bij aan het bestaan van checks and balances. De interne rolverdeling draagt bij aan de zorgvuldigheid.'

'Er vindt een serieuze weging plaats door de boetefunctionaris. Die leidt soms tot een negatief advies. Het bestuur neemt dat soms over, soms ook niet. In de meeste gevallen als we het bewijs niet rond krijgen, in mindere mate als we het opleggen van een boete niet opportuun vinden of als we zelf onduidelijk zijn geweest. Alleen die interne afweging maken we niet openbaar.'

#### *Functiescheiding binnen DNB*

Bij DNB zijn meerdere boete- en dwangsomfunctionarissen aangesteld, bij de afdeling Compliance en Integriteit van de divisie Juridische Zaken. Uit de interviews komt *grosso modo* de volgende taakverdeling en werkwijze naar voren. Medewerkers van de verschillende toezichtafdelingen doen nalevingsonderzoek. Indien de uitkomst van dit onderzoek daar aanleiding toe geeft, stellen zij een boeterapport op dat zij overdragen aan één van de boete- en dwangsomfunctio-

---

<sup>199</sup> Zo ook Pasaribu (2004, p. 1679-1680), Blotwijk (2007, p. 18) en Hartmann, 2013, p. 240-242).

narissen, door tussenkomst van hun afdelingshoofd of divisiedirecteur, afhankelijk van de zwaarte van de zaak.<sup>200</sup>

De boete- en dwangsomfunctionaris beoordeelt dit rapport: 'is er sprake van een overtreding?' en toetst het aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het handhavingsbeleid en eerdere boetebesluiten: 'is het opleggen van een boete geïndiceerd?'. Vervolgens stelt het een kennisgeving op, waarbij aan betrokkene het voornemen kenbaar wordt gemaakt om een boete op te leggen en betrokkene wordt uitgenodigd om zijn zienswijze, schriftelijk dan wel tijdens een hoorzitting, naar voren te brengen. Daarna stelt de boete- en dwangsomfunctionaris een conceptboetebesluit op. Dit wordt, vergezeld van een risicoanalyse en advies, ter goedkeuring en ondertekening voorgelegd aan een lid van de directie of de gehele directie, ook weer door tussenkomst van het afdelingshoofd of de divisiedirecteur.

Het advies is doorgaans positief. Het komt zelden voor dat de boete- of dwangsomfunctionaris adviseert dat geen boete moet worden opgelegd, zo komt naar voren uit de vraaggesprekken. Ook het negatieve advies loopt via het afdelingshoofd of de divisiedirecteur. Het directielid of de directie gaat in de regel akkoord met het voorgelegde boetebesluit en ondertekent dat vervolgens. De boetefunctionaris maakt naar eigen zeggen een zelfstandige en onafhankelijke afweging en zou ook als zodanig worden gerespecteerd.<sup>201</sup>

De geïnterviewde medewerkers van DNB hebben het volgende beeld van de boete- en dwangsomfunctionarissen (respondent 6 en 4).

'Het komt de zuiverheid van de besluitvorming ten goede, dat wil zeggen de objectiviteit. Op een centraal punt kan toetsing plaatsvinden aan het gelijkheidsbeginsel. Verder draagt de functiescheiding bij aan tekstueel meer uniforme besluiten. Een ander voordeel van de functiescheiding is dat het opleggen van een sanctie het persoonlijke contact tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde niet hoeft te belasten. Men kan doorverwijzen naar de boete- en dwangsomfunctionaris.'

---

<sup>200</sup> In het verleden werd dit ook wel een interne aangifte genoemd. Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht stellen zij een boeterapport op (artikel 5:53 Awb).

<sup>201</sup> Overigens mag de boetefunctionaris, gelet op de functiescheiding, in dat kader geen nadere informatie opvragen bij betrokkene, daarvoor zou hij het dossier weer moeten overdragen aan de toezichthouders. Aldus valt af te leiden uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven over de NMa (CBb 30 augustus 2011, *LJN BR6737*).

'Het aanhouden van een interne functiescheiding is ook een voorbeeld van het rekening houden met het zorgvuldigheidsbeginsel. De boetefunctionaris voert een kritische juridische toets uit. Hij toetst de juridische houdbaarheid en gaat daarvoor na of er daadwerkelijk sprake is van een overtreding en toetst het feitencomplex aan de wettelijke norm. Tevens wordt nagegaan of de voorgenomen boete past binnen het handhavingsbeleid. DNB streeft naar zorgvuldigheid, enerzijds richting de overtreder en anderzijds hecht zij eraan dat de boeteoplegging in rechte stand zal houden.'

Over de rol van de boetefunctionaris in het besluitvormingsproces, merken zij het volgende op (respondent 10).

'Hoe moet je de rol van de boetefunctionaris zien? Niet als rechter. Nee, hij kijkt naar de juridische houdbaarheid en het handhavingsbeleid. De boetefunctionaris kijkt naar beboetbaarheid en het handhavingsbeleid. Hij doet een kwaliteitstoets. [...] De boetefunctionarissen worden intern wel serieus genomen. Ze maken een eigen, onafhankelijke afweging. Als is gekozen voor thematische handhaving, wordt de boetefunctionaris vooraf gepolst, die toetsen de beboetbaarheid, anders begint men er niet aan. [...] Dat de boetefunctionaris niet meer terugkomt op het voorgenomen besluit, kan ook zijn omdat het terechte zaken waren. Echt kritische noten worden veel meer informeel gekraakt, als de toezichhouders informeel polsen bij de boetefunctionaris of een bepaalde actie kansrijk is.'

Uit de interviews komt naar voren dat de boetefunctionaris zowel bij DNB als de AFM formeel los staat van de toezichtafdelingen en geacht wordt de zaak kritisch te toetsen. De boetefunctionarissen nemen in dit verband de inhoudelijke en procedurele verantwoordelijkheid voor het voorgenomen boetebesluit over van de toezichthoudende afdeling: de toezichthoudende afdeling draagt het dossier over, met een afdoeningsvoorstel. In de volgende hoofdstukken kom ik terug op de rol die boetefunctionarissen spelen en het effect daarvan op de besluitvorming.

### **3.5 De eerste ervaringen met de Wet IDBB**

Enige jaren na de invoering van de Wet IDBB heeft een evaluatie van die wet plaatsgevonden. Hoofdvraag was in hoeverre de wet heeft bijgedragen aan een verbetering van de handhaving van de financieel toezichtwetgeving en een ontlasting van het strafrechtelijke handhavingsapparaat.

### *Versterking van de bestuursrechtelijke handhaving*

Uit de evaluatie komt naar voren dat deze doelen in beperkte mate zijn gerealiseerd. Niettemin geeft de minister een positieve draai aan de uitkomst van de evaluatie in een brief aan de Tweede Kamer.<sup>202</sup> Volgens hem komt uit de evaluatie naar voren dat de Wet IDBB al met al heeft bijgedragen aan een verbeterde handhaving van de financieel toezichtwetgeving. De verbetering is vooral tot stand gebracht op het punt van de handhaving van de informatie- en meldingsbepalingen uit de financieel toezichtwetgeving. Tegen overtreding van dit type voorschriften werd immers niet of nauwelijks opgetreden, omdat de inzet van het strafrecht daarvoor als disproportioneel werd ervaren (p. 4). Vooral het opleggen van een last onder dwangsom bood hier uitkomst om naleving af te dwingen. Die zijn dan ook veelvuldig opgelegd en worden door de toezichthouder als effectief ervaren, zo blijkt uit de evaluatie (p. 10 en 11).<sup>203</sup>

Met de Wet IDBB komt de bestuursrechtelijke handhaving van de financieel toezichtwetgeving voorzichtig op gang, zo leert de evaluatie. Het handhavingstekort van de financieel toezichtwetgeving lijkt enigszins teruggebracht, zij het dat we niet precies weten in welke mate. Er werd vooral opgetreden tegen overtreding van administratieve verplichtingen, waarvoor de bestuurlijke boete oorspronkelijk ook was bedoeld. Uit de evaluatie komt ook naar voren dat nog maar weinig wordt opgetreden tegen de meer materiële en inhoudelijke voorschriften uit de financieel toezichtwetgeving, zoals bijvoorbeeld de verbodsbepalingen (p. 4).<sup>204</sup> Niettemin stelt de minister dat de Wet IDBB de toezichthouder in staat heeft gesteld om uitvoering te geven aan zijn verantwoordelijkheid voor de handhaving.

### *Ontlasting van de strafrechtelijke handhaving*

Tegelijkertijd is het aantal aangiftes bij het Openbaar Ministerie door de toezichthouders niet afgenomen, waardoor er nog geen duidelijke ontlasting van de strafrechtelijke handhaving kon worden vastgesteld (p. 4). De beoogde accentverschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving heeft dus nog niet volledig plaatsgevonden, omdat er voornamelijk bestuursrechtelijk wordt opgetreden waar dat vroeger niet kon of waarvoor men geen beroep wilde doen op het strafrecht. Nu is het wel de vraag hoe zwaar het strafrecht werd belast met overtredingen van de financieel toezichtwetgeving. Volgens Doorenbos (2000, p. 7) en Jansen (2004, p. 54) zou dat wel eens kunnen meevallen. Ik heb echter geen

---

<sup>202</sup> *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 370, 1.

<sup>203</sup> DNB heeft in de periode 2000-2002 410 lasten onder dwangsom opgelegd en de AFM 74. Volgens de toezichthouders zou de last onder dwangsom in 75 tot 80% van de gevallen hebben geleid tot naleving nog voordat de begunstigingstermijn was verstreken.

<sup>204</sup> DNB heeft in de periode 2000-2002 1 boete opgelegd en de AFM 51.

gegevens kunnen achterhalen over (de ontwikkeling van) het aantal veroordelingen door de strafrechter van overtredingen van de financieel toezichtwetgeving.<sup>205</sup>

Ook de expert van het ministerie van Financiën is positief over de introductie van de bestuurlijke boete (respondent 3).

‘Het sanctie-instrumentarium is meer compleet, er worden meer zaken aangepakt. Er kan dus niet meer worden gesproken van een handhavingstekort. Alleen de strafrechtelijke handhaving is op een laag pitje blijven staan.’

#### *Overige effecten van de Wet IDBB*

Over de effecten op de werklust valt nog niet zoveel te zeggen. Uit de evaluatie komt naar voren dat de invoering van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom slechts tot een beperkte stijging heeft geleid van de werklust voor de bestuursrechter (p. 10), dit in tegenstelling tot de algemene verwachting.<sup>206</sup> Over de weerslag van de bestuurlijke boete op de verhouding toezichthouder en onder toezicht gestelde spreken de ervaringen elkaar tegen. Zo bespeuren de toezichthouders zelf geen verslechtering van die relatie, terwijl de geraadpleegde brancheorganisaties wel gewag maken van een sterkere terughoudendheid onder hun leden om openheid van zaken te geven. De doorgevoerde functiescheiding heeft deze koudwatervrees kennelijk nog niet kunnen wegnemen gebracht (p. 12). Critici waarschuwden hier al voor (Michiels, 1999, p. 31; Corstens, 2000, p. 1188). Opmerkelijk is dat de brancheorganisaties eveneens een zekere terughoudendheid signaleren om bezwaar en beroep in stellen, onder meer vanwege de mogelijke publiciteit en omdat de kosten daarvan niet zouden opwegen tegen de hoogte van de opgelegde sanctie (p. 13). Dit wekt de indruk dat hun rechtspositie is verzwakt.

Dit punt wordt later ook aan de orde gesteld door Roth, die beweert dat onder toezicht gestelden terughoudend zijn om bezwaar en beroep in stellen, omdat zij menen dat dit een negatieve weerslag zal hebben op de doorlopende toezichtrelatie (2009, p. 500). Zij zouden de (goede) verstandhouding met de toezichthouder niet willen.

---

<sup>205</sup> Het CBS (Statline) beschikt slecht op een geaggregeerd niveau over veroordelingen op basis van artikel 1, 2<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> WED. Van der Wulp (2012, p. 421 en 423) komt tot de conclusie dat er geen jurisprudentie is gepubliceerd waaruit kan worden afgeleid dat er sprake is van strafrechtelijke handhaving van overtredingen door trustkantoren. Er is wel bestuursrechtelijk opgetreden, in het volgende hoofdstuk ga ik daar op in.

<sup>206</sup> Vergelijk Van Erp en Van Ewijk, 2005, p. 101-102 en Michiels, 1994, p. 14 en 1999, p. 71.

### *Roep om meer flexibiliteit in het boetesysteem*

In de rechtswetenschappelijke literatuur komt eveneens een (gematigd) positief beeld naar voren over de Wet IDBB. Zo concludeerde De Vries, mede op basis van haar eigen ervaring als toezichthouder, dat de Wet IDBB (in het bijzonder de last onder dwangsom) een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de daadwerkelijke handhaving van de financieel toezichtwetgeving (2004, p.152-153). Aan de andere kant ziet zij nog wel mogelijkheden tot verdere verbetering van de bestuursrechtelijke handhaving. Zo zou de hoogte van de boete beter afgestemd kunnen worden op de ernst van de overtreding. Zij signaleert namelijk dat de toezichthouder zich met enige regelmaat genoopt voelt te kiezen voor strafrechtelijke handhaving, omdat het voorgeschreven bestuurlijke boetetarief als onvoldoende passend wordt gepercipieerd (dat wil zeggen te laag), mede in relatie tot het met de overtreding behaalde voordeel. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de niet onder toezicht staande instellingen; de boete wordt in die gevallen niet vermenigvuldigd met de draagkrachtfactor. Deze praktijk staat op gespannen voet met de bedoeling van de wetgever om de bestuursrechtelijke handhaving te bevorderen en het strafrecht te ontlasten.

Meer in het algemeen pleitte De Vries voor een flexibeler boetesysteem met boetemaxima, nader in te vullen door de toezichthouder op basis van criteria neergelegd in beleidsregels, waaronder bijvoorbeeld de ernst, het behaalde voordeel, de verwijtbaarheid, recidive en draagkracht (2004, p. 155-156). Meer flexibiliteit zou leiden tot een nog beter gebruik van de bestuurlijke boete, aldus De Vries. Een en ander in navolging van Jansen, die het boetetariefsysteem in het financieel toezicht al eerder ter discussie stelde (2004, p. 54).<sup>207</sup> Volgens hem was dat vooral geschikt voor eenvoudig vast te stellen overtredingen met een standaardkarakter en niet voor wat meer complexe zaken. Hierin is een duidelijk pleidooi te lezen voor een meer flexibele, responsieve benadering van de boetebevoegdheid, door bij het vaststellen van de hoogte meer rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval.

---

<sup>207</sup> Ook Hartmann kan zich voorstellen dat het opheffen van het rigide boetesysteem de armslag van de toezichthouder zou kunnen vergroten (2004, p. 1071). Nuyten en Affourtit bepleitten eveneens het systeem van gefixeerde boetes te vervangen door een systeem van maximumboetes (2004, p. 61).

### 3.6 De verdere ontwikkeling van de boetesystematiek in de financieel toezichtwetgeving

Kort na de invoering van de Wet IDBB werd er al voorzichtig kritiek geuit op het rigide boetestelsel (waaronder De Vries, 2004). Deze kritiek stak opnieuw de kop op bij eerdergenoemde evaluatie. De minister van Financiën vond het toen echter nog te vroeg voor een herziening van de boetesystematiek. Dat moment kwam ruim een jaar later bij gelegenheid van de behandeling van de evaluatie van de Wet IDBB en het voorstel voor een Wet op de financiële dienstverlening. Toen rees in de Tweede Kamer de vraag of het boetestelsel wel voldoende flexibel zou zijn om proportionele boetes te kunnen opleggen, mede naar aanleiding van maatschappelijke onrust over misstanden in de financiële sector.<sup>208</sup> Dit bracht de minister in 2005 tot presentatie van de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving.<sup>209</sup> De nota omvatte een integrale wijziging en harmonisatie van het boetestelsel.<sup>210</sup>

#### 3.6.1 Een nieuw, flexibel boetestelsel

##### *De Boetenota: flexibilisering en verhoging*

Om te beginnen worden in de Boetenota een vaste en een flexibele boetesystematiek tegenover elkaar gezet. Als voordeel van een vast boetesysteem worden genoemd de eenvoud en de rechtszekerheid evenals het feit dat een dergelijk systeem zich goed zou lenen voor afdoening van veelvoorkomende of eenvormige overtredingen. Als nadeel wordt genoemd dat de hoogte van de boete niet altijd voldoende zou aansluiten op de omstandigheden van het geval. Zo zou onvoldoende rekening kunnen worden gehouden met de verwijtbaarheid, recidive en het wederrechtelijk verkregen voordeel (zoals De Vries ook al stelde, 2004, p. 155-156). Hierdoor kan de boete te laag uitpakken, aldus de nota (p. 7), of te hoog zou ik menen. Meer in het bijzonder zou een vast boetestelsel calculerende overtreders het te gemakkelijk te maken: de maximaal op te leggen boete zou te laag zijn en onvoldoende afschrikwekkend.<sup>211</sup> Volgens de nota is het maximale boetebedrag in de financiële sector '... absoluut onvoldoende om

---

<sup>208</sup> In dit verband wordt onder meer de aandelenleasezaak genoemd, waarin de boete door velen werd gepercipieerd als onvoldoende in verhouding staand tot de aard van de overtreding en het verkregen voordeel.

<sup>209</sup> Zie hierover ook Van der Wulp (2012, p. 364-365).

<sup>210</sup> *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 125, 1 en 2. De herziening heeft betrekking op de financieel toezichtwetten en pensioen gerelateerde wetten.

<sup>211</sup> De hoogst mogelijk op te leggen boete komt in die tijd, gelet op de boetesystematiek, uit op € 480.000,-.



een geloofwaardig handhavinginstrument te zijn' (p. 8). Een flexibel boetestelsel kent deze nadelen niet en biedt de mogelijkheid om desgewenst hogere boetes op te leggen, aldus de nota (p. 9). In het verlengde hiervan wordt in de nota, zonder nadere onderbouwing, gesteld dat van hogere boetes een sterkere preventieve werking zou uitgaan (p. 4). Tot slot zou het bestaande boetestelsel te zeer uit de pas lopen met dat van andere toezichthouders (bijvoorbeeld de NMa) en dat van toezichthouders in de ons omringende landen (p. 5-6).

Deze stellingname vond weerklank in de rechtswetenschappelijke literatuur. Zo stelden De Jong en Feiertag dat de geldende boetemaxima te laag zijn om preventief te werken (2007, p. 225). Ter onderbouwing verwijzen zij naar de winsten die grote financiële ondernemingen doorgaans zouden maken in relatie tot de geringe hoogte van de boete.

#### *Een gemengd stelsel*

Na afweging van verschillende voor- en nadelen, wordt in de Boetenota een boetestelsel voorgesteld dat bestaat uit een combinatie van vaste en flexibele boetes.

Voor lichte en standaardovertredingen, waarbij de pakkans hoog is en het behaalde voordeel relatief laag (bijvoorbeeld de rapportage- of medewerkingsverplichtingen), kunnen voortaan vaste (en hogere) boetes worden opgelegd. Dit systeem zou eenvoudig en doelmatig zijn en tegemoet komen aan de rechtszekerheid, aldus de nota (p. 10-11). Voor middelzware en zware overtredingen kunnen flexibele boetes worden opgelegd. Voor de zwaarste overtredingen, bijvoorbeeld het overtreden van de verbodsbepalingen, geldt een maximum van € 1.000.000,- of, indien dat bedrag hoger is, tweemaal het behaalde voordeel, dan wel één maal het bedrag van door derden geleden schade. Dit betekent min of meer een verdubbeling van de oorspronkelijke maximale hoogte van de op te leggen boete. Voor de middelzware overtredingen geldt een maximum van € 500.000,- of, indien dat bedrag hoger is, tweemaal het behaalde voordeel, dan wel één maal het bedrag van door derden geleden schade.

Dit systeem zou volgens de nota beter tegemoet komen aan de wens om proportionele boetes te kunnen opleggen en de preventieve werking van de boetes te verhogen (p. 10-11). De toezichthouder zou aldus beter rekening kunnen houden met de bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder de ernst, duur en verwijtbaarheid, de draagkracht, eventuele recidive en het economisch effect van de boete op de instelling. Dit zou moeten bijdragen aan de kwaliteit van de handhaving, aldus de nota. Om de toezichthouder houvast te bieden en de rechtswaARBorgen te verankeren, worden in de nota bij AMVB vast te stellen boeterichtsnoeren aangekondigd (p. 9-12).

Het valt op dat bij onderbouwing van de keuze voor een gecombineerd boetestelsel niet wordt verwezen naar praktijkervaringen of onderzoek naar het effect op de naleving. Het blijft slechts bij de algemene veronderstelling dat hogere boetes meer zullen afschrikken en preventief zullen werken. In dit opzicht past de wens om de boetes te verhogen in het eerdergenoemde punitieve klimaat (vergelijk hoofdstuk 1). Tijdens de kamerbehandeling van de Boetenota merkte de minister op er van uit te gaan dat bij de meeste ernstige overtredingen van de financieel toezichtwetgeving vooral economische motieven een rol spelen, meer dan emotionele. De verhoging van de sancties moest het te behalen voordeel opheffen.<sup>212</sup>

De expert van het ministerie van Financiën bevestigt dit beeld in zijn interview. Afschrikking van de calculerende overtreder staat voorop (respondent 3).

‘Een overtreding moet vooral financieel onaantrekkelijk zijn, zodat bedrijven niet meer calculeren. We willen een fikse drempel opwerpen, hoge boetes moeten preventief werken.’

‘We hebben geen gedragswetenschappelijke analyse gemaakt, het is meer een economische afweging: overtreding mag niet lonend zijn.’

Ook een medewerker van DNB lijkt aanhanger van deze afschrikingsbenadering (respondent 9).

‘Het [de bestuurlijke boete, AM] is een zwaar middel, maar dat is ook nodig om voldoende af te schrikken. Het moet wel leed toevoegen. Ten aanzien van de malafide, illegale instellingen is de inzet van hoge boetes beslist noodzakelijk.’

Evenals medewerkers van de AFM (respondent 20 en 19).

‘Goed dat we hogere boetes kunnen opleggen. Voor mijn sector binnen de AFM zijn de huidige boetes echt te laag, dat wil zeggen de uitgevende instellingen.’

‘De hogere boete is geschikt voor het aanpakken van feitelijk leidinggevend. Het gaat om de meest grove integriteitsschendingen. De boete is ook geschikt voor zeer grote zaken met hoge bedragen, illegale verdiensten.’

---

<sup>212</sup> *Kamerstukken II, 2004/05, 30 125, 3 p. 13.*

### *Afschrikkingsgedachte*

Het valt op dat de wetgever en ook de toezichthouder veel verwachten van de afschrikwekkende werking van hoge boetes. Kennelijk is dit gebaseerd op de veronderstelling dat financiële ondernemingen als een rationele actor een afweging maken van de kosten en baten, bij de beslissing om zich wel of niet te houden aan de voorschriften. In deze visie zal een onderneming afzien van het overtreden van de voorschriften als de kosten (pakkans en hoogte sanctie) zwaarder wegen dan de baten. Deze veronderstelling wordt in de literatuur wel ter discussie gesteld. Zo stelt Van Wingerde (2012, p. 22-24) dat voor dit mechanisme als voorwaarde geldt dat de onderneming in kwestie de afschrikwekkende boodschap die van een hoge sanctie uitgaat, ontvangt, correct interpreteert en ter zake de nodige maatregelen neemt. Aan deze voorwaarde is niet vanzelfsprekend voldaan. Volgens Van Wingerde komt uit eerder onderzoek naar voren dat, voor zover er al een preventief effect uitgaat van sancties, dat effect vooral gelegen is in de perceptie van de pakkans en niet in de hoogte van de sanctie. Bovendien blijken de zogenoemde morele en sociale kosten van overtreding veel zwaarder te wegen: bijvoorbeeld schaamte, schuldgevoel, negatieve publiciteit en schade aan de reputatie (2012, p. 61 en 311-312). Zo maakt Van Wingerde in haar onderzoek naar de werking van afschrikking in de Nederlandse afvalbranche duidelijk dat afschrikking vooral werkt via de sociale omgeving waarin die bedrijven opereren. Niet de sanctie als zodanig, maar de negatieve publiciteit en de afkeurende reacties uit de zakelijke en maatschappelijke omgeving van het bedrijf naar aanleiding van een sanctie blijken afschrikwekkend te werken. Bovendien gaat van opgelegde sancties vooral een preventieve werking uit op die bedrijven die toch al een hoge nalevingsbereidheid kenden (2012, p. 312).

### *De rechtsbescherming*

En passant wordt in de nota nog wel even gerefereerd aan de noodzakelijke rechtsbescherming en andere waarborgen (p. 15-17). Die zou adequaat zijn, aldus de nota. In algemene zin wordt verwezen naar een bestuursrechtelijke rechtsgang in twee instanties waaronder de verplichting van de bestuursrechter de hoogte van de boete volledig te toetsen en de toepasselijkheid van de algemene bestuursrechtelijke rechtsbeginselen, anticiperend op de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht. Via de Vierde tranche zou ook gegarandeerd moeten zijn dat relevante strafrechtelijke rechtswaarborgen een rol van betekenis spelen bij het opleggen van bestuurlijke boetes (p. 15). Verder wordt in de nota aangekondigd dat reeds de op basis van de Wet IDBB voorgeschreven functiescheiding wordt doorgetrokken tot op het hoogste ambtelijke niveau binnen de organisatie van de toezichthouder, door middel van de invoering van een zogenoemde *General Counsel*, die een centrale rol krijgt in de advisering en beoordeling over het opleggen van een bestuurlijke boete (p. 16). Tot slot wordt

nog verwezen naar eerdergenoemde boeterichtsnoeren die voldoende rechtszekerheid zouden moeten bieden en de toezichthouder enigszins zou moeten beperken in zijn flexibiliteit en vrijheid (p. 17). Bij de behandeling van de Boetenota in de Tweede Kamer wees de minister verder nog op de schorsende werking verbonden aan het instellen van bezwaar en beroep.<sup>213</sup>

In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt deze waarborgfunctie van de bestuursrechter wel gerelativeerd. Zo stellen Van der Meulen (2003, p. 44) en Schueler (2004, p. 25-26) dat de rechter zich slechts kan uitspreken over die zaken die aan hem worden voorgelegd en dan ook nog uitsluitend over de aan hem voorgelegde punten van geschil (vergelijk de eerdergenoemde kritiek van Albers in hoofdstuk 2). Zij signaleren in dit verband dat de bestuursrechter de neiging heeft zich terughoudender op te stellen naarmate het specialistisch-technische karakter van het geding toeneemt.

#### *De Boetewet*

De Boetenota is uiteindelijk omgezet in een Boetewet, die op 1 augustus 2009 in werking is getreden.<sup>214</sup> De wet borduurt inhoudelijk grotendeels voort op de Boetenota. Wel is de maximumhoogte van de boete verder opgetrokken; waar in de Boetenota nog sprake was van € 1.000.000,-, wordt in het wetsvoorstel uitgegaan van € 2.000.000,-. Deze verdere verhoging wordt in de Memorie van Toelichting onderbouwd met een verwijzing naar de situatie in de ons omringende landen en de Mededingingswetgeving.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Als uitzondering op de hoofdregel in het bestuurs(proces)recht. *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 125, nr. 3 p. 9.

<sup>214</sup> De wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving. *Kamerstukken II*, 31 458 resp. *Stb.* 2009, 327. De wet heeft betrekking op de belangrijkste financieel toezichtwetten, waaronder de Wet op het financieel toezicht, de Wet inzake de geldtransactiekantoren, de Wet toezicht trustkantoren en de pensioen gerelateerde toezichtwetten. Laatstgenoemde wetten blijven verder buiten beschouwing.

<sup>215</sup> *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 458. In artikel 57 van de Mededingingswet is de hoogte van de boete gemaximeerd op € 450.000,- of, als dat hoger is, 10% van de omzet van de onderneming, in het geval van zware overtredingen. Het financieel toezichtrecht en het mededingingsrecht spelen haasje over als het gaat om de boetehoogte: zo stelt de minister van EZ bij brief van 27 augustus 2013 op zijn beurt weer een verdubbeling van het absolute boetemaximum voor de ACM voor. Volgens de brief moet dit niet alleen worden gezien als een achterstallige inflatiecorrectie, maar ook om het markttoezicht van de ACM meer in lijn brengen met het strafrecht en het financieel toezicht, op basis van de nieuwe Boetewet wel te verstaan (*Kamerstukken II*, 2012/13, 33 622, 9). Hartmann en Verloop wezen ook al op het grote verschil in boetehoogte, maar dan tussen Nederland en de Verenigde Staten (2008, p. 80).

Daarnaast wordt gerefereerd aan het versterken van de preventieve werking: de boetes zouden beter voelbaar moeten zijn, met name voor de grotere instellingen. Zij zouden financieel geprikkeld moeten worden tot naleving, aldus de Memorie van Toelichting (p. 2 en 3).

In de loop van de kamerbehandeling van het wetsvoorstel is het boetestelsel nog flink geamendeerd wat betreft de op te leggen maxima. Zo is het maximale boetebedrag verhoogd naar € 4.000.000,-, leidt recidive binnen vijf jaar tot verdubbeling van de boete en kan de boete worden vastgesteld op ten hoogste twee keer het bedrag van het verkregen voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, indien diens voordeel groter is dan € 2.000.000,-.<sup>216</sup> Met deze enorme verhogingen wordt het punitieve karakter van de sanctie nog eens onderstreept (De Jong & Feiertag, 2007, p. 225; Doorenbos, 2009, p. 545).

De Boetewet kent een gemengd boetestelsel, zoals voorgesteld in de Boetenota. Het omvat drie boetecategorieën die gelden voor alle financieel toezichtwetten. Categorie 1 geldt voor de lichte overtredingen en kent een vaste boetebedrag van € 10.000,-. Categorie 2 geldt voor de middengroep en kent een flexibele boete, met een basisbedrag van € 500.000,- en een maximum van € 1.000.000,-. Categorie 3 geldt voor de ernstige overtredingen en kent ook een flexibele boete, met een basisbedrag van € 2.000.000,- en een maximum van € 4.000.000,-. Uitgaande van die categorie-indeling bepaalt de toezichthouder de definitieve hoogte van de boete aan de hand van factoren zoals genoemd in de boeterichtsnoeren, waaronder de ernst en duur van de overtreding, de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder.

De flexibilisering van de boetesystematiek impliceert een ruimere discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder. Die zou nu beter rekening moeten kunnen houden met de concrete omstandigheden van het geval en die van de overtreder. De keerzijde is echter wel dat de toezichthouder zijn boetebesluiten uitvoeriger zal moeten motiveren. Een medewerker van de AFM zegt hierover (respondent 18).

---

<sup>216</sup> Op basis van het amendement Vos, *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 458, 15, resp. het amendement Weekers/Blanksma, nr. 10 en het amendement Vos, nr 16. Deze mogelijkheid was aanvankelijk ook al opgenomen in eerdergenoemde Boetenota, maar keerde niet terug in het wetsvoorstel omdat dit naar verwachting niet binnen redelijke termijn zou kunnen worden vastgesteld door de toezichthouder. Deze zaken moesten maar strafrechtelijk worden afgedaan, zodat in dat kader voordeelsontneming kon plaatsvinden (*Kamerstukken II*, 2007/8, 31 458, nr. 3, p. 3).

'Meer flexibiliteit is goed, gelet op de diversiteit van de doelgroep. Maar het zal wel moeilijker worden, want we moeten beter argumenteren.'

Dit punt is ook gesignaleerd in de rechtswetenschappelijke literatuur (De Groot & Nuyten, 2006, p. 78). Aan de flexibele boetes worden hogere eisen gesteld wat betreft de motivering, zeker nu de rechter de evenredigheid van deze boetes intensief zal toetsen. In de volgende hoofdstukken kom ik hier op terug. De wetgever heeft de toezichthouder dan ook te hulp willen schieten door het geven van boeterichtsnoeren (De Jong & Feiertag, 2007, p. 226; Blotwijk, 2007, p. 17).

#### *Het Boetebesluit*

Ter nadere invulling van de bandbreedte zijn in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (het Boetebesluit) boeterichtsnoeren opgesteld.<sup>217</sup> In het Boetebesluit zijn de overtredingen van de voorschriften uit de financieel toezichtwetgeving ingedeeld in eerdergenoemde drie categorieën. Voor de eerste categorie geldt een vaste boete. Daarbij dient alleen nog eventuele recidive te worden verdisconteerd, door de hoogte van de boete te verdubbelen.<sup>218</sup> Wel dient de toezichthouder rekening te houden met de draagkracht van de overtreder en kan hij de boete zonodig matigen tot 100%.<sup>219</sup> Daarnaast is, als een vangnet, de algemene matigingsbevoegdheid van artikel 5:46, derde lid, Algemene wet bestuursrecht van toepassing (Van Es & Verrest, 2013, p. 107) (vergelijk hoofdstuk 1).

Voor de tweede en derde categorie moet het uiteindelijk op te leggen boetebedrag worden vastgesteld aan de hand van de in het Boetebesluit genoemde boete verhogende of -verlagende factoren. Op basis van die richtsnoeren kan de boete uit de tweede en derde categorie met maximaal 50% worden verhoogd of verlaagd op basis van de ernst en duur van de overtreding en op basis van de verwijtbaarheid van de overtreding. Onder ernst wordt onder meer begrepen de omvang van de maatschappelijke schade (inbreuk op vertrouwen in financiële sector) of de schade voor derden. Onder verwijtbaarheid wordt onder meer begrepen de mate waarin betrokkene heeft getracht de overtreding te voorkomen

---

<sup>217</sup> *Stb.* 2009, 329. Het besluit vervangt de boetebijlagen bij de verschillende financieel toezichtwetten, waaronder de Wft. De toezichthouders hebben de boeterichtsnoeren zelf nog weer verder uitgewerkt in een, niet openbare, werkinstructie en boetetoemettingsbeleid, om de consistentie en uniformiteit in de afdoening te waarborgen.

<sup>218</sup> Van recidive is sprake als binnen een periode van vijf jaar een zelfde overtreding wordt begaan als waarvoor aan die overtreder reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. Doornbos (2009, p. 541) vraagt zich nog wel af hoe dit voorschrift moet worden geïnterpreteerd: gaat het om onherroepelijk boetebesluit en om hetzelfde of een soortgelijk wettelijk voorschrift?

<sup>219</sup> En dus niet met een vaste draagkrachtfactor, zoals in het oude stelsel was voorgeschreven.

dan wel de opzet, aldus de toelichting op het Boetebesluit (p. 27).<sup>220</sup> Daarnaast dient de toezichthouder rekening te houden met de draagkracht van de overtreder en kan hij de boete zondig matigen tot 100%.<sup>221</sup> De Nota van Toelichting spreekt in dit verband van een matigingsverplichting (p. 28). Elementen waarmee de toezichthouder in dit verband rekening kan houden zijn het eigen vermogen, het balanstotaal of de soliditeit van de onderneming (De Jong & Feiertag, 2007, p. 226-227). Van Es en Verrest maken nog een onderscheid tussen objectieve draagkracht (de omvang van de onderneming of de vermogenspositie van een particulier) en subjectieve draagkracht (de mate waarin de organisatie of betrokkene *in concreto* in staat is aan de betalingsverplichting te voldoen, nadat rekening is gehouden met de objectieve draagkracht) (2013, p. 107).

Ook hier is als vangnet de algemene matigingsbevoegdheid uit de Algemene wet bestuursrecht van toepassing, in dit geval op basis van artikel 5:46, tweede lid. De toezichthouder kan zo rekening houden met andere bijzondere omstandigheden van het geval, als de evenredigheid daartoe noopt, aldus de Nota van Toelichting (p. 28). Verder dient bij het vaststellen van de flexibele boete rekening te worden gehouden met eventuele recidive, dat ook hier leidt tot verdubbeling van het boetebedrag, en eventueel wederrechtelijk verkregen voordeel. Indien dat hoger is dan € 2.000.000,-, kan een boete worden opgelegd van maximaal twee maal het behaalde voordeel.

#### *Verhouding tot de strafrechtelijke handhaving*

De overtredingen die in derde en hoogste boetecategorie vallen, zijn ook als economisch delict strafbaar gesteld. Bestuursrechtelijke handhaving staat echter voorop, vooral vanwege de specialistische kennis en professionaliteit van de betreffende toezichthouders, aldus de Memorie van Toelichting (p. 3). Aan het strafrecht is slechts een aanvullende functie toebedacht, voor ernstige gevallen, zoals opzettelijke of stelselmatige overtredingen of als willens en wetens schade wordt toegebracht aan de integriteit van het financieel stelsel, bijvoorbeeld de ernstiger gevallen van marktmisbruik (Verhey & Verheij, 2005, p. 253 en 258; Lamp, 2011, p. 247 en 250). De geïnterviewde advocaten onderschrijven dit

---

<sup>220</sup> Hartmann en Verloop (2008, p. 86) doen financiële instellingen in dit verband de suggestie hierop te anticiperen door het invoeren en intern handhaven van een *compliance* functie en gedragscode. Dit zou volgens hen kunnen leiden tot een vermindering van de verwijtbaarheid bij een onverhoopte boete.

<sup>221</sup> De boete in categorie 2 en 3 moet dus als volgt worden berekend: het basisbedrag +/- max. 50% op basis van de ernst en duur, +/- max. 50% op basis van de verwijtbaarheid en een (eventuele) correctie tot max. € 0,- op basis van de draagkracht (en een verdubbeling in geval van recidive) (SIRM, 2013, p. 100).

beeld. Het Openbaar Ministerie vervolgt vooral voor commune delicten als valsheid in geschrifte en oplichting.<sup>222</sup>

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de Boetewet in de Eerste Kamer verwees de minister nog naar de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel (vergelijk hoofdstuk 2).<sup>223</sup> De handhaving van de financieel toezichtwetgeving speelt zich volgens hem hoofdzakelijk af binnen de zogenoemde besloten context, waarin bestuursrechtelijke handhaving de voorkeur heeft.<sup>224</sup> In de rechtswetenschappelijke literatuur is wel kritiek geuit op deze redenering. Zo stelde Leliveld dat de nota onvoldoende houvast biedt: overtredingen van het verbod op marktmisbruik of de vergunningplicht als zodanig spelen zich af binnen een open context en zouden dus, als uitzondering op de hoofdregel, strafrechtelijk moeten worden afgedaan. Dit terwijl ze veel beter zouden passen binnen de besloten context (2009, p. 220-221).<sup>225</sup> Ook Ter Heide en De Lange waren kritisch, volgens hen is de nota te instrumenteel en gaat die voorbij aan het morele gehalte van bepaalde overtredingen van de financieel

---

<sup>222</sup> Te denken valt aan de strafzaken tegen *Palm Invest, Easy Life, Golden Sun, Quality Investment en Royal Dubai*. Een ander voorbeeld van strafrechtelijke handhaving van de financieel toezichtwetgeving is de schikking van maar liefst € 70 miljoen, een on-Nederlands hoog bedrag aldus het Openbaar Ministerie, die het Openbaar Ministerie in oktober 2013 heeft getroffen met de Rabobank in verband met de manipulatie van de LIBOR- en EURIBOR-rentetarieven. Deze afdoening is afgestemd met DNB die op zijn beurt herstelmaatregelen, disciplinaire en organisatorische maatregelen, heeft afgedwongen bij de Rabobank. De Rabobank betaalde overigens een veelvoud van deze bedragen aan de Britse FCA (105 miljoen pond) en de Amerikaanse CFTC (475 miljoen dollar). Het persbericht van de CFTC geeft een aardige indruk van de Amerikaanse handhavingstijl. Zo stelde David Meister, *the Director of Enforcement* van het CFTC: *'The CFTC has now charged five global financial institutions for LIBOR manipulative schemes [...]. The sheer number of institutions and individuals involved in these cases reflects a truly shocking and brazen degree of unlawfulness, warranting the historic enforcement response we bring forth today and in our prior cases. I want to personally commend Gretchen Lowe and the Division staff who have all painstakingly worked to investigate and prosecute these cases in the finest tradition of law enforcement.'* Ms. Lowe, *Acting Director of Enforcement-designate*, commented: *'For years, Rabobank allowed profit-driven traders located in offices around the globe to corrupt the submission process for critical benchmark interest rates. When an institution threatens the integrity of the financial markets, we bring the full force of our authority to bear. [...]*'. Opmerkelijk is ook dat medewerkers die aan de zaak hebben gewerkt ook met naam en toenaam in het persbericht staan vermeld.

<sup>223</sup> *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700 VI, 69 en *Kamerstukken I*, 2008/09, 29 702, E.

<sup>224</sup> *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 458, C, p. 1-2.

<sup>225</sup> Dit geldt voor nog veel meer normen uit hoofdstuk 5 van de Wft dat niet is beperkt tot een bepaalde doelgroep, maar zich richt tot een ieder.



toezichtwetgeving. Die vragen om handhaving in een open en transparante procedure (2009, p. 518).<sup>226</sup>

### 3.6.2 Het bepalen van de hoogte van de boete

De nieuwe Boetewet en het Boetebesluit lokten de nodige kritiek uit van praktijkjuristen en rechtswetenschappers, zowel wat betreft de hoogte als op de factoren die daarbij een rol spelen. Zo zagen Sluiter e.a. (2009, p. 213-214) de nieuwe flexibele boetesystematiek weliswaar als een verbetering ten opzichte van het oude systeem, doordat beter rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval, maar het riep volgens hen ook weer tal van nieuwe vragen op. Zo is de bandbreedte voor de op te leggen boete zó ruim en de boete verhogende en -verlagende factoren zó algemeen geformuleerd dat belanghebbenden nog steeds niet zouden weten waar ze aan toe zijn: hoe hoog zal de boete uitvallen en op grond waarvan? Volgens Sluiter e.a. (destijds in het dagelijks leven zelf toezichthouder) zou ook de toezichthouder nog onvoldoende weten waar die aan toe is met het nieuwe Boetebesluit.

Doorenbos en Doets suggereren in dit verband dan ook een aantal extra factoren die in hun ogen een rol zouden moeten meewegen bij de boetetoemeting: hoe lang geleden de overtreding is begaan, de duur van de afhandeling van de overtreding door de toezichthouder, gewijzigde omstandigheden, veranderingen in de regelgeving, eventuele civielrechtelijke acties, negatieve publiciteit en het eigener beweging melden en/of beëindigen van de overtreding (2008, p. 513).

Ook een enkele medewerker van de AFM heeft zijn bedenkingen bij de hoge boetes (respondent 16).

‘Onze eerste reactie was: hoe krijgen we de boete omlaag? De boete lijkt in eerste instantie veel te hoog, vooral voor de kleinere financieel adviseurs. Voor welk probleem is dit de oplossing.’

De terughoudendheid van de toezichthouder staat in schril contrast met de bedoeling van de wetgever. Dit roept de vraag op voor welk probleem de hoge boete nu een oplossing was. In de volgende hoofdstukken ga ik in op de wijze waarop de toezichthouder om gaat met deze hoge boetes.

---

<sup>226</sup> Van Russen Groen en Van der Wulp merken in dit verband op dat de Boetewet, net als de Boetenota, geen conceptueel kader bevat dat behulpzaam is bij de keuze voor een sanctiestelstel bij de handhaving van de financieel toezichtwetgeving (2013, p. 231).

Doorenbos en Doets waren verder kritisch over de enorme verhoging van de boetes en de matige onderbouwing daarvan (2008, p. 511). Zo zien zij in het enkele feit dat de boetes in de ons omringende landen hoger zouden zijn, onvoldoende rechtvaardiging om de boetes in ons land zo fors te verhogen.<sup>227</sup> Bovendien is volgens hen de effectiviteit van een boetestelsel niet alleen afhankelijk van de hoogte, maar ook van de feitelijke werking daarvan, waaronder de pak-kans (vergelijk Van Wingerde, 2012). Verder vragen zij zich af waarom men niet zou kunnen volstaan met een beter gebruik van de bestaande bevoegdheden (2008, p. 514)? Een punt dat Michiels al eerder maakte (1999, 67 en 74).

Meer in het algemeen vinden zij dat onvoldoende duidelijk is gemaakt dat het oude boetesysteem niet zou voldoen. Het enkele voorbeeld dat de boete onvoldoende zou aansluiten bij de draagkracht van een grote, internationale onderneming, achten zij onvoldoende overtuigend. Daartegenover stellen zij tal van modale praktijkgevallen waarin de boete moest worden gematigd omdat die onevenredig hoog werd geacht (2008, p. 511). Overtuigend praktijkonderzoek ontbreekt volgens hen, sterker nog de evaluatie van de Wet IDBB was immers vrij positief. Zij vatten hun bezwaren als volgt kort en krachtig samen (2008, p. 511).

‘De (veronder)stellingen inzake preventieve werking en effectieve handhaving berusten niet op onderzoek, niet op gebleken tekortkomingen – onvoldoende afschrikking, onvoldoende effect – en moeten het dus doen zonder bewijs. En zo wordt het boetestelsel fundamenteel gewijzigd, wordt het strafrecht voorbijgestreefd, zonder dat daartoe de noodzaak is gebleken.’

Daarnaast menen zij dat van de mogelijkheid om de boete openbaar te maken al een dusdanig sterke afschrikwekkende werking uitgaat, dat die het verhogen van de boete eigenlijk onnodig maakt. Al met al zou de bestuurlijke boete te veel uit de pas gaan lopen met het strafrecht, waarin voor vergelijkbare overtredingen minder hoge straffen kunnen worden opgelegd (2008, p. 512).

In een later commentaar staat Doorenbos nog eens expliciet stil bij de in zijn ogen ‘draconische’ boetebedragen, die volgens hem vooral het voor midden- en kleinbedrijf onevenredig zwaar zullen uitpakken. Hij spreekt dan ook van ‘maximum overdrive, een horrorscenario’ (2009, p. 545).

---

<sup>227</sup> Uit een vrij recente vergelijking met de bestuurlijke boetepraktijk ten aanzien van markt-misbruik in Engeland, Duitsland en Italië komt naar voren dat er grote verschillen bestaan tussen de wettelijk gemaximeerde boetehoogte evenals de opgelegde boetes. Nederland wordt hierin een ‘middenmoter’ genoemd (Zwoferink & Van Pomeran, 2013, p. 141).

Ook relativeert hij de flexibiliteit van het nieuwe boetestelsel, nu de verhoging en verlaging van de boete is begrensd op 50% en een verdubbeling verplicht is bij recidive. Hij verwacht zelfs dat de rechter zich niet aan die grenzen zal houden bij het beoordelen van de boetebesluiten. Gelet op de jurisprudentie, meent hij dan ook dat de toezichthouder zich niet aan die grenzen hoeft te houden en, in het verlengde daarvan, ook andere gronden voor matiging mag hanteren (2008, p. 513). De kritiek van Doorenbos snijdt hout als het gaat om het midden- en kleinbedrijf. Maar hij lijkt voorbij te gaan aan het gegeven dat de boetes voorheen vermoedelijk weinig indruk maakten op grote, draagkrachtige financiële instellingen. In de volgende hoofdstukken laat ik zien welke instellingen een bestuurlijke boete kregen opgelegd en welke factoren een rol speelden bij het vaststellen daarvan.<sup>228</sup>

### 3.7 Bijzondere aspecten van de Wet op het financieel toezicht

Tot besluit van dit hoofdstuk belicht ik nog twee bijzondere aspecten van de Wet op het financieel toezicht, te weten de open normstelling en de openbaarmakingsregeling, omdat die bepalend zijn voor de wijze waarop het toezicht in de praktijk uitwerkt.

#### 3.7.1 Het gebruik van open normen

Bij het opstellen van de Wet op het financieel toezicht heeft de wetgever veel open geformuleerde normen gebruikt, bijvoorbeeld ‘passend advies’ of ‘passend vermogensbeheer’ in artikel 4:23 Wft of ‘verantwoorde kredietverlening’ in artikel 4:34 Wft. Dit vloeit voort uit de keuze van de (Europese) wetgever om bepaalde onderwerpen *principle based* te reguleren, in plaats van klassiek *rule based* (Grundmann-van de Krol, 2012, p. 24-25; Bierens, 2012, p. 158).<sup>229</sup> Dat wil zeggen dat in de wet slechts algemene normen of principes worden gegeven. De uitwerking van deze normen of principes wordt vervolgens overgelaten aan de financiële instellingen en hun brancheorganisaties zelf, waarbij de mate waarin

---

<sup>228</sup> Volgens Klap is het de uitdaging om een boetestelsel te ontwerpen dat zowel recht doet aan het evenredigheidsbeginsel als waarvan voldoende preventieve werking uitgaat, door middel van afschrikking (2012, p. 322-323). Op basis van een vergelijking tussen het stelsel van de toenmalige NMa, OPTA en het ministerie van SZW concludeert hij dat een boetestelsel waarvan niet alleen het maximum ruimte laat voor differentiatie, bijvoorbeeld door een koppeling aan de omzet of het aantal werknemers, maar ook de boetebeleidsregels concreet zijn uitgewerkt en zoveel mogelijk differentiëren, daartoe de beste garanties biedt (p. 332).

<sup>229</sup> Bijvoorbeeld op basis van de *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID) (Richtlijn 2004/39/EG).

dat plaatsvindt mede afhankelijk is van de stand van de ontwikkeling van het marktsegment waarin de financiële instelling opereert.

In de rechtswetenschappelijke literatuur wordt als voordeel van *principle based* regulering onder meer genoemd de flexibiliteit en de mogelijkheid tot maatwerk. Verder zou het een bijdrage leveren aan het terugdringen van de administratieve lasten. Een principieel punt is dat het de verantwoordelijkheid voor de invulling en naleving van de regelgeving legt bij betrokken marktpartijen. Ook voor de toezichthouder biedt het als voordeel dat die vlot kan inspelen op ontwikkelingen in de markt (Den Tex & Van Duijvenbode, 2012, p. 169-170; Caria & Dijkhuizen, 2012, p. 185; Bröring & Van Vorselen, 2013, p. 102-104).<sup>230</sup>

Als nadeel wordt genoemd dat de norm, althans in eerste instantie, niet altijd even duidelijk is voor financiële instellingen, evenals de wijze waarop daaraan invulling dient te worden gegeven. Dit brengt de nodige onzekerheid met zich mee. Dat leidt volgens Den Tex en Van Duijvenbode vervolgens weer tot allerlei contraproductieve effecten en een toename van 'nalevingslasten', zoals moeizaam overleg met de toezichthouder, vertraging, inefficiëntie en *overcompliance* (2012, p. 170).<sup>231</sup> Meer in het bijzonder is het gebruik van open normen in het bestaande bestuursrecht problematisch zijn in verband met de vereiste rechtszekerheid, zo signaleren Scheltema en Scheltema (2009, p. 52-53). Ook anderen wijzen er op dat het gebruik van open normen in het financieel toezicht op gespannen voet staat met het *lex certa*-beginsel of het bepaalbaarheidsgebod van artikel 7 EVRM (Van Tuyl en Caria, 2012, p. 33; Dijkhuizen 2012, p. 185; Bröring en Van Vorselen, 2013, p. 103). In hoofdstuk 4 ga ik nader in op boetes die zijn opgelegd op basis van schending van open geformuleerde normen.

#### *Keerzijde gebruik open normen*

De onzekerheid over de invulling van de open norm, leidde tot een roep aan het adres van de toezichthouder om meer duidelijkheid over de wijze waarop de norm ingevuld zou moeten worden (Grundmann-Van de Krol, 2012, p. 22 en 26; WRR, 2013, p. 42). De toezichthouder heeft hier op een gegeven moment ook op gereageerd, bijvoorbeeld door middel van aanbevelingen en leidraden en meer praktische informatiebrochures, ook wel *guidance* genoemd. Dit leidde op

---

<sup>230</sup> Bierens relateert een deel van deze voordelen weer. De vrijheid die werd geboden in de MiFID is vervolgens aanzienlijk ingeperkt door de MiFID-Uitvoeringsrichtlijn (Richtlijn 2006/73/EG) die weer een *rule based* benadering kent. In de praktijk zullen beleggingsondernemingen geneigd zijn die naar de letter te volgen, mede gelet op de handhavingsbevoegdheid van de toezichthouder en de negatieve publicatie die gepaard gaat met handhaving, aldus Bierens (2012, p. 158 en 160).

<sup>231</sup> Zo ook Diekman (2013, p. 6-7).

zichzelf ook weer tot kritiek. Zo meenden sommigen dat de AFM te zuinig zou zijn met het uitleggen van de open norm (Roth, 2008, p. 89 en 93) en er te zeer op vertrouwd dat het veld wel op de hoogte zou raken van de wijze waarop de open norm geïnterpreteerd kan worden (Van Tuyll, 2012, p. 32). Anderen hebben juist weer kritiek op de grote hoeveelheid en het informele karakter van de uitleg, wat in hun ogen afbreuk doet aan de kenbaarheid (Den Tex & Van Duivenbode, 2012, p. 171; Van Eersel, 2013, p. 58). Grundmann-Van de Krol spreekt in dit verband van een *information overload* en roept op tot duidelijk kenbare beleidsregels (2012, p. 26-27).<sup>232</sup>

De roep om nadere invulling van *principle based* regelgeving uit het veld heeft iets tegenstrijdigs: het leidt uiteindelijk weer tot *rule based* regelgeving, waardoor men weer terug is bij af. Caria en Dijkhuizen beschrijven dit als de interpretatieparadox (2012, p. 188-189).<sup>233</sup> Open normen werken volgens hen alleen als er duidelijkheid en overeenstemming bestaat over de gewenste invulling daarvan. De aanvankelijk beoogde interpretatievrijheid wordt in de praktijk weer geformaliseerd, signaleren Caria en Dijkhuizen. Zij vragen zich dan ook terecht af of er nog wel sprake is van 'echte' open normen in de Wet op het financieel toezicht (2012, p. 197).

### 3.7.2 De openbaarmakingsregeling

Een ander bijzonder aspect aan de Wet op het financieel toezicht is de openbaarmakingsregeling. Ingevolge artikel 1:97 en 1:98 van de Wet op het financieel toezicht maakt de toezichthouder het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete in beginsel openbaar (Roth, 2013a, p. 251). Openbaarmaking vindt plaats door middel van publicatie van het boetebesluit op de website van de toezichthouder; tevens wordt een persbericht uitgegeven met een summiere samenvatting van de zaak. Er is sprake van een gebonden bevoegdheid (Grundmann-van de Krol, 2012, p. 759). De toezichthouder ziet hier alleen van af als openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht (artikel 1:97, vierde lid, Wft).<sup>234</sup> In

---

<sup>232</sup> Volgens de AFM zou deze *guidance* wel degelijk voorzien in een behoefte. Zo zou het de 'ondernemingskosten' beperken die gepaard gaan met het verkrijgen van de gewenste duidelijkheid. Aan de andere kant zou het afschaffen van de open normen de effectiviteit van het toezicht sterk ondermijnen, aldus de waarnemend bestuursvoorzitter van de AFM in een *speech* tijdens het symposium 'Open normen ingevuld: de wetgevende macht van de toezichthouder' op 19 juni 2013 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (AFM, 2013, p. 3 en 7).

<sup>233</sup> Zo ook Van Eersel (2013, p. 57).

<sup>234</sup> Met ingang van 1 augustus 2014 is de openbaarmakingsregeling in artikel 1:97, vierde lid, Wft gewijzigd, ingevolge de Richtlijn kapitaalsvereisten (CRD IV) (Richtlijn 2013/36/EU). Open-

het geval van de AFM is daarvan niet snel sprake, waardoor de AFM zijn boetebesluiten in de regel openbaar maakt (tenzij om een voorlopige voorziening is gevraagd en die is toegekend). In het geval van DNB is daarvan doorgaans wel sprake, waardoor DNB zijn boetebesluiten vrijwel nooit openbaar maakt (vergeleek het Handhavingsbeleid van de AFM en DNB, 2008, paragraaf 4c) (Aelen, 2012, p. 69-70; Roth, 2013a, p. 253-254; Van Eersel, 2013, p. 89-90).<sup>235</sup> In de volgende hoofdstukken ga ik nader op in op de openbaarmaking van de boetebesluiten en de overwegingen die daar aan ten grondslag liggen.

In het geval van zware overtredingen, waaronder de verbodsbepalingen uit de Wet op het financieel toezicht, dient het boetebesluit openbaar te worden gemaakt vijf werkdagen na de dag van bekendmaking van het besluit aan betrokkene (artikel 1:97, eerste lid, Wft). In de jurisprudentie en rechtswetenschappelijke literatuur wordt dit vroegtijdige openbaarmaking genoemd (Roth, 2013a, p. 253).<sup>236</sup> Deze periode stelt betrokkenen desgewenst in de gelegenheid om de voorzieningenrechter, bij de rechtbank Rotterdam, te vragen de openbaarmaking op te schorten. Indien van deze weg is bewandeld, wordt met openbaarmaking gewacht totdat de voorzieningenrechter een uitspraak heeft gedaan (Pietermaat, 2009, p. 255; Grundmann-Van der Krol, 2012, p. 765-766; Roth, 2013a, p. 258 en 262; Aelen, 2013, p. 92-93). Aldus is een vorm van rechtsbescherming gecreëerd.<sup>237</sup>

Als de voorzieningenrechter een dergelijk verzoek toewijst, wordt met openbaarmaking gewacht totdat het besluit uiteindelijk onherroepelijk is geworden (Roth, 2013a, p. 252).<sup>238</sup> In het volgende hoofdstuk ga ik nader in op de wijze waarop deze rechtsbescherming vorm en inhoud krijgt.

---

baarmaking moet worden geanonimiseerd, indien dit onder omstandigheden onevenredig zou zijn (Stb. 2014, 253). Dit betekent dat de financiële toezichthouder een verdergaande belangenafweging moet maken.

<sup>235</sup> *Stcr.* 2008, 132, p. 30. Roth merkt dan ook op dat DNB de uitzondering tot hoofdregel lijkt te hebben verheven (2013, p. 253).

<sup>236</sup> Volgens Roth zou de term 'voortijdige openbaarmaking' de lading beter dekken (2013a, p. 253). Hij noemt dit een weeffout in de Wft (2013b, p. 439).

<sup>237</sup> Zie hierover ook CBB 24 april 2012, *LJN* BW3574. Als de voorzieningenrechter zo'n schorsingsverzoek krijgt voorgelegd gaat hij stapsgewijs na of, naar zijn voorlopig oordeel, een overtreding is begaan, waarvoor de toezichthouder redelijkerwijs een boete heeft kunnen opleggen en of de hoogte van de boete niet in een wanverhouding staat tot de ernst, duur, verwijtbaarheid en de draagkracht. Met andere woorden, hij gaat na of kan worden verwacht dat het boetebesluit in stand zal blijven: een voorlopige rechtmatigheidstoets. Zie verder hoofdstuk 4.

<sup>238</sup> De AFM heeft aangedrongen op wetwijziging op dit punt, zodat het boetebesluit alsnog openbaar kan worden gemaakt, direct nadat de rechtbank het beroep ongegrond heeft ver-

In de rechtswetenschappelijke literatuur is kritiek geuit op de juridische grondslag van deze regeling. Zo zou de wetgever onduidelijkheid hebben laten ontstaan over de vraag of deze vorm van openbaarmaking moet worden aangemerkt als een (sanctie)besluit. Dit riep uiteenlopende vragen op over de bevoegdheid van de rechter. De voorzieningenrechter heeft inmiddels een uitweg gevonden door het onderdeel in het besluit over de openbaarmaking aan te merken als een op zelfstandig rechtsgevolg gericht besluitonderdeel, zodat ook een voorlopige voorziening kan worden gevraagd (Doorenbos, 2007, p. 77-79; Michiels, 2007, p. 87 en 95; Michiels & De Waard, 2007, p. 38; Pietermaat, 2009, p. 249 en 255; Beijering-Beck, 2012, p. 64-65; Grundmann-Van der Krol, 2012, p. 762; Roth, 2013a, p. 252).<sup>239</sup> Andere kritiek op de openbaarmakingsregeling heeft betrekking op het punitieve karakter van de openbaarmaking en de verhouding tot de onschuldpresumptie. Ik kom daarop terug in het volgende hoofdstuk.

Daarnaast dienen alle boetebesluiten, ongeachte de zwaarte, (in beginsel) openbaar te worden gemaakt nadat deze onherroepelijk zijn geworden. Dit betekent dat de al eerder openbaar gemaakte boetebesluiten van zware overtredingen nogmaals worden gepubliceerd.

#### *Bereik doelen openbaarmaking*

De openbaarmaking van de boetebesluiten heeft tot doel marktpartijen te informeren over het toezicht, evenals de actieve rol van de toezichthouder daarbij (transparantie), en te waarschuwen naar aanleiding van/voor de geconstateerde misstand (generale preventie) (Aelen, 2013, p. 91 en 94). De veronderstelling is dat consumenten op basis van de informatie uit de openbaar gemaakte boetebesluiten in staat zijn beter afgewogen keuzes te maken. De openbaarmaking moet de eerdergenoemde informatieasymmetrie compenseren. Daarnaast moet (de dreiging van) openbaarmaking de naleving bevorderen (Van Erp, 2009, p. 43; Scheltema, 2010, p. 4)

---

klaard. Wetgevingsbrief AFM 2011, punt 22. Inmiddels heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven overwogen dat het publicatiestelsel van de Wft zich niet verzet tegen vroegtijdige openbaarmaking op een later tijdstip dan ter gelegenheid van het primaire besluit, bijvoorbeeld als een nieuw besluit is genomen waarbij de eerdere bezwaren tegen openbaarmaking zijn weggenomen (CBb, 24 april 2012, *LJN* BW3574). Zo ook Voerman (*JOR* 2012/220, p. 1949-1950) en Van Eersel (2013, p. 171-172).

<sup>239</sup> Vergelijk onder meer Voorzieningenrechter Rb Rotterdam, 21 juli 2008, *LJN* BD8270 en CBb, 24 april 2012, *LJN* BW3574.

Waar de juristen kritisch zijn over de vormgeving van de openbaarmakingsregeling en de rechtsbescherming, zijn criminologen kritisch over de mate waarin de met de openbaarmaking beoogde doelen worden bereikt. Zo stelt Van Erp het doelbereik van de openbaarmakingsregeling ter discussie (2009). In haar onderzoek naar *naming* en *shaming* in het markttoezicht leidt uit het openbaarmakingsbeleid van de AFM vier doelen af die worden beoogd met het openbaarmaking van sanctiebesluiten: het informeren en waarschuwen van de consument in het kader van de marktwerking, bestraffing van de overtreder als gevolg van reputatieschade, preventie door afschrikking of opvoeding en het bevorderen van het vertrouwen in het toezicht.<sup>240</sup> Op basis van haar onderzoek komt zij tot de conclusie dat deze doelen slechts ten dele worden gerealiseerd (p. 166). Zo wordt het doel van het informeren en waarschuwen van de consument niet of nauwelijks bereikt omdat die de informatie of waarschuwing de consument lang niet altijd bereikt en als die de consument al bereikt, die daar niet naar handelt (p. 88-89). Consumenten blijken in de praktijk niet te functioneren als verondersteld: rationeel handelende personen die informatie verzamelen en op basis daarvan beslissen. Allerlei irrationele overwegingen spelen een rol in hun gedrag als consument.<sup>241</sup> De openbaarmakingsregeling is bovendien veel te generiek om goed effect te kunnen sorteren, aldus Van Erp. Aan de andere kant kan de beoogde reputatieschade wel degelijk optreden, maar bij sommige overtreders (grote beursgenoteerde ondernemingen) juist vrij zwak en bij andere (financiële dienstverleners) weer vrij sterk, als gevolg van de omstandigheden van het geval (p. 118-119). In de derde plaats bleek ook het beoogde preventieve effect, dat in theorie sterk kan zijn, in de praktijk lang niet altijd in die mate op te treden. Vaak bleek de boodschap daartoe onvoldoende over te komen. Zo bleek voor financiële instellingen die op zichzelf genomen bereid zijn tot naleving en een professioneel belang hechten aan een correcte en precieze naleving, de boete vaak onvoldoende aanknopingspunten te bieden, waardoor het beoogde educatieve effect verloren ging. Ook bleek de boete vaak te juridisch-technisch geformuleerd om een morele, normatieve boodschap over te dragen. Op de meer calculerende financiële instellingen maakten de boetes juist weer te weinig indruk, vooral als het ging om de grotere ondernemingen (p. 142-143).

---

<sup>240</sup> Aelen onderscheid twee, preventieve, functies van openbaarmaking: inzicht geven in het handelen en het handhavingsbeleid van de toezichthouder enerzijds en afschrikking en *naming and shaming* anderzijds. Het eerste noemt zij het transparantiemotief, het tweede het handhavingsmotief (2013, p. 91).

<sup>241</sup> Vergelijk Scheltema en Scheltema over het effect van de informatieverplichtingen in de Wet op het financieel toezicht (2009).



### 3.8 Samenvatting en tussenconclusie

#### *Introductie bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht*

In dit hoofdstuk heb ik de introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht beschreven.

De introductie van die boete past in het algemene beleid ter versterking van de handhaving door middel van de bestuurlijke boete. Ook binnen het financieel toezicht zou sprake zijn van een, niet nader gedefinieerd, handhavingstekort en de bestuurlijke boete zou geschikter zijn voor de handhaving van de specialistische financieel toezichtwetgeving. Voortaan staat bij de handhaving van de financieel toezichtwetgeving het bestuursrecht voorop. De evaluatie van de Wet IDBB laat zien dat de bestuurlijke handhaving langzaam maar zeker op gang komt. Aan het strafrecht wordt nog slechts een reserverol toebedacht, voor zeer ernstige overtredingen (bijvoorbeeld marktmisbruik) waarin een vrijheidsstraf is geïndiceerd of als de inzet van dwangmiddelen nodig zou zijn.

Het valt op dat bij de introductie van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht louter instrumentele of pragmatische argumenten een rol spelen. Handhaving door middel van een bestuurlijke boete zou doelmatiger zijn bij dit type specialistische wetgeving en de veelvoorkomende overtredingen daarvan. De boetebevoegdheid zou in vertrouwde handen zijn bij de professionele financiële toezichthouders. De meer normatieve argumenten, zoals beschreven in hoofdstuk 2, spelen nauwelijks een rol meer in de discussie. Doordat de strafrechtelijke weg doodliep, werd eenvoudigweg gekozen voor het openleggen van een nieuwe route: de bestuurlijke boete. Hierdoor was de toezichthouder niet meer afhankelijk van het Openbaar Ministerie en de strafrechter.

Ook aan de fundamentele bezwaren van rechtswetenschappers werd vrij gemakkelijk voorbij gegaan. Hun kritiek op de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming en de rechtsbescherming werd afgedaan met een formalistische bezweringsformule: de wet voorziet in een functiescheiding binnen de organisatie van de toezichthouder, in algemene rechtswaarborgen, op basis van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht en in rechtspraak in twee instanties, waarbij de rechter de hoogte van de boete intensief toetst.

In de praktijk wordt inderdaad keurig een functiescheiding aangehouden binnen de organisatie van de toezichthouders. Er zijn speciale boetefunctionarissen aangesteld die naar eigen zeggen los formeel staan van de toezichthouders en hun eigen afweging kunnen maken. De vraag blijft echter hoe die functiescheiding in de praktijk werkt. Dit geldt ook voor de mate waarin eerdergenoemde

rechtswaarborgen in acht worden genomen evenals de rechtsbescherming. Uit de evaluatie van de Wet IDBB blijkt juist een zekere terughoudendheid om rechtsmiddelen aan te wenden tegen besluiten van de toezichthouder. In de volgende hoofdstukken over de boetepraktijk van de AFM en DNB ga ik verder op deze punten in.

#### *De ontwikkeling van de boetesystematiek*

Vervolgens heb ik de ontwikkeling van de boetesystematiek in de financieel toezichtwetgeving beschreven. Aanvankelijk koos de wetgever voor een vaste boetesystematiek. Dit past in het beeld van de efficiënte afdoening van veelvoorkomende overtredingen, maar het laat weinig ruimte om rekening te houden met de omstandigheden van het geval en de overtreder. Precies waar critici destijds voor waarschuwden (vergelijk hoofdstuk 2). Na verloop van tijd heeft de bestuursrechter op basis van het evenredigheidsbeginsel de scherpe kantjes van dit rigide systeem afgeslepen, waardoor maatwerk mogelijk werd. De bestuursrechter heeft zich op dit punt dus actiever opgesteld dan sommige critici voorspelden.

Onder druk van kritiek op het gebrek aan flexibiliteit van het boetestelsel, koos de wetgever na verloop van tijd voor een gemengd stelsel met zowel vaste als flexibele boetes. Het was de critici echter vooral te doen om flexibiliteit in opwaartse zin: de hoogte van de boete zou te laag zijn, waardoor die onvoldoende preventief zou werken. Deze roep om hogere boetes past geheel in de tijdgeest van strengere straffen. Winstpunt is dat het flexibele boetestelsel aanknopingspunten biedt voor een meer responsieve opstelling door de toezichthouders. Dit positieve beeld wordt echter geheel overschaduwd door de enorme verhoging van de boetes. Een verhoging die te eenzijdig steunt op de afschrikkingsgedachte.

Waar de bestuurlijke boete oorspronkelijk was bedoeld voor lichte en veel voorkomende overtredingen van het financieel toezichtrecht en daar aanvankelijk ook voor leek te worden ingezet, getuige de evaluatie van de Wet IDBB, valt uit de ontwikkeling van de boetesystematiek af te leiden dat die nu ook kan/moet worden gebruikt voor ernstige overtredingen. Tegen de oorspronkelijke bedoelingen in, heeft de bestuurlijke boete zich zo een plaats verworven hoog in het handhavingsspectrum.

## 4. De boetepraktijk van de AFM

'Mevrouw Giskes (D66): Voor mijn gedachtevorming zou ik graag enige indicatie krijgen van het aantal keren dat men verwacht dat er boetes en dwangsommen in een jaar zullen worden opgelegd. Heeft de minister daar een beeld van?

Minister Zalm: Ik hoop dat het nooit gebeurt, maar ik vrees dat het met enige frequentie zal gebeuren. Het is maar een gok, maar ik denk dat het wel twee of drie keer per jaar zal gebeuren.'

Behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van de last onder dwangsom en bestuurlijke boete in de financiële wetgeving in de Tweede Kamer.<sup>242</sup>

### 4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken heb ik de ontwikkeling van de bestuurlijke boete beschreven en in perspectief geplaatst. In de komende hoofdstukken beschrijf ik de boetepraktijk in het kader van het financieel toezicht. Dit hoofdstuk omvat een beschrijving van de boetepraktijk van de AFM, aan de hand van de openbaar gemaakte boetebesluiten van de AFM, interviews met medewerkers van de AFM, gespecialiseerde advocaten, jurisprudentie en commentaar in de rechts-wetenschappelijke literatuur.

Om te beginnen schets ik het feitelijke gebruik van de boetebevoegdheid door de AFM in de periode 2004-2012. Met andere woorden: op welke overtreding volgt een boete? Daarbij plaats ik de boetes in het perspectief van het type toezicht in het kader waarvan ze zijn opgelegd. Vervolgens ga ik dieper in op de beschikbare boetebesluiten: waarom krijgt de overtreder een boete en hoe hoog is die? Ik sta uitgebreid stil bij twee wezenlijke elementen van het boetebesluit: de belangenafweging bij het besluit tot het opleggen van de boete en het bepalen van de hoogte van de boete. Tot slot ga ik in op de openbaarmaking van het boetebesluit en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen.

Ik houd bij mijn analyse een categorie-indeling aan die ik heb ontleend aan de toepasselijke (sub)doelstellingen van het financieel toezicht: boetes die zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de markttoegang, het gedragstoezicht op financiële ondernemingen en het gedragstoezicht op financiële markten.

---

<sup>242</sup> Behandeling wetsvoorstel Wet IDBB, *Handelingen II*, 1998/99, 73-4293 en 4295.

Hoewel het onderscheid tussen gedragstoezicht op financiële ondernemingen en financiële markten pas formeel wordt gemaakt in de Wet op het financieel toezicht, houd ik deze indeling ook aan voor alle eerdere door de AFM opgelegde boetes. Het onderscheid werd in de praktijk al wel gemaakt. De eerder opgelegde boetes passen goed in deze indeling.

## 4.2 Het gebruik van de boetebevoegdheid

### 4.2.1 De boetes in vogelvlucht

Onderstaande tabel geeft een totaaloverzicht van de boetes die de AFM jaarlijks heeft opgelegd en openbaar gemaakt.

**Tabel 1. Boetebesluiten AFM**

Jaar	Opgelegde boetes <sup>243</sup>	Waarvan integraal openbaar gemaakt op de website <sup>244</sup>	Waarvan alleen beschikbaar in de vorm van een persbericht <sup>245</sup>
2004	14	0	12
2005	19	0	4
2006	10	0	3
2007	6	0	5
2008	20	10	2
2009	52	40	nvt
2010	53	43	nvt
2011	36	27	nvt
2012	22	19	nvt
<b>Totaal</b>	<b>232</b>	<b>139</b>	<b>26</b>

<sup>243</sup> Volgens opgave in de jaarverslagen van de AFM (jaarverslag 2012, p. 34, jaarverslag 2011, p. 45, jaarverslag 2009, p. 42 en jaarverslag 2008, p. 40). De cijfers uit het jaarverslag over 2004 tot en met 2006 hebben betrekking op het aantal in die jaren beboete instellingen, vanaf 2007 hebben zij betrekking op het aantal per jaar opgelegde boetes.

<sup>244</sup> Het verschil tussen de opgelegde en openbaar gemaakte boetes is mogelijk het gevolg van tijdsverloop tussen oplegging en openbaarmaking. Overigens heeft de AFM in 2014 een viertal boetebesluiten van haar website verwijderd, omdat die in hoger beroep zijn vernietigd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (aan Fortis SA/NV en Fortis NV, respectievelijk dhr. Heidman en dhr. Van Leeuwen).

<sup>245</sup> In een aantal gevallen heeft het persbericht betrekking op meerdere boetes.

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de AFM in de onderzochte periode, voor zover ik heb kunnen nagaan, in totaal 232 boetes heeft opgelegd.<sup>246</sup> Daarvan zijn er 165 openbaar gemaakt, waarvan 139 integraal op de website van de AFM en 26 door middel van een persbericht.<sup>247</sup> Ter vergelijking is in bijlage 5 een overzicht opgenomen van de boetes die in dezelfde periode zijn opgelegd door andere marktautoriteiten, zoals de toenmalige NMa, de OPTA en de NZa. Daaruit komt naar voren dat de AFM in absolute zin de meeste boetes heeft opgelegd.<sup>248</sup>

#### *Een wisselend beeld als gevolg van wetgeving en beleidskeuzes*

Het aantal in de onderzochte periode opgelegde boetes vertoont jaarlijks een wisselend beeld. Wat opvalt is het relatief hoge aantal boetes dat is opgelegd in de jaren 2009 en 2010. Hier lijkt met enige voorzichtigheid gesproken te kunnen worden van een 'punitieve piek'.<sup>249</sup> De wisselingen zijn te verklaren aan de hand van wetwijzigingen en beleidskeuzes door de AFM. Om te beginnen is de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht in 2007 goed zichtbaar in het aantal opgelegde boetes. Uit het jaarverslag over 2009 (AFM, p. 44) en de interviews met medewerkers van de AFM valt op te maken dat men eerst een aanloop- en gewenningsperiode heeft willen inlassen, alvorens strenger toezicht te houden en dientengevolge te handhaven. Daarnaast spelen door de AFM gestelde prioriteiten binnen het toezicht een rol bij de ontwikkeling van het aantal opgelegde boetes. Zo is de AFM vanaf 2008 het accent gaan leggen op het verbeteren van de professionaliteit van de financiële dienstverlening (passende advisering en verantwoorde kredietverstrekking), gelet op de kwetsbare positie van de consument. Bijna de helft (23 resp. 24) van het relatief hoge aantal boetes dat in 2009 (52) en 2010 (53) is opgelegd, is het gevolg van overtreding van de adviesregels voor financiële dienstverleners en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders.

De jaarverslagen en het commentaar in de media van bestuurders van de AFM geven een zekere kleur en duiding aan het gebruik van de boetebevoegdheid door de AFM. Zo wordt in het jaarverslag over 2009 de ontwikkeling van het aantal boetes als volgt toegelicht (p. 44).

---

<sup>246</sup> Dat is gemiddeld circa 26 boetes per jaar.

<sup>247</sup> Boetes die in de onderzochte periode (2004-2012) zijn opgelegd, maar pas na die tijd zijn openbaar gemaakt heb ik niet meer in het onderzoek meegenomen.

<sup>248</sup> In relatieve zin is dat lastiger vast te stellen. Zo ontbreken gegevens over het aantal geconstateerde overtredingen per toezichthouder. Bovendien kan de aard en omvang van het boeteonderzoek sterk verschillen.

<sup>249</sup> In 2013 zijn 20 twintig boetes opgelegd.

'In de cijfers is de aanpak van de AFM te herkennen. [...] Met name tot 2008 is veel energie gestoken in de voorbereiding op nieuwe wetgeving. Vervolgens verschoof de aandacht naar activiteiten om deze uit te voeren. In dat kader werden duizenden verzoeken om een vergunning voor financiële dienstverlening en accountantsorganisaties behandeld. [...] Omdat de nieuwe regels veel 'open normen' brachten, is niet meteen de volle capaciteit van de AFM gebruikt voor de handhaving. Via algemene (thema)onderzoeken, rapportages en leidraden zijn de open normen eerst verduidelijkt. Sinds 2007 neemt het aantal handhavingsmaatregelen sterk toe, met name op het gebied van het aanbieden en adviseren en bemiddelen.'

De ontwikkeling van het aantal opgelegde boetes ging niet onopgemerkt aan de media voorbij. Zo staat in het dagblad Trouw.<sup>250</sup>

'De AFM komt steeds meer op stoom', verklaarde de woordvoester de stijging. 'We hebben beloofd praktijken aan te pakken die indruisen tegen de belangen van consumenten en beleggers en dat doen we dan ook.'

Echter, in 2011 valt een kentering waar te nemen. In het jaarverslag over 2010 lijkt de AFM hierop alvast een voorschot te nemen (p. 28).

'De AFM bereikt ook veel zonder een boete op te leggen. Mede door bijvoorbeeld de leidraden die de AFM publiceert, weten ondernemingen steeds beter wat er van hen wordt verwacht. Het is voor de AFM dan ook geen doel op zich om zoveel mogelijk (...) maatregelen op te leggen.'

Tijdens de presentatie van de jaarcijfers over 2010 zei de toenmalige bestuursvoorzitter van de AFM hierover het volgende.<sup>251</sup>

'Het aantal boetes lijkt nu op een natuurlijk niveau te liggen. Meer dan 53 boetes wordt bovendien logistiek onmogelijk.'

Hier klinkt een heel ander geluid dan in het voorgaande jaar, waarin de AFM-woordvoester nog zei dat de AFM steeds meer op stoom komt. Kennelijk zijn de natuurlijke grenzen bereikt, in de zin van de verwerkingscapaciteit van de toezichthouder. Waar in de jaarverslagen de indruk wordt gewekt dat de wisselingen in het toezicht beleidsmatig zijn ingegeven, is kennelijk ook de verwerkingscapaciteit bepalend voor het toezicht.

---

<sup>250</sup> Trouw, 17 december 2009

<sup>251</sup> Financieel Dagblad, 15 april 2011.

In 2011 lijkt de AFM beleidsmatig de steven te hebben gewend en te hebben gekozen voor andere toezichtthema's, waaronder zogenoemd 'schadelijk gedrag' door financiële dienstverleners en marktmisbruik. Los daarvan heeft de AFM ook gekozen voor een andere toezichtstrategie. De AFM volgt naar eigen zeggen een meer informele, stimulerende en preventieve strategie. Niet alleen omdat de eerdere formele en repressieve strategie vruchten heeft afgeworpen, maar vooral ook omdat deze informele aanpak tot een betere naleving zou leiden (AFM 2013, p. 35-38).<sup>252</sup> In het jaarverslag over 2012 staat hierover het volgende (p. 39).

'Zoals gezegd richt de AFM haar toezicht op specifieke sectoren en specifieke problemen. In 2012 betekende dat onder meer dat er veel is ingezet op brede beïnvloeding van de markt en op het voorkomen van overtredingen. Dat gebeurde onder meer bij de aanpak van de onderkant van de markt voor adviseurs en bemiddelaars en bij de aanpak van marktmisbruik. Deze strategie sorteert duidelijk effect en leidt tot minder handhavingmaatregelen. Dat was in 2012 dan ook het geval. De onder toezicht staande instellingen worden meer gestimuleerd om normconform gedrag te vertonen. Daarnaast verkeren sommige sectoren waar in het verleden veel boetes werden uitgedeeld momenteel in rustiger vaarwater.'

De AFM lijkt zelfs enige afstand te nemen van het boete-instrument. Zo relativeerde de toenmalige bestuursvoorzitter van de AFM, in zijn speech voor het VIDE-jaarcongres op 14 juni 2012, het effect van sancties en boetes.

De financiële *impact* zou volgens hem lang niet altijd groot zijn, ondanks de aanzienlijke bedragen, en de boetes zouden het gedrag maar met mate corrigeren omdat ze vaak als mosterd na de maaltijd komen. Boetes zouden eerder een waarschuwing zijn naar derden en laten zien dat de toezichthouder oplet en optreedt. Kortom, een boete is lang niet altijd de meest effectieve manier om het gedrag te beïnvloeden, aldus de bestuursvoorzitter (p. 5-6).<sup>253</sup>

---

<sup>252</sup> Van Eersel merkt in dit verband op dat de AFM steeds meer op DNB gaat lijken (zie hierin in hoofdstuk 5). 'Inmiddels trekt de AFM zich steeds meer de prudentiële kant van de zaak aan bij haar optreden. [...] Waar de AFM voorheen primair gericht was op hard optreden middels formele maatregelen en het zoeken van de publiciteit, lijkt de AFM de laatste tijd meer gematigd en ook langs meer informele weg op te treden.' (2013, p. 24). Zo ook Hartmann (2013, p. 249).

<sup>253</sup> Deze nieuwe opstelling van de AFM sluit aan bij de 'Criteria voor goed toezicht' uit april 2013 van het zogenoemde Markttoezichthoudersberaad, waarvan de AFM deel uitmaakt. Daarin staat onder meer dat het effectief markttoezicht missie gedreven is, dat wil zeggen gericht op een hoger doel en niet slechts op *compliance* (2013, p. 4).

De geïnterviewde medewerkers van de AFM voeren vergelijkbare verklaringen aan voor de fluctuaties in het aantal opgelegde boetes (respondent 13 en 14). Voor een deel zoeken zij de verklaring in de introductie van de Wet op het financieel toezicht en voor een deel in de prioriteitstellingen binnen het toezicht.

‘Het is niet helemaal toeval. Het hangt samen met de inwerkingtreding van de Wft, maar het is ook een gevolg van prioriteiten en thema’s in het toezicht. Bijvoorbeeld 4:23 [Wft, AM], daar zit een piek en op een gegeven moment is dat afgelopen. Dan hebben we de norm neergezet en doen we weer wat anders. Bij marktmisbruik is dat anders, daar is een voortdurende stroom van zaken, dan is het meer toeval.’

‘De fluctuaties zijn toe te schrijven aan de introductie van nieuwe wetgeving. Eerst wenen en guidance, dan handhaven ten aanzien van de groep die niet meekomt. De kwaliteit van de financiële dienstverlening is nu echt op een hoger niveau getild, mede door de boete. We hebben ons doel bereikt, waardoor we onze beperkte capaciteit weer voor iets anders inzetten. Het is een golfbeweging. Ik hoor ook wel eens dat de boete zijn verzadigingspunt heeft bereikt. Dat durf ik niet te zeggen. Het is meer de thema’s die worden gekozen, vooral binnen hoofdstuk 4 van de Wft. Maar de 20 [boetes, zie tabel 1, AM] van 2008 is wel de ondergrens.’

Verder zoeken zij het in een verandering van de toezichtstrategie.

‘Er is ook een verandering in toezichtstrategie. De laatste tijd zetten we meer in op beïnvloeding in brede zin, dan alleen handhaving. De terugval in boetes heeft daar mee te maken. We doen meer aan proactieve beïnvloeding, dat wil zeggen dat we met marktpartijen zoeken naar een oplossing voor problemen, zoals bij het provisieverbod. We zoeken draagvlak, we polderen. We doen geen eigen onderzoek, maar zoeken gezamenlijk. Alle toezichthouders doen dit, vanwege de beperkte capaciteit. Maar het komt ook door de toestand van de markt, als gevolg van de crisis. Er heerst een ander klimaat.’

En in de bestuursstijl van de AFM.

‘Het hangt ook samen met de stijl van leidinggeven van het bestuur. Je ziet hier [tabel 1, AM] de wisselingen van het bestuur in: het tijdperk Hogervorst of het tijdperk Gerritse. Dit is ook het gedachtengoed van Sparrow, informele



beïnvloeding.<sup>254</sup> Vroeger hadden we een directieve stijl, dat is nu anders geworden.'

Eerdergenoemde stijlverandering komt in meer algemene zin ook aan de orde in het WRR-rapport 'Toezien op publieke belangen' uit 2013. Daarin signaleert de WRR dat sommige toezichthouders er voor hebben gekozen om zich meer te richten op het beheersen van maatschappelijke risico's in plaats van op normnaleving in strikte zin; één en ander in reactie op maatschappelijke kritiek op de doelmatigheid en doeltreffendheid van het toezicht ('van reactief naar proactief') (p. 40-41). De WRR lijkt deze ontwikkeling toe te juichen (p. 103-107). Een sterke oriëntatie op punitieve handhaving, met veel en hoge boetes, leunt volgens de WRR te zeer op een maatschappelijke maakbaarheidsgedachte, die als achterhaald moet worden beschouwd. Het toezicht kan deze pretentie volgens de WRR niet waarmaken. Het klassieke, op normnaleving gerichte toezicht dreigt dan ook een doel op zichzelf te worden. Toezichthouders doen er in de ogen van de WRR beter aan zich te richten op het bereiken van de gewenste maatschappelijke effecten ('*outcome* in plaats van *output*'), in nauwe samenwerking met maatschappelijke partners.

#### *Een algemene typering van de opgelegde boetes*

Waarvoor zijn de boetes opgelegd en aan wie? Van de 165 openbaar gemaakte boetebesluiten zijn er 23 opgelegd in het kader van het bewaken van de toegang tot de markt (circa 14%). Ze zijn opgelegd aan financiële dienstverleners, dat wil zeggen aanbieders van beleggingsobjecten of van krediet, adviseurs en bemiddelaars en beleggingsondernemingen die niet zouden beschikken over de vereiste vergunning. Dit worden ook wel de zogenoemde illegale ondernemingen.<sup>255</sup> De boetes zijn opgelegd op basis van de Wet toezicht effectenverkeer c.a. en de Wet op het financieel toezicht. Uit de vaste boetesystematiek van die wetten kan worden afgeleid dat het om ernstige overtredingen gaat van verbodsbepalingen, die vallen in de hoogste boetecategorie.

Het merendeel van de openbaar gemaakte boetes is opgelegd in verband met het overtreden van de gedragsregels voor financiële ondernemingen (98, circa 59%). Ze zijn opgelegd aan financiële dienstverleners en een enkele beleggingsonderneming. De boetes zijn opgelegd op basis van de Wet toezicht effectenverkeer c.a., de Wet financiële dienstverlening en de Wet op het financieel

---

<sup>254</sup> Het gedachtengoed van Sparrow over toezicht, kort gezegd een pragmatische aanpak van het toezicht, is onder meer neergelegd in zijn onder toezichthouders populaire boek '*The regulatory Craft. Controlling risks, solving problems and managing compliance*'. The Brookings Institution, 2000.

<sup>255</sup> Vgl. artikel 2:55-2:96 Wft.

toezicht. Deze overtredingen vallen, ook in het nieuwe boetestelsel, in de midden categorie.

In de onderzochte periode heeft de AFM ook nog een aantal boetes (12) opgelegd op basis van de Pensioenwet (3), de Colportagewet (5), de Wet handhaving consumentenbescherming (2) en de Wet- en het Besluit toezicht accountantsorganisaties (2). Deze overtredingen zijn als ernstiger aan te merken. Ze vallen in de midden- en hoge categorie, ook in het nieuwe boetestelsel.<sup>256</sup>

Een kleiner deel van de openbaar gemaakte boetes is opgelegd in verband met het overtreden van de gedragsregels voor financiële markten (42, circa 25%). Ze zijn opgelegd aan financiële ondernemingen, waarvan sommige beursgenoteerd en in een aantal gevallen ook aan particulieren. De boetes zijn opgelegd op basis van de Wet toezicht effectenverkeer c.a. en de Wet op het financieel toezicht. Uit de boetesystematiek kan worden afgeleid dat het om ernstige overtredingen gaat, die in de hoogste boetecategorieën vallen, ook in het nieuwe boetestelsel.

In bijlage 3 is een gedetailleerd overzicht opgenomen van de beschikbare en openbare boetebesluiten. De nummers van de aangehaalde boetebesluiten corresponderen met de boetebesluiten in dit overzicht. In de volgende paragrafen sta ik uitvoeriger stil bij de opgelegde boetes.

#### *Openbaarmaking van de boetebesluiten*

Wat de openbaarmaking van de boetebesluiten betreft, is duidelijk zichtbaar dat er na de inwerkingtreding in 2007 van de Wet op het financieel toezicht een stroom boetebesluiten op gang is gekomen. In de loop van 2008 zijn opgelegde boetes verschenen op de website van de AFM. Het betreft boetes die zijn opgelegd op basis van de Wet op het financieel toezicht (artikel 1:97 en 1:98 Wft). De AFM maakt in principe alle boetes openbaar, aldus het jaarverslag over 2009 (p. 44) en het handhavingsbeleid (paragraaf 4c). Voor de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht werd er naar aanleiding van een opgelegde boete slechts mondjesmaat een summier persbericht uitgebracht op de website van de AFM.

---

<sup>256</sup> Strikt genomen vallen deze (12) boetebesluiten niet onder de gedragsregels voor financiële ondernemingen in de zin van de Wet op het financieel toezicht. Gelet op de strekking van de voorschriften (transparantie richting consument) reken ik ze echter wel tot deze categorie. Dit ligt minder voor hand in geval van de overtredingen van de kwaliteitseisen voor accountantsorganisaties, die reken ik dus niet mee. De percentages komen daarom niet uit op 100%, maar op 98%.

### *Een actief gebruik van de boetebevoegdheid*

Al met al komt uit het overzicht naar voren dat de AFM actief gebruik maakt van haar boetebevoegdheid, zowel wat betreft het opleggen van de boete als de openbaarmaking daarvan. Dit beeld komt terug in de beleidsstukken van de AFM, de interviews met de medewerkers van de AFM en de literatuur (Scheltema, 2010, p. 4; Schermer, 2012, p. 467). Illustratief is in dit verband het jaarverslag over 2009 (p. 44).

'Het is de AFM niet te doen om zoveel mogelijk boetes op te leggen, maar om effecten in de markt te bewerkstelligen. Het aantal boetes geeft wel een indicatie voor de toezicht- en met name de handhavingskracht van de AFM.'

### *Andere handhavingsmaatregelen*

De boetebesluiten maken deel uit van een palet aan (formele) handhavingsmaatregelen die de AFM kan inzetten in het kader van het financieel toezicht. Hieronder is een overzicht opgenomen van de meest voorkomende andere maatregelen die de AFM heeft getroffen.

**Tabel 2. Andere maatregelen AFM<sup>257</sup>**

Jaar	Last onder dwangsom	Aanwijzing	Intrekking vergunning	Norm-overdragende gesprekken of brieven	Aangifte bij het OM
2004	12	9	1	-	42
2005	14	25	3	-	38
2006	12	22	1	-	19
2007	77	10	2	269	13
2008	123	24	11	560	22
2009	59	242	38	1.605	15
2010	42	201	29	673	12
2011	19	64	102	919	11
2012	28	16	93	543	5
<b>Totaal</b>	<b>386</b>	<b>613</b>	<b>280</b>	<b>4.569</b>	<b>177</b>

Dit overzicht laat zien dat de AFM vaker andere maatregelen treft dan het opleggen van een bestuurlijke boete en veel meer informele (een gesprek of brief) dan formele maatregelen (een last onder dwangsom, een aanwijzing en de in-

<sup>257</sup> Volgens opgave in de jaarverslagen van de AFM (jaarverslag 2012, p. 34, jaarverslag 2009, p. 42 en jaarverslag 2008, p. 40).

trekking van de vergunning). In zoverre staat de bestuurlijk boete hoog in de sanctiepiramide van de AFM.<sup>258</sup>

In dit overzicht valt verder op dat de AFM veelvuldig een last onder dwangsom oplegt, met een opvallende piek in 2008. Uit de jaarverslagen valt op te maken dat de last onder dwangsom wordt toegepast om financiële instellingen te dwingen informatie te verstrekken, bijvoorbeeld om de AFM zo in de gelegenheid te stellen vast te stellen of de ontplooide financiële activiteiten toelaatbaar zijn (AFM 2012a, p. 48).<sup>259</sup> Ook geeft de AFM veelvuldig een aanwijzing. De piek in 2009 en 2010 is toe te schrijven aan financiële instellingen die nog niet hadden gereageerd op de aanschrijving van de AFM een *self assessment* uit te voeren, zo blijkt uit de jaarverslagen (AFM 2010, p. 44). Bovendien is een aanwijzing volgens de AFM vaak efficiënter dan het opleggen van een last onder dwangsom, aldus de jaarverslagen.

Verder valt op dat het aantal aangiftes dat de AFM doet bij het Openbaar Ministerie geleidelijk afneemt. Dit hangt samen met het toenemend gebruik van de bestuurlijke boete. In het jaarverslag over 2007 staat hierover het volgende (p. 37).

'De AFM komt minder vaak toe aan dit middel omdat zij nu over eigen (bestuursrechtelijke) bevoegdheden beschikt waar voorheen alleen de strafrechtelijke weg openstond, bijvoorbeeld in het toezicht op kredietreclames en ter voorkoming van marktmisbruik. De afname van het aantal aangiftes ging tot nu toe niet gepaard met een toename van het aantal bestuursrechtelijke sancties. [...] Te verwachten is dat het aantal boetes in 2008 hoger zal uitvallen dan in 2007.'

De toezichthouder hoeft kennelijk steeds minder een beroep te doen op het strafrecht, zoals de bedenkers van de bestuurlijke boete voor ogen hadden. Een medewerker van de AFM merkt hierover het volgende op (respondent 16).

'We kunnen nu meer marktmisbruikzaken zelf doen. Vroeger deden we aangifte bij het OM, dat is nu echt verschoven. Dat kunnen we nu beter, we heb-

---

<sup>258</sup> Ik doel hier op de zogenoemde piramide van Ayres en Braithwaite: Ayres, I. & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press. In deze metafoor staat het intrekken van de vergunning bovenaan in de piramide en overreding, bijvoorbeeld een normoverdragend gesprek, onderaan. Voor de AFM gaat dit beeld in elk geval in kwantitatief opzicht op.

<sup>259</sup> Zo ook Schermer (2012, p. 467).

ben er de expertise voor in huis en we zijn ook effectiever in verband met de publicatiemogelijkheid.’

Uit het overzicht komt ook naar voren dat de AFM de laatste jaren vaker lijkt te kiezen voor het intrekken van de vergunning, met een piek in 2011. Uit de interviews en het jaarverslag over 2011 kan worden afgeleid dat het hier ging om vergunningen van notoir slecht presterende financiële dienstverleners. Het intrekken van de vergunning kan worden beschouwd als de ultieme sanctie, als zelfs de boete geen effect sorteert.<sup>260</sup> Mogelijk ligt de piek hierdoor wat later in de tijd dan die bij de boetes.<sup>261</sup> In het jaarverslag staat hierover het volgende (p. 48).

‘Het gaat hier grotendeels om adviseurs en bemiddelaars die zonder vergunning niet langer activiteiten mogen verrichten op de financiële markt. Intrekking als maatregel kan volgen op ondermaats presteren. Het gaat hierbij vooral om de ‘onderkant’ van de markt, die bestaat uit ondernemingen die niet kunnen voldoen aan de eisen die de wet stelt.’

In het jaarverslag over 2009 staat een vergelijkbare verklaring (p. 44).

‘De AFM beoordeelt het als positief dat kwalitatief ondermaatse ondernemingen hun activiteiten staken’.

In een interview in NRC Handelsblad licht de voorzitter van de AFM deze ontwikkeling als volgt toe.<sup>262</sup> De toon die de voorzitter kiest geeft een indruk van de handhavingsstijl van de AFM, waarover later meer.

‘Wij hebben aan de onderkant van de markt van financiële dienstverleners vorig jaar meer dan honderd vergunningen ingetrokken. Dat is drie keer meer dan het jaar ervoor en dertig keer meer dan vijf jaar geleden. Die vergunningen hebben we ingetrokken nadat we het jaar ervoor flink met waarschuwingen gekomen zijn, en dan is het op een gegeven moment mooi geweest. We willen zo’n markt schoon hebben’.

Ten slotte valt op dat de AFM tegelijkertijd ook zeer veel informele maatregelen heeft getroffen, zoals het sturen van een zogenoemde normoverdragende brief of het voeren van een normoverdragend gesprek. Deze maatregel overtreft in

---

<sup>260</sup> De top van eerdergenoemde sanctiepiramide.

<sup>261</sup> Zo ook Schermer (2012, p. 468).

<sup>262</sup> NRC Handelsblad, 3 april 2012.

kwantitatief opzicht alle andere maatregelen.<sup>263</sup> De piek in 2009 hangt samen met een intensivering van het toezicht op informatieverstrekking, waaronder de zogenoemde kredietwaarschuwing in reclame-uitingen (AFM 2010, p. 45). Uit het jaarverslag van 2012 blijkt dat de AFM goede ervaringen heeft opgedaan met het opleggen van informele maatregelen. Het sluit aan bij eerdergenoemde wijziging van de handhavingsstrategie (AFM 2013, p. 35-38).<sup>264</sup> Schermer signaleert in haar analyse van het handhavingsbeleid van de AFM een verband tussen de afname van de formele maatregelen en de toename van de informele (Schermer, 2012, p. 468). Naar mijn mening fluctueert het gebruik van formele en informele maatregelen echter dusdanig, dat niet gesproken kan worden van communicerende vaten.

#### *Bezwaar en beroep*

Tegen een boetebesluit staat op basis van de Algemene wet bestuursrecht bezwaar en beroep open. In de jaarverslagen van de AFM is een overzicht opgenomen van de aantallen bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures. Die kunnen een indicatie geven van de acceptatie van de boetebesluiten. De overzichten zijn echter niet gespecificeerd per formele maatregel, waaronder de bestuurlijke boete. Wel valt uit de jaarverslagen op te maken dat in 2010 120 bezwaarschriften zijn ingediend, waarvan er 25 betrekking hadden op een bestuurlijke boete (AFM, 2011, p. 30). In 2011 hadden 28 van de 100 ingediende bezwaarschriften betrekking op een bestuurlijke boete (2012a, p. 50) en in 2012 12 van de 109 (AFM, 2013, p. 40). Het merendeel van de bezwaar- en beroepschriften wordt ongegrond verklaard, zo blijkt uit de overzichten in de jaarverslagen.

#### *Afstemming over bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke afdoening*

In deze paragraaf heb ik in vogelvlucht de toepassing geschetst van de boetebevoegdheid evenals de verhouding tot de toepassing van andere maatregelen. Eén van die andere maatregelen is afdoening door middel van het strafrecht, waarin tabel 2 inzicht geeft.

De financiële toezichthouders voeren hierover regelmatig overleg met de Belastingdienst/FIOD-ECD en het Openbaar Ministerie (het Functioneel Parket). In het zogenoemde Tripartiete overleg (TPO) stemmen zij de strafrechtelijke- en de bestuursrechtelijke op elkaar af. Dit overleg is in het leven geroepen op basis van een convenant om ongewenste interferentie van het bestuursrecht en het

---

<sup>263</sup> Zo ook Sachse (2013, p. 400).

<sup>264</sup> Zo ook Van Es en Verrest (2013, p. 98).

strafrecht te voorkomen (vgl. artikel 5:44 Awb).<sup>265</sup> Het convenant ziet vooral op onderlinge informatie-uitwisseling en afstemming over de wijze van afdoening.

Uit de vraaggesprekken met de medewerkers van de AFM komt naar voren dat vooral de ernstiger overtredingen voor het TPO worden geagendeerd, zoals overtredingen van de verbods- en gebodsbepalingen van de Wet op het financieel toezicht. De AFM agendeert haar zaken met een korte toelichting op bijzonderheden van de zaak en een afdoeningsvoorstel. Hoewel door de deelnemers aan het TPO enige inhoudelijke criteria zijn geformuleerd om de afdoeningskeuze te vergemakkelijken (nl. grove en structurele integriteitsschendingen, samenhang met georganiseerde criminaliteit), wordt de keuze in de praktijk vooral ingegeven door pragmatische overwegingen, zoals de beschikbare capaciteit, de wenselijkheid van een snelle reactie (bestuursrecht) of de noodzaak om dwangmiddelen toe te passen met het oog op de waarheidsvinding (strafrecht). Een andere reden om te kiezen voor strafrechtelijke afdoening is de nauwe samenhang met andere commune, strafbare feiten, zoals valsheid in geschrifte en oplichting. Aan de andere kant kan een bestuurlijke boete weer sneller worden opgelegd en openbaar worden gemaakt. Er bestaat geen formele richtlijnen of criteria zoals wel het geval is in het sociale zekerheids- of belastingrecht.<sup>266</sup> De afweging vindt plaats per geval. Het merendeel van de zaken die worden besproken in het TPO wordt bestuursrechtelijk afgedaan, vanwege de aard van die zaken en omdat de AFM over meer capaciteit beschikt. Alleen de uitzonderlijke, zware zaken worden door het Openbaar Ministerie in behandeling genomen.

## **4.2.2 De boetes onder de loep**

### **4.2.2.1 Accenten in de boetepraktijk**

Waar ligt het zwaartepunt in de boetepraktijk van de AFM en hoe is dat te verklaren? Zoals gezegd, zijn de meeste boetes opgelegd in het kader van het gedragstoezicht op financiële ondernemingen. In deze categorie zijn, in de onderzochte periode, veruit de meeste boetes opgelegd (98 van de 165 openbaar gemaakte boetes, circa 59%). Op de tweede plaats komen de boetes die zijn opgelegd in het kader van het gedragstoezicht op financiële markten (42 boetes, 25%).

---

<sup>265</sup> Het convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (*Stcrt.* 2009, 665).

<sup>266</sup> Zoals bijvoorbeeld de Richtlijnen aanmelding en afhandeling fiscale delicten, douane- en toeslagendelicten (Richtlijnen AAFD, voorheen de ATV-richtlijnen) (*Stcrt.* 2011, 11782) en de Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude (*Stcrt.* 2010, 9578).

### *Het verbeteren van de professionaliteit van de financiële dienstverlening*

Binnen het gedragstoezicht op financiële ondernemingen lag het accent weer op het verbeteren van de professionaliteit van de financiële dienstverlening.<sup>267</sup> Zo zijn relatief veel boetes opgelegd wegens schending van de adviesregels voor financiële dienstverleners (de informatie-inwinplicht en passend adviesplicht, artikel 4:23, eerste lid, onder a en b, Wft) en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders (de informatie-inwinplicht en de plicht om geen onverantwoord krediet te verstrekken, artikel 4:34, eerste en tweede lid, Wft en 115, eerste lid, BGfo). Een professionele dienstverlening brengt onder meer met zich mee dat een passend advies wordt gegeven over een financieel product, op basis van een grondige analyse van de situatie van de klant in kwestie, de zogenoemde 'Ken uw klant-verplichting'. Het houdt ook in dat onverantwoorde kredietverstrekking wordt vermeden, door eerst een grondige klantanalyse uit te voeren en de kredietverlening te toetsen aan acceptatiecriteria die er op gericht zijn overkreditering te voorkomen. Dit wordt ook wel de zorgplicht genoemd voor financiële dienstverleners ten aanzien van hun cliënten. Vooral in de periode 2009-2010 heeft dit type boete een hoge vlucht genomen: 23 in 2009 en 24 in 2010; precies de periode dat de AFM zijn eerdergenoemde 'punitieve piek' kende.<sup>268</sup>

#### Ratio zorgplicht financiële dienstverleners

De zorgplicht voor financieel dienstverleners brengt met zich mee dat die zich, in het belang van de consument of zijn cliënt, dient te verdiepen in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid van de consument of cliënt, voor zover relevant voor het advies. Dit wordt ook wel de 'Ken uw klant-beginsel' genoemd.<sup>269</sup> Op basis hiervan dient de financiële dienstverlener een cliëntprofiel op te stellen, om vervolgens daarmee rekening te houden bij het uitbrengen van zijn advies (artikel 4:23, eerste lid, a en b, Wft). Voor aanbieders van krediet geldt een zorgplicht. Zij dienen, in het belang van de consument, informatie in te winnen over diens financiële positie, waaronder inkomen, vermogen en vaste lasten. Vervolgens dient de aanbieder, op basis van de ingewonnen informatie, te beoordelen of het aangaan van de kredietovereenkomst of de verhoging van bestaand krediet verantwoord is, ter voorkoming van overkreditering. Indien dit niet

<sup>267</sup> Zo ook Schermers, 2012, p. 467

<sup>268</sup> De voorschriften voor zorgvuldige dienstverlening zijn al vanaf 2006 van kracht, eerst op basis van de Wfd en later de Wft, waarin de Wfd is opgegaan.

<sup>269</sup> Te onderscheiden van de 'Ken uw klant-verplichting' uit de Wtt en de Wwft (Stijnen, 2012, p. 17). Voor bemiddelaars is de zorgplicht terug te voeren op de Richtlijn verzekeringsbemiddeling (Richtlijn 2002/92/EG).



het geval is, ziet de aanbieder daarvan af (Van den Hurk, 2010, p. 534-535; Stijnen, 2012, p. 17 en 19; Van Eersel, 2013, p. 19).<sup>270</sup> Dit voorschrift is bedoeld om de consument te beschermen en in staat te stellen beter onderbouwde keuzes te maken, door het waarborgen van een zorgvuldige behandeling en adequate informatievoorziening. De consument staat immers veelal op een kennis- en informatieachterstand bij de beoordeling van het aangeboden financiële product (Scheltema & Scheltema, 2009, p. 96-97; Boots, Eisma & Schoenmaker, 2010, p. 11-12; de Jong, 2011, p. 159).<sup>271</sup>

#### *Risicoanalyse als basis voor deze prioriteitstelling*

Het relatief hoge aantal eerdergenoemde boetes vloeit voort uit de thematische en risico gestuurde aanpak van het toezicht door de AFM. Zij heeft zich, op basis van maatschappelijke signalen en marktanalyses, ten doel gesteld de professionaliteit van de financiële dienstverlening waar nodig te verbeteren. Eén en ander in het belang van de consument. Zo verrichtte de AFM thematisch onderzoek naar de wijze van kredietverstrekking en de kwaliteit van het adviesproces bij hypotheek en bij beleggingsverzekeringen.<sup>272</sup> Uit die onderzoeken kwam naar voren dat er aan consumenten nog te gemakkelijk een onverantwoord hoog krediet kon worden verstrekt. Ook de kwaliteit van het advies was volgens de AFM voor verbetering vatbaar, in het bijzonder op het punt van het inwinnen en vastleggen van cliëntgegevens en het, door middel van een onderlinge vergelijking, inzichtelijk maken van financiële producten.

De jaarverslagen geven aardig inzicht in de motieven van de AFM en haar actieve opstelling op dit punt. Zo staat in het jaarverslag over 2009 (p. 50 resp. 52) het volgende.

---

<sup>270</sup> Als het advies leidt tot een overeenkomst, dient de adviseur de verzamelde informatie één jaar te bewaren (artikel 32 BGfo).

<sup>271</sup> Per 1 januari 2014 geldt een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners (artikel 4:25a Wft) als aanvulling en vangnet op de reeds bestaande voorschriften voor zorgvuldige dienstverlening in de Wft (*Stb.* 2103, 487). Zij dienen voortaan 'op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht te nemen' (Opbergen, 2013, p. 20; Lieverse, 2013, p. 224).

<sup>272</sup> Verantwoorde kredietverstrekking, AFM 2006. Beleggingsverzekeringen, AFM 2006. Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek. Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, AFM 2007. Beleggingsverzekeringen, kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen, AFM, 2008. De risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers. DNB en AFM, 2009. Kwaliteit advies tweede pijler pensioen, AFM 2010. Zo ook Stijnen, 2011, p. 28 en Van Erve, 2011, p. 113-114.

'De AFM besteedde in 2009 veel aandacht aan de verbetering van de algehele kwaliteit van het financieel advies. De druk om te veranderen is groot. De AFM streeft naar zichtbare verbetering van het algemene adviesniveau, het deskundigheidsniveau en de kwaliteit van de bedrijfsvoering van adviseurs en bemiddelaars.'

'Om een eerlijk speelveld te creëren waarop alle adviseurs en bemiddelaars op de juiste manier kunnen opereren, is het van belang dat slechte partijen van deze markt worden geweerd. [...] Een groot deel van de toezichtsinspanning tegen de 'rotte appels' was gericht op slecht tot zeer slecht advies aan consumenten.'

In het jaarverslag van 2010 gaat de AFM nader in op de maatschappelijke urgentie van de taak die zij zichzelf heeft gesteld (p. 41).

'Veel consumenten ontbreekt het aan gedegen financiële kennis. Bij de aanschaf van een financieel product is goed financieel advies daarom van essentieel belang. De kwaliteit van dit advies is daarom een speerpunt in het toezicht van de AFM in 2010. Onderzoeken wezen op een zichtbare verbetering, maar de noodzakelijke cultuuromslag onder adviseurs vereist verdere inspanningen om op een kwalitatief hoger niveau te komen.'

In aanvulling hierop geven de vraaggesprekken met de medewerkers van de AFM inzicht in de keuzes van de AFM (respondent 14).

'Het was een beleidskeuze om financiële ondernemingen op de korrel te nemen. Daar komen de boetes uit voort, maar ook andere maatregelen. Deze boetes [aan financiële dienstverleners, AM] zijn een na-ijleffect van de keuze om dit marktsegment te reguleren.'

De vraaggesprekken geven een aardig kijkje in de keuken van de toezichthouder. Hoe is de betreffende prioriteitstelling tot stand gekomen? Daarbij blijkt niet alleen het maatschappelijk belang een rol te spelen, maar ook dat van de toezichthouder zelf (respondent 14).

'De zaken waarin wordt voorgesteld een boete op te leggen komen voort uit zelf aangebrachte accenten in het toezicht, bijvoorbeeld op basis van eigen brancheonderzoek. Maar ook uit meldingen door derden [...], of door instructies van het bestuur om aan bepaalde maatschappelijke problematiek iets te doen, bijvoorbeeld overkreditering. Het bestuur acht het dan nodig om de markt een signaal te geven en de eigen zichtbaarheid te vergroten.'

Opvallend zijn de normatieve bewoordingen waarin de medewerkers zich uitlaten over de noodzaak tot verbetering van de kwaliteit van de financiële dienstverlening. Kennelijk voelen zij zich sterk betrokken bij de zaak. Zij geven daarmee ook inzicht in hun dieperliggende motieven en beweegredenen als toezichthouder. Bijvoorbeeld als jager: 'het op de korrel nemen van financiële ondernemingen' (respondent 12) als puinruimer: 'het opruimen van de markt', 'up or out' of als redder in nood: 'het op de bres springen' (respondent 16).<sup>273</sup>

'Ik vind dat je op heel hoog niveau moet adviseren, want het gaat om een groot deel van het inkomen van de consument over een langere tijd. [...] Een overtreding van artikel 4:23 vind ik zwaar. Er is sprake van een grote kennisachterstand bij consumenten. Een adviseur hoort die achterstand te overbruggen. De AFM beschermt de consument en de goede adviseurs tegen de slechte. De AFM springt in de bres. Wij ruimen de onderkant van de markt op. Het is up or out. Wie niet leren wil, moet maar stoppen. In zoverre zijn we ook aan het opvoeden.'

'Deze jongens zijn zo ver over de grens gegaan. Dit is echt de onderkant van de markt. Hier mogen we streng zijn, dit zijn de zwakke broeders. Er zijn circa 11.000 bemiddelaars. Uit ons onderzoek [kwaliteit advies hypotheek, AM] blijkt dat gemiddeld 75% goed adviseert. De rest dus niet.'

Een ander voegt hier het volgende aan toe (respondent 12).

'Je moet wel de regels kennen, een vergunning heb je niet voor niets. Je moet wel professioneel je vak uitoefenen. Zwakke broeders werken we zo [door het opleggen van boetes, AM] uit de markt.'

#### *Het bewaken van de spelregels op financiële markten*

In mindere mate lag het accent op het gedragstoezicht op financiële markten. In dit kader is ruim de helft minder boetes opgelegd. De meeste boetes zijn opgelegd in verband met schending van de meldingsplicht voor aandeelhouders en bestuurders van wijzigingen in hun zeggenschap of kapitaalbelang in een onderneming (artikel 5:38 en 5:48 Wft), marktmanipulatie (artikel 5:58, eerste lid, Wft) en schending van de plicht tot openbaarmaking van voorwetenschap (artikel 5:59, eerste lid, Wft (oud) en artikel 5:25i, tweede lid, Wft).

---

<sup>273</sup> Vergelijk de wijze waarop Wesseling in zijn oratie 'De kartelhel' in 2010 vergelijkbare uitspraken van Eurocommissaris Kroes kenschetste, namelijk 'if you cheat, you will get a heavy fine': '[...], dit is de taal van een aanklager in het strafrecht. De boodschap is er een van diep gewortelde morele verontwaardiging over de oplichting van klanten en consumenten. Het kartelrecht is daarom de facto al gecriminaliseerd [...]'. (2010, p. 14-15).

Het geringe aantal boetes houdt vermoedelijk verband met de relatief geringere omvang van dit marktsegment, waarin bovendien veelal professionele marktpartijen opereren. Daarnaast zullen dit soort overtredingen ook lastiger te detecteren zijn. Zo betreft de doelgroep niet uitsluitend vergunningplichtigen en zijn de overtredingen meer incidenteel. Zo zegt een advocaat over deze overtredingen (in vergelijking met de zorgplicht voor financiële dienstverleners) (respondent 21):

‘Het opsporen van marktmisbruik is arbeidsintensiever en lastiger, de zorgplicht is een dagje dossieronderzoek op locatie. Bovendien zijn grote financiële instellingen ook professioneler, ze hebben een compliance functie en voeren intern discussie over de grenzen van de norm. Ze hebben hun zaken meestal beter op orde.’

Uit de jaarverslagen komt naar voren dat de AFM in dit segment van het financieel toezicht zich terughoudender opstelt en de functie vervult van marktmeester. Als een neutrale scheidsrechter bewaakt het de regels van het spel, die een transparante en evenwichtige marktwerking moeten garanderen. Zo staat er in het jaarverslag over 2010 (AFM, p. 65) en 2011 (AFM, p. 76):

‘Voor een eerlijke en efficiënt functionerende markt is marktintegriteit van groot belang. Als het vertrouwen in de markt ontbreekt, kan dit tot gevolg hebben dat beleggers en kapitaalvragers niet langer bereid zijn actief te handelen op de kapitaalmarkten. Het is daarom ook belangrijk dat beleggers erop kunnen vertrouwen dat wordt opgetreden tegen marktmisbruik.’

‘Omdat het voor beleggers juist in turbulente tijden van het grootste belang is dat zij kunnen vertrouwen op het goed functioneren van de markten, heeft de AFM extra aandacht besteed aan het tijdig publiceren van koersgevoelige informatie.’

De medewerkers van de AFM zien zichzelf in dit opzicht als marktmeester. De bestuurlijke boete speelt daarbij voor hen daarbij wel een belangrijke rol. Zij stellen daarmee een voorbeeld en markeren de norm. Tegelijkertijd proberen ze daarmee ook hun eigen gezag te versterken (respondent 20).

‘Wij garanderen een evenwichtige marktwerking. Ordelijke marktwerking door middel van een boete. [...] In het geval van misbruik van voorwetenschap is er altijd een benadeelde partij en is er schade. De AFM is marktmeester. Een boete schrikt af en is van belang voor het gezag van de AFM. Je krijgt een zuiverder marktwerking door een voorbeeldfunctie te vervullen en een norm-

stellende functie. Een boete scherpt andere uitgevende instellingen de norm in.'

#### 4.2.2.2 De zwaarte van de overtredingen

Zoals uiteengezet in de voorgaande hoofdstukken, werd in de beleidsstukken ter onderbouwing van de introductie van de bestuurlijke boete benadrukt dat de bestuurlijke boete moest worden benut voor de afhandeling van lichte en veelvoorkomende overtredingen van de sociaaleconomische ordeningswetgeving (de 'onderkant' van het sociaaleconomisch ordeningsrecht). Zware overtredingen zouden dan strafrechtelijk kunnen worden afgedaan (vergelijk hoofdstuk 2).

##### *Ernst overtredingen*

Uit de openbaar gemaakte boetebesluiten komt echter naar voren dat de AFM de bestuurlijke boete anders gebruikt dan de beleidsmakers destijds voor ogen stond. De AFM blijkt de bestuurlijke boete maar ten dele in te zetten voor lichtere overtredingen, dat wil zeggen overtredingen die vallen in de lage- of midden categorie. In net iets meer dan de helft van de gevallen heeft de AFM een boete opgelegd (84, 51%) voor ernstiger overtredingen, dat wil zeggen overtredingen die zijn ingedeeld in de hoogste boetecategorieën, kernbepalingen in het financieel toezicht.<sup>274</sup> In tegenstelling tot de veronderstelling, past de AFM de bestuurlijke boete dus niet uitsluitend toe aan de 'onderkant' van het financieel toezichtrecht, maar over de hele linie.

Deze ontwikkeling is ook wel gesignaleerd in de literatuur. Al snel na de invoering van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht merkte Tillema op dat het in het financieel toezicht niet draait om eenvoudige routinezaken. Volgens hem kunnen veel overtredingen als ernstig worden aangemerkt, bijvoorbeeld het verlenen van financiële diensten zonder vergunning of marktmisbruik. Ook staan er vaak grote financiële belangen op het spel (2000, p. 1201). Later constateren Verhey en Verheij dat de oorspronkelijke criteria van de commissie Kortmann,

---

<sup>274</sup> Boetes die vallen in categorie 4 en 5 (oud) en 3 (nieuw) van de Wft c.a. (BGfo) en categorie 5 en 6 van het Bta merk ik gelet op de boetesystematiek aan als hoog. De boetes die zijn opgelegd op basis van de Colportagewet merk ik eveneens aan als hoog. Die wet kent weliswaar geen tariefstelsel, maar de (maximale) boetehoogte is vergelijkbaar met de Wft (oud). De boetes die zijn opgelegd op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming kennen evenmin een tariefstelsel, maar zijn wat betreft het (maximale) boetebedrag te vergelijken met categorie 2 Wft (nieuw) en dus niet meegerekend. De boetes die zijn opgelegd op basis van de Pensioenwet zijn evenmin meegerekend omdat zij een basisbedrag kennen dat vergelijkbaar is met categorie 2 Wft (nieuw).

namelijk dat een overtreding relatief eenvoudig moest zijn vast te stellen en een geringe morele lading zou moeten hebben (vergelijk hoofdstuk 2), in de praktijk van het toezicht op (financiële) markten zijn verlaten (2005, p. 259). Ook Stijnen stelt nog eens vast dat het bij bestuurlijke boetes, onder meer in het kader van het financieel toezicht, al lang niet meer gaat om 'duidelijke normen van licht gewicht', zoals ooit het geval was bij de WAHV (2011, p. 7).

#### *Frequentie overtredingen*

De frequentie van de overtredingen die de AFM heeft beboet is minder duidelijk. Al met al lijken het geen overtredingen die routinematig kunnen worden afgedaan, gelet op het feitenonderzoek dat voorafgaat aan het vaststellen van de eventuele overtreding.

#### **4.2.2.3 De opstelling van de AFM**

Hoe kan het gebruik van de boetebevoegdheid door de AFM worden gekenschetst, in het licht van het voorgaande? Duidelijk is dat de AFM veelvuldig en doelbewust gebruik maakt van haar boetebevoegdheid. Hoe typeert de AFM zichzelf?

#### *The tone at the top*

Verschillende bestuurders van de AFM hebben zich hierover uitgelaten in de media en op congressen. Zo zei de toenmalig bestuursvoorzitter in een interview in 2010 het volgende over de uitstraling van de AFM.<sup>275</sup>

'Gezien het feit dat er nog best veel mis gaat, zou het raar zijn als wij nog steeds op tien boetes per jaar zouden zitten. Dan deden we ons werk niet goed. We hebben er doelbewust aan gewerkt een stevige toezichthouder te zijn en ik denk dat we ook als zodanig worden gezien. Dat is het beeld dat we willen hebben. Er was een tijd dat de politie zei: 'De politie is je beste vriend'. Dat zorgde niet voor de juiste uitstraling. Politie moet gezag uitstralen.'

In zijn speech voor het VIDE-jaarcongres in 2012, beschreef de toenmalig bestuursvoorzitter de AFM als een missie gedreven organisatie (p. 5). Zo zei hij onder meer het volgende.

'We zijn er niet voor niets, we hebben een opdracht. [...] Het optreden van de AFM is dan ook risico gestuurd en doelgericht. Assertief en communicatief.'

---

<sup>275</sup> Interview Hans Hoogervorst met Jan Beuvink, 23 december 2010. VNO-NCW Online. Te raadplegen via: [www.vno-ncw.nl](http://www.vno-ncw.nl).

Nog weer later kenschetste een bestuurder van de AFM in het relatiemagazine van de AFM de benadering van de AFM als volgt (AFM, 2012b, p. 2).

‘Een activistische kijk op onze missie ‘Eerlijke en transparante financiële markten’, is wat de AFM in toenemende mate is gaan kenschetsen’.

Kortom, in de ogen van de top is de AFM doelgericht, assertief en activistisch. Zij straalt gezag uit. Ook een medewerker van de AFM (respondent 16) beschrijft het optreden van de AFM in die geest.

‘Aan de andere kant is dit wel de taak van de AFM: normen stellen, opvoeden, niet te voorzichtig. Ik zie mezelf meer als een officier van justitie dan als een rechter. De zichtbaarheid van de sanctie moet leiden tot gedragsbeïnvloeding. Ik richt me tot de overtreder.’

#### *Beeld advocatuur*

De geïnterviewde advocaten op hun beurt herkennen deze stijl van de AFM. ‘De AFM voert een saneringsstrategie’, zo merkt een advocaat (respondent 28) op over de opstelling van de AFM ten aanzien van financiële dienstverleners. ‘De AFM werkt thematisch, beleidsmatig. Het treedt op tegen maatschappelijke misstanden’ stelt een andere advocaat (respondent 24). ‘De AFM voert een speerpuntenbeleid, zij laat zich leiden door de maatschappelijke behoefte’ (respondent 31). ‘De AFM is een goed geoliede handhavingsmachine’ (respondent 29). Deze advocaten zijn nog betrekkelijk neutraal in hun beschrijving van de opstelling door de AFM.

De volgende zijn kritischer, waarbij niet uit het oog moet worden verloren welk type cliënten zij doorgaans vertegenwoordigen. Zij zien de actieve opstelling van de AFM meer als doel op zichzelf, dan als middel om de naleving te beïnvloeden. Zo vertellen zij (respondent 32, resp. 22) het volgende.

‘De AFM legt een boete ook op om aan het publiek duidelijk te maken wat zij doet. De boete is dan bedoeld om een punt te maken. Er is beleid en dan wordt er een zaak bij gezocht. Het gaat de AFM eerder om de publicatie dan om het bedrag.’

‘Er lijkt wel sprake van een impliciete boeteproductionnorm. De inzet is om een boete op te leggen, ik vergelijk het wel met de boetequota van de politie. De toezichthouder is bijna religieus, zo sterk geloven ze in het belang van hun werk. Bij twijfel zetten ze toch door, dat zou de strafrechter nooit doen.’

Nog een andere advocaat wijst op het ‘verkillend effect’ van het gebruik van de bestuurlijke boete op de verhouding toezichthouder – onder toezicht gestelde (respondent 23).

‘Vroeger was men geneigd elkaar te ontzien. Een opgetrokken wenkbrauw was bij wijze van spreken al genoeg. De toezichthouder had van nature gezag, het hoefde niet met wapentuig te komen. Het was ook heel ongebruikelijk om te procederen tegen de toezichthouder. Nu zit het wapentuig losjes in de broekzak. Er hoeft maar iets fout te gaan en er volgt al een boete. Dit leidt tot verkramping en een verslechtering van de onderlinge verhoudingen. Men is benauwd voor een boete, dus minder open over de eigen kwetsbaarheden. Bevordert dit nu de naleving?’

Ook in verschillende onderzoekscommissies is de opstelling van de AFM aan de orde geweest. In dat verband werd zelfs gesproken van een arrogante of agresieve handhavingstijl (Cie Onderzoek DSB Bank, 2010, p. 254; Scheltema, 2010, p. 4; Blocks tijdens de commissieverhoren van de commissie De Wit I, *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 172). Zij zijn geneigd deze stijl toe te schrijven aan de behoefte van de relatief jonge toezichthouder om zichzelf te profileren.

#### *Een activistische en instrumentele stijl*

De AFM treedt dus sterk op de voorgrond en zet het zijn formele bevoegdheden actief in (Scheltema, 2010, p. 4; Ministerie van Financiën, 2010b, p. 11; Van Eersel, 2013, p. 58-59 en 114). De opstelling door de AFM is goed te begrijpen vanuit de aard van het gedragstoezicht dat het is opgedragen. Dat staat immers in het teken van het bevorderen van transparantie, het opheffen van informatie-asymmetrie en bescherming van consumenten (vergelijk hoofdstuk 3). Het is dan ook gebaat bij het in alle openheid scherp markeren van de norm (Scheltema, 2010, p. 4; Van Eersel, 2013, p. 58-59). Hierdoor weten consument en financiële dienstverlener waar ze aan toe zijn. Het past ook in het punitieve klimaat, waarin een actieve houding wordt verwacht van de toezichthouder (vergelijk hoofdstuk 1).

De opstelling van de AFM zou, aan de hand van het beeld dat oprijst uit het voorgaande, vooral op het punt van het gedragstoezicht voor financiële ondernemingen, kunnen worden getypeerd als activistisch en instrumenteel. Activistisch, omdat zij veelvuldig een boete oplegt om potentiële overtreders af te schrikken.<sup>276</sup> Instrumenteel, omdat de AFM het boete-instrument, in het bijzonder in het kader van het gedragstoezicht voor financiële ondernemingen, actief inzet

---

<sup>276</sup> Zo ook Van Stokkom (2004, p. 17-18) en Van Eersel (2013, p. 57).



om de kwaliteit van de financiële dienstverlening te verbeteren.<sup>277</sup> De AFM is hier op een missie, het heeft zich ontpopt tot een actieve beschermer van de zwakkere consument, door streng te toetsen of wordt voldaan aan adviesregels voor financiële dienstverleners en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders. De AFM gaat zelfs nog een stapje verder door, met behulp van de bestuurlijke boete, onprofessionele financiële dienstverleners, die opereren aan de ‘onderkant van de markt’, van de markt te weren.

### 4.3 Het besluit tot het opleggen van de boete

In deze paragraaf ga ik in op de afweging van belangen bij het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete als zodanig.<sup>278</sup> Eén en ander in het licht van het handhavingsbeleid van de AFM en wat betrokkenen als verweer naar voren hebben gebracht in het kader van hun zienswijze op het voorgenomen boetebesluit. Een belangrijke bron hiertoe is dan ook de onderbouwing van de boetebesluiten.

Uit de onderbouwing van de boetebesluiten komen drie thema’s naar voren waarop de belangenafweging zich toespitst: de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding, de invulling van de open norm, in het bijzonder de zorgplicht voor financiële dienstverleners en de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de proportionaliteit. Ik houd deze thema’s aan bij mijn analyse van de belangenafweging in deze paragraaf.

Waar mogelijk sta ik ook stil bij de beoordeling van de betreffende of een vergelijkbare zaak door de rechtbank of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat veel van de onderzochte boetebesluiten vergelijkbaar zijn, behandel ik in het onderstaande een selectie van exemplarische zaken, die inzicht geven in de motieven en de belangenafweging door de AFM. Het jaartal en nummer van de boete verwijst naar bijlage 3, waarin de boetebesluiten op een rij zijn gezet. Voorschriften, tegen schending waarvan veelvuldig met een boete wordt opgetreden, licht ik in een kader kort toe.

#### *Het handhavingsbeleid*

Als vertrekpunt voor dit hoofdstuk zet ik de hoofdpunten van het handhavingsbeleid van de AFM uiteen.<sup>279</sup> In het gemeenschappelijk handhavingsbeleid van de

---

<sup>277</sup> Van Eersel spreekt in dit verband van een opvoedende handhavingsstijl (2013, p. 57).

<sup>278</sup> Voor de goede orde: de beoordeling van de feiten in het licht van de wet (de kwalificatie) en de wijze waarop de AFM het onderzoek zou hebben uitgevoerd laat ik dus buiten beschouwing. Het bepalen van de hoogte van de boete komt in de volgende paragraaf aan de orde.

<sup>279</sup> *Stcr.* 2008, 132, p. 30.

AFM en DNB is namelijk een aantal uitgangspunten geformuleerd voor het gebruik van de beschikbare handhavingsbevoegdheden en -instrumenten (paragraaf 3). Zo wordt gesteld dat indien de toezichthouder bekend raakt met een overtreding, daaraan in beginsel een einde dient te worden gemaakt. Er wordt dus niet gedoogd, hetgeen onverlet laat dat de toezichthouder prioriteiten moet kunnen stellen met het oog op de beschikbare capaciteit (paragraaf 3.c) (Van Eersel, 2013, p. 112). Een tweede uitgangspunt is dat het optreden in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (paragraaf 3.e). Ter illustratie worden genoemd het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van evenwichtige belangenafweging en het gelijkheidsbeginsel. Volgens het handhavingsbeleid impliceren die beginselen dat de te treffen maatregelen in overeenstemming dienen te zijn met de ernst en aard van de overtreding en de overige omstandigheden van het geval. Verder dient volgens het handhavingsbeleid in iedere afzonderlijke zaak een afweging plaats te vinden van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen en worden de handhavingsinstrumenten op consistente wijze ingezet. Verder is van belang de vermelding in het handhavingsbeleid dat de toezichthouder bij de besluitvorming over de inzet van een handhavingsinstrument, de volgende (niet limitatieve en niet imperatieve) factoren betreft, indien en voor zover in het concrete geval van toepassing (paragraaf 4.e):

- eventuele recidive;
- de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;
- de mate van benadeling van derden en of die door de overtreder eigener beweging zijn gecompenseerd;
- de mate van het uit de overtreding verkregen voordeel;
- de eventuele beëindiging van de overtreding door de overtreder uit eigen beweging;
- de duur van de overtreding;
- de aan het onderzoek verleende medewerking;
- de financiële draagkracht van de overtreder;
- het economisch effect van de toezichtmaatregel op de overtreding;
- de marktverstoring door de overtreding;
- de schending van het vertrouwen in de markt.

In mei 2011 hebben de AFM en DNB een nadere toelichting op het handhavingsbeleid gepubliceerd op hun website. Aanleiding hiertoe was de onduidelijkheid die leefde bij de onder toezicht gestelden over de afwegingen van de AFM en DNB bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument. De AFM en DNB wilden met de toelichting, aan de hand van cijfermatige voorbeelden, nog eens duidelijk maken dat lang niet op elke overtreding een formele maatregel volgt, maar dat het merendeel van de zaken wordt afgedaan met een informele maatregel (vergelijk paragraaf 4.2.1). Van belang voor de keuze tussen een

formele en informele maatregel is de mate van op *compliance* gericht gedrag van financiële onderneming, aldus de toelichting. De AFM en DNB hechten daaraan naar eigen zeggen veel waarde: de mate waarin er binnen de financiële onderneming een cultuur heerst die is gericht op *compliance*, met andere woorden een integere cultuur (Van Es & Verrest, 2013, p. 103). In de toelichting adstrueren zij dit met enkele voorbeelden.<sup>280</sup>

Mijns inziens zijn eerdergenoemde factoren uit het handhavingsbeleid terug te brengen tot drie kernpunten die een rol spelen bij het besluit om een boete op te leggen (en de hoogte daarvan te bepalen), die ik mede ontleen aan De Moor-Van Vugt (1994, p. 206-208): de ernst, de verwijtbaarheid en de draagkracht. Onder de ernst vallen dan de financiële gevolgen van de overtreding (dat wil zeggen het verkregen voordeel en de benadeling van derden), de duur van de overtreding en de maatschappelijke gevolgen (dat wil zeggen het economisch effect, de marktverstoring en de schending van het vertrouwen in de markt). Deze aspecten vertegenwoordigen het algemeen belang. Daar tegenover staan de belangen van de overtreder. Zo vallen onder de verwijtbaarheid aspecten die betrekking hebben op de overtreder, zoals zijn houding en nalevingsgedrag (dat wil zeggen recidive, de eventuele beëindiging van de overtreding uit eigen beweging, de getroffen reparatoire en compensatoire maatregelen en de aan het onderzoek verleende medewerking). De ernst en verwijtbaarheid spelen zowel een rol bij het besluit om een boete op te leggen als bij het bepalen van de hoogte. Die komen dus in deze (4.3) en de volgende (4.4) paragraaf aan de orde, de draagkracht speelt alleen een rol bij het bepalen van de hoogte van de boete (paragraaf 4.4).

#### **4.3.1 De ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding**

In hun reactie op het voorgenomen boetebesluit, in het kader van hun zienswijze, stellen betrokkenen allereerst de ernst en/of verwijtbaarheid van de overtreding ter discussie, door een beroep te doen op één of meer wegingsfactoren uit het handhavingsbeleid.<sup>281</sup>

---

<sup>280</sup> Of zij er in zijn geslaagd de gevraagde duidelijkheid te verschaffen, moet worden betwijfeld gelet op de kritische reacties op de toelichting in de rechtswetenschappelijke literatuur. Zo blijft volgens Leliveld onduidelijk wat de AFM verstaat onder een op *compliance* gerichte cultuur: betekent dat een proactieve cultuur, gericht op *full compliance* of kan worden volstaan met een reactieve cultuur, waaronder adequate reparatie achteraf (2011, p. 237 en 239)? Ook Sachse vraagt zich af of de toelichting en de gegeven voorbeelden veel duidelijkheid toevoegen (2013, p. 403).

<sup>281</sup> Ook stellen zij doorgaans hun draagkracht aan de orde, zoals gezegd komt dit aspect in paragraaf 4.4 aan de orde.

In het onderstaande ga ik in op de wijze waarop de AFM de ernst en de verwijtbaarheid weegt, in het licht van haar handhavingsbeleid en het verweer van betrokkenen.

#### 4.3.1.1 De ernst

Uit de beschikbare boetebesluiten blijkt dat betrokkenen de ernst van de overtreding ter discussie proberen te stellen door aan te voeren dat de financiële of maatschappelijke gevolgen van hun handelen (*in concreto*) te verwaarlozen zou zijn.

##### *De financiële gevolgen van de overtreding*

Zo is er een groep financiële instellingen die aanvoerde dat als gevolg van hun handelen geen consumenten of cliënten zouden zijn benadeeld dan wel dat zij zelf geen substantieel voordeel zouden hebben behaald. De AFM stelde hier echter tegenover dat dit op zichzelf genomen niet hoeft te betekenen dat van het opleggen van een boete moet worden afgezien. Benadeling van consumenten is volgens de AFM immers geen voorwaarde voor het opleggen van een boete. Bovendien zou benadeling *in abstracto* niet zijn uit te sluiten, door het enkele feit dat een overtreding is gepleegd, bijvoorbeeld het bemiddelen zonder vergunning.<sup>282</sup> Los daarvan, blijkt de AFM in deze gevallen groter belang te hechten aan de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding.<sup>283</sup> In het boetebesluit dat is opgelegd aan financiële dienstverlener Global Marketing Solutions BV (GMS) (artikel 4:23, eerste lid, Wft) zette de AFM dit bijvoorbeeld als volgt uiteen (2010/13, p. 15).<sup>284</sup>

‘Gelet op de ernstige overtredingen door GMS van artikel 4:23, eerste lid, Wft heeft de AFM geen doorslaggevende betekenis toegekend aan het feit dat geen sprake is van recidive, GMS door de overtreding geen voordeel heeft verkregen, GMS volledige openheid van zaken heeft gegeven en geen sprake is van enigerlei marktverstoring. De relevantie van deze factoren is in het onderhavige geval bij de bepaling van de handhavingsmaatregel voor overtreding van artikel 4:23, eerste lid, Wft minder beduidend dan de ernst en omvang van de overtreding en de hoge mate van verwijtbaarheid.’

---

<sup>282</sup> Bijvoorbeeld NCIC BV (2012/3, p. 16).

<sup>283</sup> Bijvoorbeeld Mr Credit BV (2010/11, p. 11) en Decapolis BV (2010/12, p. 9).

<sup>284</sup> De rechtbank Rotterdam komt in deze zaak tot een vergelijkbaar oordeel (Rb Rotterdam, 25 augustus 2011, L/JN BR6440).

De overtredingen hadden volgens de AFM in dit geval een structureel karakter en de geadviseerde producten waren langlopend en zeer risicovol, terwijl de cliënten een hoge leeftijd hadden en een lage risicobereidheid.

#### *De maatschappelijke gevolgen van de overtreding*

Andere financiële instellingen voerden in dit verband aan dat hun handelen geen marktverstoring tot gevolg zou hebben gehad en evenmin het vertrouwen in de markt zou hebben geschaad.<sup>285</sup> Volgens de AFM kan er (*in abstracto*) wel degelijk sprake zijn van marktverstoring, doordat een overtreder door middel van de overtreding een bepaalde, gunstige marktpositie zou kunnen verkrijgen of behouden. Daarom is handhaving nu juist aangewezen, aldus de AFM. Over de mogelijke invloed van de overtreding op het vertrouwen in de markt merkte de AFM in het boetebesluit aan DSB Bank NV, wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid, Wft en artikel 115, eerste lid, BGfo, het volgende op (2009/10, p. 14-15 en 2009/37, p. 11-12).

‘Hoewel het effect van onverantwoord hoge kreditering niet direct zichtbaar hoeft te zijn, dient voorkomen te worden dat op langere termijn hypotheekrenten niet betaalbaar blijken. Zo kan het stijgen van de hypotheekrente zeer substantiële effecten hebben. De doorwerking van dat effect in het inkomen van consumenten is groter naarmate het hypotheekkrediet hoger is. Wanneer publiekelijk zichtbaar wordt dat steeds grotere groepen consumenten gedwongen worden hun huis te verkopen, kan dat het vertrouwen in de markt aanmerkelijk schaden.’

#### **4.3.1.2 De verwijtbaarheid**

Vaker nog dan op het ontbreken van de ernst, doen betrokkenen een beroep op de verminderde verwijtbaarheid, zo blijkt uit de beschikbare boetebesluiten. De aangevoerde verweren komen er op neer dat de overtreding niet opzettelijk zou zijn begaan. In het verlengde daarvan wordt aangevoerd dat de norm onduidelijk zou zijn. Ook beroepen zij zich op hun op *compliance* gerichte houding en gedrag (dat wil zeggen geen recidive, medewerking verleend aan het onderzoek).

#### *De opzet bij de overtreding*

Een groep financiële instellingen voerde in dit verband aan de overtreding niet met opzet te hebben begaan.<sup>286</sup> De wettelijke verplichting zou over het hoofd zijn

---

<sup>285</sup> Bijv DSB Bank NV (2009/10, p. 11-12 en 37, p. 9).

<sup>286</sup> Bijvoorbeeld dhr. Toth (2008/10 p. 4), MF Global Ltd (2008/8, p. 4), World Wide Broker (2008/3, p.12) en Stroink-Volkers Groep BV (2008/5, p. 5 en 2008/7, p. 9).

gezien of abusievelijk zijn overtreden, onder meer vanwege het complexe karakter van de voorschriften. Volgens de AFM kan een dergelijke omissie echter geen verandering brengen in de formele verwijtbaarheid. Voorop staat dat de overtreding is komen vast te staan. Juist professionele marktpartijen worden geacht de wet te kennen. Zij dienen zich, zonedig met behulp van een adviseur, regelmatig te verdiepen in de ter zake geldende voorschriften.<sup>287</sup> In het geval van dhr. Toth, beboet wegens overtreding van de meldingsplicht voor wijzigingen in zijn aandelenpakket (artikel 5:48, zesde lid, Wft), lichtte de AFM dit bijvoorbeeld als volgt toe (2008/10), p. 5-6).

‘Het gegeven dat niet opzettelijk onjuist of niet is gemeld, hetgeen verder niet wordt onderbouwd door de heer Toth, doet er niet aan af dat de heer Toth wordt geacht de wet te kennen. Het betreft hier geen open norm. De onverwijld meldingsplicht van artikel 5:48 Wft is voldoende duidelijk en wordt daarnaast via de voorlichtingsbrochures voor aandeelhouders zeer uitvoerig uitgelegd. De heer Toth had zich hiervan op de hoogte kunnen en moeten stellen. Het gegeven dat de heer Toth wel een aantal (doch bij lange na niet alle) meldingen heeft gedaan duidt er ook op dat de heer Toth wist van de onverwijld meldingsplicht. Dat hij een substantieel aantal transacties niet onverwijld heeft gemeld is derhalve aan hemzelf te wijten en komt voor zijn rekening.’

Meer in het algemeen kan het gestelde ontbreken van de opzet, volgens de AFM niet in de weg staan aan het opleggen van een boete, nu opzet geen ‘bestanddeel’ is van de overtreding. Kortom, de feitelijke vaststelling van normschending is op zichzelf genomen voldoende om een boete te kunnen opleggen.

#### Ratio meldingsplicht

De meldingsplicht van artikel 5:38 en 5:48 Wft moet transparantie creëren in de kapitaalverhoudingen en de zeggenschap binnen beursgenoteerde ondernemingen. Zo kan men op elk moment inzicht verkrijgen in het aandelenbezit en de

---

<sup>287</sup> Bijvoorbeeld MF Global (2008/8, p. 4-5) en World Wide Broker (2008/3, p. 13). In een vergelijkbare zaak oordeelde de rechtbank Rotterdam dat een abusievelijke verkeerde melding, door het gebruik van het verkeerde formulier, niet maakt dat betrokkene geen enkel verwijt treft ter zake van het verrichten van bemiddeling zonder vergunning. Betrokkene had zich vooraf beter moeten (en kunnen) informeren (Rb Rotterdam, 8 april 2010, LJV BM0507). Zo ook het CBb: ‘Zo ligt de verantwoordelijkheid om op de hoogte te zijn van de van toepassing zijnde (financiële) regelgeving, die te begrijpen en daarnaar te handelen bij degene die hier te lande financiële diensten aanbiedt, ook als deze regelgeving wijzigt.’ (11 februari 2013, LJV BZ1864, r.o. 5.2). Zie ook CBb 18 maart 2013, LJV CA0275 en 25 juni 2013, 2013:4.

verhouding van het stemrecht. Dit is onder meer van belang voor de verhandelbaarheid van aandelen.<sup>288</sup> Deze vorm van informatievoorziening dient ter bescherming van de belegger, het moet hem beter in staat stellen de juiste afwegingen te maken en besluiten te nemen met betrekking tot transacties in aandelen. Daarmee dient het ook om zijn vertrouwen in de effectenmarkt te waarborgen (Perrick, 2010, p. 681; Grundmann-van de Krol, 2012, p. 443).

#### *De kenbaarheid van de norm*

In het kader van het beroep op een verminderde verwijtbaarheid is ook aangevoerd dat er in de adviespraktijk een dusdanige onduidelijkheid zou bestaan omtrent de reikwijdte van de norm, dat betrokkene de overtreding niet zou zijn aan te rekenen. Dit speelde onder meer bij het begrip aanbieden van een beleggingsobject (artikel 2:55 Wft) en bemiddelen in een digitale omgeving (artikel 2:80 Wft), waarvoor in beide gevallen een vergunningplicht geldt.<sup>289</sup> Zo stelden betrokkenen zich op het standpunt dat er onduidelijkheid zou bestaan omtrent het begrip beleggingsobject. Zij verkeerden in de veronderstelling dat voor het aanbieden van landbouwgrond als beleggingsobject geen vergunning was vereist. Zij meenden dit redelijkerwijs te kunnen en te mogen afleiden uit jurisprudentie en publicaties over de reikwijdte van het begrip grondbeleggingen.<sup>290</sup> De AFM reageerde hierop door naar voren te brengen dat dit niet meer het geval was, nu de rechter zich over deze kwestie zou hebben uitgesproken.<sup>291</sup> In aanvulling daarop stelde de AFM ook hier dat betrokkenen zelf verantwoordelijk zou zijn voor de naleving van de wet en het ophelderen van eventuele onduidelijkheid daaromtrent, zonodig bij de AFM zelf. Door dat niet te doen en door te gaan

<sup>288</sup> *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 985, 3 en 2005/06, 29 708, 19.

<sup>289</sup> Bijvoorbeeld *Grond en Vastgoedspecialisten Nederland BV* (2010/1, p. 4-5), *Stemax Holding BV* (2010/2, p. 12), *Richland Real Estate BV* (2010/3, p. 10) en *Financieel Planbureau* (2011/2, p. 4).

<sup>290</sup> Hiermee meenden zij een zogenoemd pleitbaar standpunt in te nemen. Dit leerstuk is afkomstig uit het fiscaal recht. Sachse en Roepnarain verkennen dit leerstuk op relevantie voor het financieel recht (2012, p 208-211). Zij komen echter tot de conclusie dat dit leerstuk geen toegevoegde waarde biedt. Ook Hartmann en Keupink zien wel wat in het leerstuk, maar achten de mogelijkheid om daarmee aansprakelijkheid voor schending van een zorgplicht te ontlopen niettemin gering (2011, p. 107-108). De voorzieningenrechter lijkt in deze zaken echter wel aan te nemen dat sprake is van een pleitbaar standpunt, waar het de openbaarmaking van deze boetes verbiedt (*Vzr Rb Rotterdam*, 27 oktober 2010, *LJN* BO2561) (zie verder paragraaf 4.5). Zie ook *Rb Rotterdam*, 17 november 2011, *LJN* BU5317 (geen pleitbaar standpunt), Voerman, *JOR* 2010/159, p. 1537 en De Groot, *JOR* 2010/347, p. 3113.

<sup>291</sup> Vergelijk *Rb Rotterdam*, 4 december 2009, *LJN* BK5632 (aanbieden kavels landbouwgrond als beleggingsobject) en *Rb Rotterdam*, 8 april 2010, *LJN* BM0508.

met hun activiteiten zouden betrokken zelf een risico hebben genomen dat voor eigen rekening dient te komen, aldus de AFM.<sup>292</sup>

#### Ratio vergunningplicht

De vergunningplicht voor financiële dienstverleners (in het kader van dit onderzoek artikel 7, eerste lid, Wte, 2:55, eerste lid, Wft, 2:80 eerste lid, Wft en 2:96, eerste lid, Wft) en de daaraan gestelde voorwaarden is bedoeld om de toegang tot de markt te bewaken en reguleren. Uit het systeem van de wet volgt dat een vergunning slechts wordt verleend (en behouden) als de financiële onderneming voldoet aan gedetailleerde kwaliteitseisen, op het gebied van onder meer deskundigheid en betrouwbaarheid, integriteit, financiële waarborgen en informatievoorziening aan cliënten. Daarnaast worden eisen gesteld aan de structurering en inrichting van de financiële onderneming. In 2013 zijn hier nog aan toegevoegd eisen op het gebied van productontwikkeling (Van den Hurk, 2010, p. 516-517 en 520-529; Van Eersel, 2013, p. 16-17).

#### *Op compliance gericht gedrag*

In dit kader voerden overtreders onder meer aan dat er sprake zou zijn van een verminderde verwijtbaarheid omdat er geen sprake zou zijn van recidive en/of zij hun overtreding zelf zouden hebben gemeld bij de AFM, maatregelen zouden hebben getroffen ter voorkoming van herhaling en verder alle medewerking zouden hebben verleend aan het onderzoek door de AFM.<sup>293</sup> Deze argumenten blijken voor de AFM echter onvoldoende gewicht in de schaal te leggen. Volgens de AFM hoeft het ontbreken van recidive op zichzelf genomen geen reden te zijn om af te zien van het opleggen van een boete.<sup>294</sup> Over de bereidwillige opstelling van betrokkenen en meer in het bijzonder over hun medewerking aan het onderzoek, merkt de AFM op dat dit niet meer is dan een wettelijke plicht en dat dit dus geen invloed heeft op de mate van verwijtbaarheid (hooguit op de hoogte ervan, waarover later meer). De AFM verwijst in dit verband naar vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.<sup>295</sup>

---

<sup>292</sup> De gebrekkige kenbaarheid van de norm was wel aanleiding om de hoogte van deze boetes te matigen wegens verminderde verwijtbaarheid, zie paragraaf 4.4.1.2.

<sup>293</sup> Bijvoorbeeld NCIC BV (2013/3, p. 15), Mr Credit BV 2010/11, p. 3) en Decapolis BV (2010/12, p. 3), dhr. Toth (2008/10, p. 4), World Wide Broker (2008/3, p. 13) en Stroink-Volkers Groep (2008/5, p. 5-7 en 2008/7, p. 9-11).

<sup>294</sup> Bijvoorbeeld NCIC BV (2013/3, p. 16), Mr Credit BV 2010/11, p. 11) en Decapolis BV (2010/12, p. 9).

<sup>295</sup> World Wide Broker (2008/3, p. 13). CBb, 1 april 2008, LJV BC8271 (zaak van DNB).



#### 4.3.1.3 De weging van de ernst en verwijtbaarheid

##### *Het handhavingsbeleid*

Om te beginnen valt op dat de wegingsfactoren uit het handhavingsbeleid vrij algemeen zijn geformuleerd en dat onduidelijk is welk gewicht daar aan moet worden toegekend. Uit de onderbouwing van de beschikbare boetebesluiten blijkt dat de verweerder telkens aan het kortste eind trekt. Het biedt de toezichthouder dan ook de nodige speelruimte bij de afweging om een boete op te leggen. Overigens laat de rechter de AFM ook de ruimte op dit punt en respecteert zij de beleidsvrijheid van de toezichthouder. Keerzijde is wel dat het handhavingsbeleid de onder toezicht gestelden weinig houvast biedt: hoeveel gewicht moet aan een wegingsfactor worden toegekend zodat wordt afgezien van het opleggen van een boete?<sup>296</sup>

Dit beeld komt ook naar voren uit de interviews. Zo zijn de medewerkers van de AFM tamelijk laconiek over het handhavingsbeleid. Zij gebruiken het handhavingsbeleid naar eigen zeggen voornamelijk intern, ter onderbouwing van hun voorstel aan de boetefunctionaris. Zo stelt een medewerker van de AFM (respondent 16).

‘Het beleid is bewust algemeen gehouden, om de handen zo veel mogelijk vrij te houden.’

Een aantal advocaten bevestigt dit beeld. Zo vertelt een advocaat (respondent 32).

‘Er wordt maar heel weinig gedaan met het handhavingsbeleid. Het is een papieren tijger. Het is niet normerend, terwijl de Wft heel algemeen is.’

En een andere advocaat (respondent 22).

‘Het handhavingsbeleid biedt weinig houvast. Je kunt er alle kanten mee op. De AFM toetst niet ambtshalve aan het handhavingsbeleid, alleen als je daar een beroep op doet. [...] En als je een beroep doet op het handhavingsbeleid, gebruiken ze dat om het besluit sterker te maken, beroepsproof.’

##### *De ernst en verwijtbaarheid*

Niettemin komt uit de onderbouwing van de boetebesluiten het volgende beeld naar voren over de wijze waarop eerdergenoemde factoren worden meegewo-

---

<sup>296</sup> Zo ook Sachse, 2013, p. 401.

gen bij het besluit om een boete op te leggen. Kort samengevat komt de ernst van de overtreding tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke gevolgen daarvan: de mate waarin derden zijn benadeeld, betrokkene zich heeft verrijkt respectievelijk de mate waarin het marktevenwicht is verstoord en het vertrouwen in de markt is geschonden. Het valt op dat waar betrokkenen vooral de ernst *in concreto* proberen te relativeren, terwijl de AFM uitgaat de ernst *in abstracto* (het algemeen belang). Voor de AFM blijkt dat laatste vrijwel altijd zwaarder te wegen.

De verwijtbaarheid komt tot vervolgens uitdrukking in de mate waarin betrokkenen, uit hoofde van hun functie, op de hoogte zijn dan wel zou moeten zijn van de geldende voorschriften (in plaats van hun intentie) en de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag (dat wil zeggen geen recidive, overtreding zelf beëindigd en gemeld, medewerking verleend aan het onderzoek).

Voor de AFM is de intentie op basis waarvan is gehandeld eigenlijk niet relevant. Om te beginnen is een beroep op ontbreken van de opzet of de intentie genoemd te mislukken vanwege het uitgangspunt dat de opzet geen bestanddeel is van de overtreding. Daarnaast stelt de AFM zich op het formele standpunt dat de onder toezicht gestelden, als professionele marktpartij, op de hoogte behoren te zijn van de geldende voorschriften. Bij twijfel dienen betrokkenen deskundig advies in te winnen of zich zonodig tot de AFM te wenden.<sup>297</sup> De AFM meent deze inspanning redelijkerwijs te mogen verwachten van professionele marktpartijen.<sup>298</sup> Een overtreding van die voorschriften komt volgens de AFM dan ook voor eigen rekening en risico. Om met Jurgens en Haentjes te spreken: het gaat in deze gevallen niet om 'het willen' maar om 'het weten' (2011, p. 26). Waar in het strafrecht, dat is gericht op leedtoevoeging, de nadruk in de regel ligt op de geestesgesteldheid van de verdachte (het 'willen'), ligt dat volgens hen in het bestuursrecht, dat is gericht op sociaaleconomische ordening, op het 'weten'. Met andere woorden, het instrumentele karakter van de handhaving staat voor-

---

<sup>297</sup> De rechtbank weegt mee in hoeverre betrokkene onafhankelijk advies heeft ingewonnen om meer duidelijkheid te verkrijgen over de norm (onder andere Rb Rotterdam, 7 april 2011, *LJN* BQ1181). Zo ook Van Eersel, 2013, p. 113-114.

<sup>298</sup> De AFM weet zich hier gesteund door de rechter. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat van professionele marktpartijen mag worden verwacht dat die goed de op de hoogte zijn van de geldende wettelijke voorschriften. Vergelijk HR 31 oktober 2000 *NJ* 2001/14 en CBb, 1 april 2008, *LJN* BC8268. (Hartmann & Keupink, 2011, p. 104 en 108; Van Eersel, 2013, p. 81; Bröring & Van Vorselen, 2013, p. 109, 115 en 123).

op en niet het normatieve (p. 26-27). De rechter lijkt daar niet wezenlijk anders over te denken.<sup>299</sup>

Ook een beroep op het eerder beschreven op *compliance* gericht gedrag doet de balans vooralsnog niet doorslaan in het voordeel van de overtreder. Kennelijk gaat dit gedrag de AFM nog niet ver genoeg.

#### 4.3.2 De verwijtbaarheid van overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners

Zoals gezegd, kent de Wet op het financieel toezicht de nodige open geformuleerde normen (vergelijk hoofdstuk 3), waaronder de zorgplicht voor financiële dienstverleners (artikel 4:23 Wft en 4:34 Wft jo artikel 115 BGfo). Een variant op het verweer dat verwijtbaarheid zou ontbreken, waardoor de AFM zou moeten afzien van het opleggen van een boete, is dan ook het verweer dat de zorgplicht onvoldoende kenbaar zou zijn, meer in het bijzonder dat die onvoldoende of te vergaand zou zijn ingevuld. Hierdoor zou het voor de onder toezicht gestelden vooraf onvoldoende duidelijk zijn waar de wettelijke grenzen liggen en zou een eventuele overtreding hen niet kunnen worden aangerekend. Betrokkenen beroepen zich in dit verband op het bepaalbaarheidsgebod of *lex certa*-vereiste (artikel 7, eerste lid, EVRM). Deze discussie speelt vooral ten aanzien van de als open norm geformuleerde zorgplicht van de financiële dienstverlener.

##### Zorgplicht financiële dienstverleners als open norm

De zorgplicht voor financieel dienstverleners betreft een open geformuleerde norm: 'win informatie in over uw cliënt' en 'geef een passend advies' (op basis van artikel 4:23 Wft) en 'win informatie in over uw cliënt' en 'voorkom onverantwoorde
---

---

<sup>299</sup> Bijvoorbeeld de rechtbank Rotterdam: het niet op de hoogte zijn van de geldende wettelijke voorschriften heft de verwijtbaarheid niet op. Professionele marktpartijen dienen daarvan op de hoogte te zijn (bijvoorbeeld Vzr Rb Rotterdam, 15 oktober 2010, *LJN* BO2552). Op ondernemingen die financiële producten willen aanbieden of daarin willen bemiddelen rust de zorgplicht om zich tevoren op adequate wijze te informeren over welke vereisten en restricties een wettelijke regeling met zich brengt voor zijn professionele activiteiten en of de beoogde handelwijze valt onder – bijvoorbeeld - een vergunningstelsel. Zij kunnen hiertoe onafhankelijk juridisch advies inwinnen of de AFM raadplegen, aldus de rechtbank (Rb Rotterdam, 7 april 2011, *LJN* BQ1181). Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven denkt er zo over. Het verwacht van professionele marktdeelnemers dat die zich terdege informeren over de beperkingen waaraan hun gedragen zijn onderworpen en hun gedrag daar op afstemmen (CBb, 22 februari 2012, *LJN* BV6713). Zie ook CBb 18 maart 2013, *LJN* CA0275 en 25 juni 2013, 2013:4.

kredietverstrekking' (op basis van artikel 4:34 Wft) (Stijnen, 2011, p. 27; Van de Erve, 2011, p. 112).<sup>300</sup>

De open norm dient door de financieel dienstverlener zelf te worden ingevuld (Van de Erve, 2011, p. 112; Van Tuyll, 2012, p. 31). De mate waarin de financieel dienstverlener informatie dient in te winnen en zich dient te verdiepen in zijn cliënt hangt evenwel af van de complexiteit van het gevraagde product of dienst.<sup>301</sup>

De wetgever heeft wel enige nadere invulling gegeven aan de plicht tot voorkoming van overkreditering (artikel 4:34 Wft). Zo is in artikel 115 BGfo bepaald dat de kredietaanbieder de criteria vastlegt op basis waarvan een kredietaanvraag wordt beoordeeld (het zgn. acceptatiebeleid) en dat deze criteria worden toegepast bij de beoordeling van een aanvraag (Den Tex & Van Duijvenbode, 2012, p. 176). Eén en ander dient overkreditering te voorkomen, aldus de toelichting bij het Besluit.<sup>302</sup> De AFM acht een acceptatiebeleid dan ook onontbeerlijk bij de beoordeling van de financiële positie van de consument.

#### 4.3.2.1 De kenbaarheid van de zorgplicht

Zoals gezegd, is een eerste verweer dat de norm onvoldoende duidelijk zou zijn. Zo bleek een aantal financiële dienstverleners moeite te hebben invulling te geven aan de als open norm geformuleerde zorgplicht. Illustratief in dit verband is het verweer van de Stroink-Volkers Groep (SVG), beboet wegens overtreding van artikel 4:23 Wft (2007/9. p. 9).

'Artikel 4:23, eerste lid, Wft betreft een open norm. De norm is onduidelijk en complex. De opzet van het cliëntprofiel van Stroink is als gevolg van de open norm nog steeds in ontwikkeling. Aan een bijeenkomst georganiseerd door [...] waarin het cliëntprofiel werd uitgelegd, namen zo'n honderd intermediairs deel. Praktisch alle intermediairs zaten nog met de handen in hun haren ten aanzien van het cliëntprofiel. Dit zegt toch iets over de vele onduidelijkheden en de complexiteit van de wetgeving.'

Wat de AFM betreft is de norm voldoende duidelijk en zou het financiële dienstverleners niet te veel moeite moeten kosten om daaraan invulling te geven. Het houdt vast aan het uitgangspunt dat professionele marktpartijen geacht worden

---

<sup>300</sup> Het gaat zowel om consumptief- als hypotheccair krediet.

<sup>301</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, 19, p. 512.

<sup>302</sup> *Stb.* 2006, 520.

de wet te kennen. Van een verminderde verwijtbaarheid is volgens de AFM in deze gevallen dan ook geen sprake. Vergelijk bijvoorbeeld haar reactie op het verweer van SVG (p. 11).

'De AFM meent dat Stroink onvoldoende heeft aangegeven waarom er sprake zou zijn van een onduidelijke en complexe open norm. [...] Het had op de weg van Stroink gelegen, indien zij vragen had over de toepassing van de betreffende norm, om zich omtrent de juiste toepassing te vergewissen. Het gegeven dat Stroink aan een cliënt die zij als spaarder kwalificeerde, een beleggingsverzekering adviseert met een aandelen/obligatieproduct als vermogensopbouwlement, geeft er geen blijk van dat Stroink zich daadwerkelijk in de betreffende in acht te nemen normen heeft verdiept.'<sup>303</sup>

Of op het verweer van de financiële dienstverlener EPB Verzekeringen BV, ook beboet wegens overtreding van artikel 4:23 Wft (2009/13, p. 15).

'Vooropgesteld zij dat de AFM van oordeel is dat de norm van artikel 4:23, eerste lid, Wft voldoende duidelijk is. Discussie zou enkel kunnen ontstaan over welke gegevens door de financiële dienstverleners moeten worden uitgevraagd teneinde te voldoen aan genoemde norm. Het is aan de financiële dienstverleners om vanaf inwerkingtreding van artikel 4:23 Wft te voldoen aan deze wettelijke bepaling. Bovendien geldt dat artikel 4:23, eerste lid, Wft reeds vanaf 1 januari 2006 van toepassing is (tot 1 januari 2006 onder artikel 32 Wfd). EPB heeft dus ruim de gelegenheid gehad om haar bedrijfsvoering hierop in te richten.'

#### **4.3.2.2 De invulling van de zorgplicht**

Een tweede verweer was dat de open norm onvoldoende dan wel te vergaand zou zijn ingevuld door de AFM.

##### *Zorgplicht nog onvoldoende ingevuld*

Zo stelde een aantal financiële instellingen zich op het standpunt dat het op de weg van de AFM zou liggen de open norm nader in te vullen, alvorens die te handhaven. De AFM zou pas mogen overgaan tot het opleggen van boetes als het aan de markt heeft duidelijk gemaakt hoe de zorgplicht moet worden opge-

---

<sup>303</sup> Overigens riep deze boete aan SVG onder financiële dienstverleners wel enige verwondering op, omdat deze werkwijze binnen de branche niet als ongebruikelijk werd gezien (vergelijk Van Erp, 2009, p. 134-136).

vat.<sup>304</sup> De AFM speelde de bal echter terug, zich beroepend op de strekking van de wet. Die is namelijk *principle based*, waarbij het aan marktpartijen is om nadere invulling te geven aan de open norm. Vergelijk de reactie van de AFM in geval van SNS Bank, beboet wegens overtreding van artikel 4:23 Wft (2009/14, p. 9).

‘De AFM is van oordeel dat zij niet gehouden was van te voren kenbaar te maken welke gegevens dienen te worden uitgevraagd teneinde marktpartijen in staat te stellen om te kunnen voldoen aan het bepaalde in artikel 4:23, eerste lid, Wft, alvorens zij tot boeteoplegging overgaat. De door SNS overtreden norm [...] is weliswaar ‘open’, echter dit is geen reden om handhaving van de norm achterwege te laten. Dit geeft ook het handhavingsbeleid aan. Dat van te voren geen ‘guidance’ is gegeven ten aanzien van de interpretatie van de norm, maakt niet dat van verwijtbaarheid geen sprake kan zijn. Het is immers de verantwoordelijkheid van SNS om het Wft normenkader na te leven, ongeacht of het om open normen gaat of niet. Daarbij geldt dat artikel 4:23, eerste lid, Wft reeds vanaf 1 januari 2006 van toepassing is [...]. SNS heeft dus ruim de gelegenheid gehad om haar bedrijfsvoering hierop in te richten.’

#### *Guidance door de AFM*

Op een gegeven moment heeft de AFM in onderzoeksrapporten en daarop gebaseerde aanbevelingen en leidraden wel nadere informatie (*guidance*) verschaft over de wijze waarop invulling zou kunnen worden gegeven aan de zorgplicht.<sup>305</sup> De AFM verwijst hier ook naar in zijn latere boetebesluiten.<sup>306</sup> Dit leidde overigens niet tot een wezenlijk andere beoordeling van de verwijtbaarheid.

---

<sup>304</sup> Bijvoorbeeld Postbank NV (2009/7, p. 5). SNS Bank NV (2009/14) en Zeker Zanen (2010/8).

<sup>305</sup> In onder meer de volgende rapporten: Verantwoorde kredietverstrekking, AFM 2006. Beleggingsverzekeringen, AFM 2006. Kwaliteit advies en transparantie bij hypotheek. Oriëntatiepunt voor een goede adviespraktijk, AFM 2007. Beleggingsverzekeringen, kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen, AFM, 2008. De risico's op de hypotheekmarkt voor huishoudens en hypotheekverstrekkers. DNB en AFM, 2009. Kwaliteit advies tweedepijler pensioen, AFM 2010. Deze rapporten hebben geleid tot onder meer de volgende aanbevelingen en leidraden: de Leidraad zorgvuldig adviseren over vermogensopbouw uit 2009, de Leidraad pensioenadviesering uit 2009, de Aanbevelingen kwaliteit advies bij beleggingsverzekeringen uit 2009, de leidraad Hypotheekadviesering uit 2010 en Aanbevelingen voor zorgvuldig beleggingsadvies en vermogensbeheer uit 2011. Deze *guidance* door de AFM riep vervolgens wel weer kritiek op. Zo zou het bindende karakter en de formele status van de *guidance* onvoldoende duidelijk zijn en de legitimatie zwak (Hiskes-Willemsse, 2012, p. 16; Caria & Dijkhuizen, 2012, p. 194-195; Van Eersel, 2013, p. 58).

Ook uit de boetebesluiten van de AFM valt op te maken hoe de AFM de zorgplicht invult. De financiële dienstverlener die in de ogen van de AFM slechts grofmazig informatie verzamelt, onvoldoende doorvraagt, zich onvoldoende documenteert en alleen al om die reden geen passend advies kan uitbrengen, wordt gecorrigeerd.<sup>307</sup> Ook het acceptatiebeleid moet concrete aanknopingspunten bieden om overkreditering te voorkomen, algemeenheden of ruim geformuleerde uitzonderingen zijn uit den boze.<sup>308</sup> Daarbij valt op dat de AFM diep in de dossiers van de financiële dienstverleners duikt om vervolgens nauwgezet aan te geven dat in het concrete geval onvoldoende specifieke informatie zou zijn ingewonnen en dat het daarop gebaseerde advies onvoldoende zou aansluiten op het profiel van de cliënt, dan wel dat het aangeboden krediet onverantwoord zou zijn.<sup>309</sup> De rechtbank Rotterdam steunde de AFM in deze interpretatie van de zorgplicht.<sup>310</sup>

De kritische toetsing van de zorgplicht door de AFM sluit aan bij de eerder ge-signaleerde activistische en instrumentele opstelling door de AFM. Een medewerker van de AFM licht deze kritische houding van als volgt toe (respondent 16).

‘Het geadviseerde product moet passend zijn. Daar moet het advies op zijn afgestemd. Dus geen standaardvragenlijst afwerken. Geen sjabloon. Niet zes vakjes invullen en dat levert dan een klantprofiel op, er zit wel een mens tegenover je... Daar moet de sector zo aan wennen.’

‘De AFM vinkt niet een lijstje stukken uit het dossier af, maar kijkt echt of het advies gegeven kon worden gelet op het type cliënt en zijn vraag. Snappen

---

<sup>306</sup> Bijvoorbeeld Global Marketing Solutions (2010/13, p. 8), Mercedes Benz Financial Services BV (2010/38, p. 4) en Inhout Sales & More BV (2011/9, p. 10).

<sup>307</sup> Bijvoorbeeld CKB Finance BV (2008/6, p. 5-6), Credit Select BV (2009/6, p. 4), DSB Bank NV (2009/10, p. 11), EPB BV (2009/13, p. 5-6), Zeker Zanen BV(2010/8, p. 19) en Afab NV (2010/19, p. 4-6).

<sup>308</sup> Afab NV (2009/22 en 23, p. 6-7), GMAC NV (2009/24, p. 6-7) en DSB Bank NV (2009/37, p. 7).

<sup>309</sup> Zo ook De Jong, 2011, p. 182-183.

<sup>310</sup> Bijvoorbeeld over de actieve opstelling van de financiële dienstverlener: bij tegenstrijdige wensen van de consument dient de financiële dienstverlener door te vragen, om zodoende een passend advies te kunnen geven (Vzr Rb Rotterdam, 30 juni 2009, *LJN* BJ1748 en 24 augustus 2010, *LJN* BN4885). Over de dossiervorming: informatie die zich niet in het dossier bevindt, is kennelijk niet ingewonnen (Vzr Rb Rotterdam, 2 juli 2008, *LJN* BJ1746 en 16 september 2009, *LJN* BJ8562). Over het acceptatiebeleid: concreet geformuleerd en duidelijk in welk geval afwijking is toegestaan (Vzr Rb Rotterdam, 30 juni 2009, *LJN* BJ1748).

wij dit zelf ook? Dat we zover gaan, daar schrikt de markt van. Met de boete laten we dus zien hoe ver ons toezicht gaat en hoe serieus we het belang van een goed advies nemen. Daarnaast is het ook een waarschuwing richting consument.'

'Het leidt tot een enorme omslag in de adviesmarkt om nu meer klantgericht te gaan adviseren in plaats van productgericht. Men stuurde op productie en ontving provisie voor het aantal verkochte producten. Dat wordt nu anders, dat komt door de wetgeving en de handhaving door de AFM.'

'De AFM wil graag streng overkomen en de norm stevig markeren. Het is een bewuste keuze om er stevig in te staan, de marktspelers te willen opvoeden en de lat hoog te leggen. Het gaat om relatief nieuwe normen, de AFM wil de markt zich in een bepaalde richting laten ontwikkelen. [...] Wij voelen ons daarin gesteund door de tijdgeest.'

Uit deze citaten blijkt dat de financiële toezichthouder de consument niet alleen wil waarschuwen, maar ook een zeker educatief- en afschrikkingseffect verwacht van de boete, zoals beschreven door Van Erp (2009, p. 43-45) en Van Wingerde (2012, p. 311-313).

#### *Zorgplicht te vergaand ingevuld*

Naast het verweer dat de norm te open zou zijn gelaten, is er het verweer dat de AFM de norm te ver zou hebben ingevuld. Zo hebben marktpartijen, naar aanleiding van de opstelling door de AFM, op een gegeven moment zelf vorm en inhoud gegeven aan hun zorgplicht. Zij deden dit onder meer door binnen hun brancheorganisatie gedragscodes overeen te komen, bijvoorbeeld met betrekking tot het verstrekken van krediet.

#### Invulling zorgplicht financiële dienstverleners

Ter invulling van de open norm maakt de AFM gebruik van normen en standaarden die binnen de branche zelf zijn ontwikkeld. Zo zijn banken en hypothecair financiers in 2007 een Gedragscode Hypothecaire Financieringen (GHF) overeengekomen.<sup>311</sup> De gedragscode bevat onder meer normen op basis waarvan de leencapaciteit van een consument kan worden bepaald: de GHF-norm of CHF-norm. Ook de financieringsondernemingen (VFN) en de thuiswinkelorganisaties

---

<sup>311</sup> De gedragscode is in 2011 verder aangescherpt: de hypotheek moet meer in verhouding staan tot de waarde van de woning. Ook werden de afwijkingsmogelijkheden zeer sterk beperkt. In 2013 is een deel van de gedragscode opgenomen in een ministeriële regeling: de Tijdelijke regeling hypothecair krediet.



(NTO) zijn een vergelijkbare gedragscode overeengekomen (de VFN-gedragscode, resp. de NTO-gedragscode). De AFM beschouwt deze gedragscodes als een in de markt algemeen aanvaarde minimumnorm waarmee aanbieders en adviseurs rekening dienen te houden, zo blijkt uit de betreffende boetebesluiten (Van de Erve, 2011, p. 113; Den Tex & Van Duijvenbode, 2012, p. 177; Caria & Dijkhuizen, 2012, p. 193-194). Het heeft deze norm geïncorporeerd in zijn toezicht, niet alleen bij het aanbieden van krediet (artikel 4:34 Wft jo artikel 115 BGfo), maar ook bij het adviseren daarover (artikel 4:23 Wft).

Dit laat overigens onverlet dat financiële dienstverleners die niet bij die brancheorganisaties zijn aangesloten op andere wijze invulling kunnen geven aan de zorgplicht. Die moet dan wel vergelijkbaar zijn met die van de GHF (Van de Erve, 2011, p. 113).

De GHF voorziet in een mogelijkheid om in bijzondere gevallen van de norm af te wijken, de zogenoemde *explain* clausule. De AFM gaat er van uit dat een dergelijke afwijking concreet en cijfermatig is onderbouwd. De AFM heeft dit met zoveel woorden aangekondigd in eerdergenoemde *guidancerapporten*. Waar een dergelijke cijfermatige onderbouwing ontbreekt, gaat de AFM er van uit dat het advies onvoldoende is gebaseerd op ingewonnen informatie, dan wel het aanbod onverantwoord is, zo blijkt uit de betreffende boetebesluiten.

Vervolgens kwamen zij wederom in aanvaring met de AFM, omdat zij meenden dat de toezichthouder hen hierbij te weinig ruimte zou gunnen dan wel te rigide vast zou houden aan eerdergenoemde gedragscodes. Eén en ander zou op gespannen voet staan met het kenbaarheidsvereiste of het *lex certa*-beginsel (Van Tuyll, 2012, p. 30; Caria & Dijkhuizen, 2012, p. 195). De AFM wees dit type verweren echter af door te stellen niet meer of minder te doen dan de minimumgrenzen van de wet te handhaven. De rechter zag evenmin strijdigheid met het kenbaarheidsvereiste (Van Tuyll, 2012, p. 33; Boorsma & De Bruijn, 2012, p. 315; Roth, 2013a, p. 258; Van Eersel, 2013, p. 145; Bröring & Van Vorselen, 2013, p. 123).<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> Volgens de rechtbank Rotterdam kan de AFM invulling geven aan het als open norm geformuleerde verbod op onverantwoorde kredietverstrekking, door de gedragscodes uit de branche, bijvoorbeeld de GHF of VFN, als minimale invulling daarvan te beschouwen. Dit is volgens de rechtbank niet in strijd met het *lex certa*-beginsel, mede gelet op het feit de AFM dit met zoveel woorden aan de markt heeft duidelijk gemaakt. Overigens kan de onder toezicht gestelde volgens de rechtbank wel op andere wijze dan door middel die gedragscodes invulling geven aan een verantwoorde kredietverstrekking. Die alternatieve wijze moet dan wel hetzelfde, minimale beschermingsniveau bieden als eerdergenoemde gedragscodes: Rb Rotterdam, 4 mei

Zo stelde Rabobank dat de AFM een te ruime invulling zou geven aan de zorgplicht (i.c. artikel 4:23 Wft) (2010/23). De AFM zou volgens Rabobank een mate van terughoudendheid bij het adviseren over kredietbeschermingsverzekeringen voorschrijven die niet in het belang zou zijn van de klant en geen grondslag zou vinden in de wet. Rabobank was, anders dan de AFM, van mening dat het haar zou vrijstaan een 'ruimere' kredietbeschermingsverzekering te adviseren aan klanten die dat wensen. Ook meende Rabobank dat zij bij het inwinnen van de benodigde klantinformatie zou moeten kunnen afgaan op de door de klant verschaft informatie, zonder nader onderzoek te hoeven doen (tenzij er contra-indicaties zijn). De wet zou slechts een inwinningsplicht voorschrijven en niet een vergewisplicht, waar de interpretatie van de AFM volgens Rabobank op neer zou komen (2010/23, p. 8-9). De AFM ging echter aan dit verweer voorbij, door kort en bondig te stellen dat zij niet meer deed dan de Rabobank houden aan haar wettelijke plicht voldoende klantgegevens in te winnen en dit te documenteren (p. 10).

Ook ING Bank NV stelde dat de invulling door de AFM van het begrip overkreditering geen steun zou vinden in de wet (2011/13 en 14, p. 10-11 en 2011/24, p. 8). De bank was beboet omdat het onvoldoende zou hebben gedaan om overkreditering te voorkomen (artikel 4:34, eerste lid, Wft resp. artikel 115, eerste lid, BGfo). Naar het oordeel van de bank zou de AFM, bij de beoordeling of de kredietverlening verantwoord is, te strikt toetsen of het krediet binnen de exacte marges van de GHF-code blijft (2011/13 en 14, p. 10-11). In reactie hierop ontkende de AFM te strikt vast te houden aan de GHF-code. Gemotiveerde afwijking is immers mogelijk, mits voldoende onderbouwd. Van dat laatste was naar de mening van de AFM in het geval van de ING Bank nu juist geen sprake. De AFM beriep zich in dit verband op de rechter, die deze benadering van de AFM zou hebben gesanctioneerd (2011/13 en 14, p. 11-12).<sup>313</sup>

---

2011, *LJN* BQ3835 en 20 mei 2010, *LJN* BM5231). Idem CBB, 11 juli 2013, 2013:69 en CBB, 28 november 2013, 2013:260. In deze lijn ook: Rb Rotterdam, 1 november 2012, *LJN* BY9475 en CBB, 22 februari 2012, *LJN* BV6713.

<sup>313</sup> Rb Rotterdam, 20 mei 2010, *LJN* BM5231. De rechtbank oordeelde in die zaak dat de AFM de (open) norm van artikel 4:34, tweede lid, Wft niet heeft gelijkgesteld aan de GHF-code, maar slechts dat invulling kan worden gegeven aan deze norm door middel van die code (artikel 6,4). De rechtbank was van mening dat de Postbank er in casu niet in is geslaagd overtuigend te onderbouwen dat de kredietverstrekking, waarbij werd afgeweken van de (met extra waarborgen omgeven) GHF-norm, niet onverantwoord was. Het kon daarbij volgens de rechtbank niet volstaan naar het eigen algemene acceptatiebeleid.

De financieringsmaatschappij van Mercedes Benz (MBFS) voerde een vergelijkbaar verweer (2010/38).<sup>314</sup> De organisatie was beboet omdat die volgens de AFM acceptatiecriteria voor het verlenen van consumptief krediet zou hebben gehanteerd die onvoldoende waren gericht op het voorkomen van overkreditering (artikel 115, eerste lid, BGfo). MBFS stelde dat de AFM voor de invulling van de zorgplicht ten onrechte de VFN-gedragscode als maatstaf aan zou houden, waarbij MBFS overigens niet was aangesloten (p. 3). In reactie hierop stelde de AFM de VFN-gedragscode slechts te zien als minimale invulling van de open norm. Het staat MBFS vrij in zijn acceptatiebeleid een eigen invulling te geven aan de open norm van artikel 115, eerste lid, BGfo, maar dat dient dan wel hetzelfde minimale niveau aan te houden als de VFN-gedragscode. Dat zou *in casu* niet het geval zijn geweest, aldus de AFM. Het acceptatiebeleid van MBFS zou *in concreto* onvoldoende zijn gericht op het voorkomen van overkreditering. Ook de mogelijkheden om af te wijken van het acceptatiebeleid zouden onvoldoende zijn vastgelegd en in hoeverre hierbij is gewaarborgd dat overkreditering wordt voorkomen (p. 4-6). De rechtbank Rotterdam vond in dit geval dat de AFM een te strenge lijn aanhield ten aanzien van het acceptatiebeleid.<sup>315</sup>

#### *Rechtswetenschappelijke kritiek op de invulling van de zorgplicht*

De wijze waarop de AFM de open norm in het kader van de zorgplicht voor financiële dienstverleners nader heeft ingevuld, heeft de nodige kritiek opgeroepen in de rechtswetenschappelijke literatuur.<sup>316</sup> De AFM zou op de stoel van de financiële dienstverlener gaan zitten, aldus critici. Dit klinkt ook door het verslag over de doelmatigheid en doeltreffendheid van DNB van de minister van Financiën (2010b, p. 19-20).

---

<sup>314</sup> Idem ICS (2009/38, p. 5) en ELQ Hypotheken BV (2010/24 en 25 en 2010/39).

<sup>315</sup> De rechtbank Rotterdam vernietigde dit boetebesluit, omdat artikel 115 BGfo volgens de rechtbank niet verder gaat dan dat de kredietaanbieder acceptatiecriteria vastlegt ter voorkoming van overkreditering en die ook toepast. Dat eerst aan deze gebodsbepaling zou zijn voldaan als de toepassing van deze criteria er toe leidt dat daadwerkelijk overkreditering wordt voorkomen, is een te vergaande uitleg van die bepaling, aldus de rechtbank. De rechtbank is overigens van mening dat de AFM de open norm van artikel 4:34, tweede lid wel juist heeft uitgelegd, door de VFN als uitgangspunt te nemen om te beoordelen of er sprake is van overkreditering. Van strijd met het bepaalbaarheidsgebod is dan ook geen sprake (Rb Rotterdam 4 mei 2011, *LJN BQ3835*). Zie hierover ook Affourtit, *JOR* 2011/228 en Bröring & Van Vorselen, 2014, p. 111-112).

<sup>316</sup> Deze kritiek is niet onbekend bij de AFM. Tijdens zijn voordracht op het symposium 'Open normen ingevuld' in juli 2013 zette de waarnemend voorzitter van de AFM de bezwaren nog eens op een rij: pseudowetgeving, dichttimmeren open norm, te ver oprekken open norm, machtsconcentratie in strijd met de triasleer en rem op innovatie (Kockelkoren, 2013, p. 43-44).

Daarin staat dat de AFM volgens een aantal (grote) financiële instellingen te ver zou gaan bij de interpretatie van de open normen. In het verslag wordt er op gewezen dat dit op gespannen voet kan komen te staan met de doelstelling van het gebruik van open normen in de Wft (als *principle based* regelgeving), waarbij de eigen invulling van die norm door financiële instellingen nu juist voorop staat.

Critici menen dan ook dat de AFM zich op dit punt terughoudender op zou moeten stellen. Zo stelt Hiskes-Willemse (2012, p. 16-17) dat het niet aan toezichthouder is om *en detail* voor te schrijven hoe dient te worden geadviseerd en hoe de bedrijfsvoering en administratie van een financiële dienstverlener dient te zijn ingericht. Dat moet de sector volgens haar zelf doen en in het uiterste geval de minister. Scheltema en Scheltema zien de zorgplicht als een opdracht aan de financiële dienstverlener om een adequaat systeem te hanteren om voldoende informatie over de klant te verzamelen om op basis daarvan een passend advies uit te brengen. Volgens hen moet daarbij het doel voorop staan en niet de wijze waarop dit doel wordt bereikt. De financiële dienstverlener moet daartoe zelf een systeem ontwikkelen, dat de toezichthouder controleert in het licht van het doel van de regeling. De toezichthouder moet niet te veel specifieke eisen stellen, maar de nadruk leggen op de eigen verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener, aldus Scheltema en Scheltema (2009, p. 98).<sup>317</sup> Ook Stijnen stelt in dit verband, onder verwijzing naar de jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam, dat de AFM zich zou moeten beperken tot de vraag of, gelet op de ingewonnen informatie, in redelijkheid een passend advies is gegeven (2011, p. 30-31).<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> Zie hierover ook Van Eersel (2013, p. 57).

<sup>318</sup> De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam stelt zich op het standpunt dat bij beoordeling van de vraag of aan de zorgplicht is voldaan (dat wil zeggen passend adviseren) niet als maatstaf dient te worden gehanteerd of het advies naar het oordeel van de AFM het best mogelijke advies is, maar of het, gelet op de ingewonnen informatie in redelijkheid (naar objectieve maatstaven) kon worden gegeven (Vzr Rb Rotterdam 30 juni 2009, *LJN* BJ1748). Idem Rb Rotterdam, 23 mei 2013, *LJN* CA1507. De besluiten in casu werden overigens niet vernietigd omdat er, ondanks de gewenste terughoudendheid in de toetsing van de zorgplicht, sprake was van een duidelijke overtreding. In evidente gevallen van overschrijding van de open norm is het opleggen van een boete dus niet onredelijk (Rb Rotterdam, 1 november 2012, *LJN* BY9475 en 3 januari 2013, *LJN* BY9415). Een vergelijkbare kwestie deed zich voor bij de verplichting om acceptatiecriteria voor kredietverstrekking op te stellen en te hanteren. Die verplichting gaat volgens de rechtbank niet verder dan dat die criteria worden vastgesteld en toegepast en niet zover dat zij bij toepassing daadwerkelijk overkreditering voorkomen, zoals de AFM voor ogen stond (Rb Rotterdam, 4 mei 2010, *LJN* BQ3835). In dit geval vernietigde de rechtbank het besluit omdat er volgens de rechtbank geen sprake was van een overtreding van het desbetreffende voorschrift. In het geval van DNB, oordeelde het College van Beroep voor

Een advocaat merkt het volgende op over de werkwijze van de AFM (respondent 21):

‘Er zitten twee kanten aan. De AFM stelt zich proactief op in publicaties en geeft aan wat zij verwacht. Enerzijds is het goed dat de AFM duidelijk aangeeft waar de grens ligt, anderzijds zijn de open normen ook weer bedoeld om vrij te ondernemen. Ik vind het lastig om de praktijk van de AFM te beoordelen. Enerzijds is het goed, gelet op de kritiek op de vage norm, anderzijds gaat de AFM zitten doen wat de wetgever bewust niet heeft gedaan: het invullen van de norm. Daar zit een spanning tussen. Maar ik verwacht niet dat de AFM zal terugtreden, die heeft er nog geen vertrouwen in dat de markt dit zelf aankan. De AFM zal een vinger aan de pols willen houden.’

Een andere advocaat vult aan (respondent 32).

‘De houding van de AFM is enigszins ambivalent, een beetje opportunistisch. Formeel juridisch zeggen ze: je had het zelf moeten weten. Aan de andere kant vullen ze norm toch in, naar aanleiding van signalen uit de praktijk. De vraag is mogen ze dat? Dat mogen ze niet, maar doen het toch. Dan geven ze guidance. Als die er eenmaal is, moet je die wel weer kennen. De AFM gaat zo op de stoel van de financiële dienstverlener zitten, terwijl de wetgever dit vrij heeft gelaten, aan de markt heeft willen over laten. [...] Aan de andere kant moet de AFM de norm wel invullen, anders kan het geen boete opleggen. Het was dan beter geweest als eerst guidance was gegeven.’

En over de punitieve handhaving van een open geformuleerde norm (respondent 32).

‘Ik vind het een probleem dat de norm waarop de overtreding is gebaseerd een onduidelijke status heeft. Er wordt een lijn getrokken door middel van boetebesluiten, dat zou door middel van wetgeving moeten gebeuren. De AFM vult de norm in door middel van boetes. Mijn cliënten zijn daarvan de dupe. [...] De actieve rol van de AFM bij open normen is helemaal niet de bedoeling. Dat doet de AFM wel, maar het staat op gespannen voet met de

---

het bedrijfsleven over de handhaving, door middel van een aanwijzing, van de zogenoemde *prudent persons*-regel (artikel 135 Pw), dat het aan het pensioenfonds zelf is om aan die regel te voldoen en zijn beleggingsbeleid daarop af te stemmen en dat het slechts aan DNB is om te toetsen of het pensioenfonds dit op juiste wijze heeft gedaan (CBB 10 september 2013, 2013:104) (Batting, Boorsma & De Bruijn, 2013, p. 427; Aelen & Van den Broek, 2014, p. 18-19)

rechtszekerheid. De AFM neemt hier veel vrijheid en wordt niet teruggefloten. De rechtbank accepteert dit. De AFM is zo rechter in eigen zaak. Het doet aan rechtsvorming, waar de wetgever dat zou moeten doen. De AFM heeft zo te veel macht.'

De AFM zelf ziet hier echter geen problemen.<sup>319</sup> Zij stelt zich op het standpunt dat het aan onder toezicht gestelden is om de open norm nader in te vullen, wat zij in voorkomende gevallen toetst, mede in licht van de bedoeling van de wetgever.<sup>320</sup> Hiermee zou het slechts de ondergrens van de open norm markeren.

Wel heeft zij marktpartijen de helpende hand geboden door enige *guidance* te geven, waarbij aansluiting is gezocht bij gedragscodes die binnen markt zijn ontwikkeld. Zo licht een medewerker de werkwijze van de AFM als volgt toe (respondent 13).

'We hebben de open normen samen met de sector ingevuld. We hebben daarbij gebruik gemaakt van gedragscodes uit de markt. Het is dan niet gek dat wij ten opzichte daarvan de grenzen bewaken en handhaven. We pakken diegenen aan die de gedragscodes niet naleven en toch weer de randen opzoeken, dat waren de ernstige gevallen van overkreditering. Dan lijkt het alsof wij de norm invullen, maar we baseren ons op gedragscodes uit de markt. [...] De invulling van de norm is kenbaar uit rapporten en leidraden. Is een afwijking daarvan verklaarbaar? Een alternatief is denkbaar, maar moet wel uit te leggen zijn. [...] Dit is de basis voor scherpere handhaving, zo kan het wel. Uit juridisch oogpunt is de kritiek begrijpelijk, maar in de praktijk werkt het wel.'

Een andere medewerker voegt hier het volgende aan toe (respondent 12).

'De kwaliteit van de kleine adviseur moest omhoog. Maar we gaan daarbij niet zo ver dat zeggen hoe ze het moeten doen. De sector zou dat best wel willen weten. Dus het lijkt dat we op hun stoel gaan zitten, maar we doen het niet. Wat we doen is we zorgen ervoor dat de juiste informatie feitelijk beschikbaar is voor de consument. Maar we zijn geen consumentenorganisa-

---

<sup>319</sup> In zijn speech tijdens het VIDE-jaarcongres op 14 juni 2012, zei de toenmalig bestuursvoorzitter van de AFM daarover dat de toezichthouder de open norm wel moet invullen: 'Een toezichthouder moet vorm weten te geven aan open normen, hoe dan ook. Dat betekent niet dat de toezichthouder plaatsvervangend ondernemer wordt en de facto op diens stoel gaat zitten, het betekent ook niet dat de toezichthouder wetgever, rechter en beul tegelijk is.' (p. 3).

<sup>320</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijkt deze benadering van de AFM te onderschrijven (CBb, 28 november 2013, 2013:260).

tie. De consument moet die informatie krijgen, wat die er vervolgens mee doet is zijn eigen zaak.’

### 4.3.3 De beginselen van behoorlijk bestuur

Een derde punt, na de ernst en verwijtbaarheid en de invulling van de open norm, waarop betrokkenen doorgaans een beroep doen bij het geven van hun reactie op het voorgenomen boetebesluit, zijn de beginselen van behoorlijk bestuur. In veel gevallen staat het opleggen van een boete in de ogen van betrokkenen niet in verhouding tot de aard van hun overtreding. Zij beroepen zich dan ook, in verschillende varianten, op het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel.

#### 4.3.3.1 De subsidiariteit en proportionaliteit

Uit de beschikbare boetebesluiten komt naar voren dat betrokkenen zich onder meer op het standpunt stellen dat de hun opgelegde boete disproportioneel en zelfs overbodig is, gelet op eerder door de AFM getroffen maatregelen (bijvoorbeeld een vergunning of een sanctie).

##### *Reeds vergunning verleend, last onder dwangsom of aanwijzing opgelegd*

Zo voerde een aantal financiële instellingen aan dat de boete overbodig was, omdat zij inmiddels zouden beschikken over de vereiste vergunning of omdat hen reeds een last onder dwangsom of aanwijzing was opgelegd, waaraan zij gevolg zouden hebben gegeven.<sup>321</sup> De AFM zou in deze gevallen kunnen hebben volstaan met een minder ingrijpende maatregel, zoals een normoverdragend gesprek. Een boete leidt onder die omstandigheden vooral tot onbegrip, zo blijkt uit het verweer van de financiële dienstverlener World Wide Broker (WWB), beboet wegens overtreding van de vergunningplicht (artikel 2:80 Wft) (2008/3, p. 11).

‘Aan WWB is een dergelijke vergunning verleend en daarmee is naar het oordeel van WWB het doel van de handhaving in optima forma bereikt. Niet alleen is daarmee aangetoond dat de heer Brown voldoet aan de eisen van deskundigheid en betrouwbaarheid, tevens is duidelijk dat er geen sprake is van een situatie die tot ernstige aantasting van de bescherming van de consument of verstoring van de markt heeft geleid. WWB staat onder toezicht en de onderneming kan worden voorgezet. WWB meent dat het wat dat be-

---

<sup>321</sup> Bijvoorbeeld Richland Real Estate BV (2010/3, p. 10) en Inhout Sales & More BV (2011/9, p. 9).

treft moeilijk te bevatten is dat 6 dagen na vergunningverlening een voorne-  
men tot oplegging van een boete wordt uitgestuurd. De AFM acht de heer  
Brown betrouwbaar, maar beboet hem daarna wel voor overtreding van de  
toezichtwetgeving. Daarmee zou alsnog een einde kunnen komen aan het  
voortbestaan van de onderneming. Dit zou in strijd zijn met het vertrouwens-  
beginsel en proportionaliteitsbeginsel.<sup>7</sup>

De AFM stelde zich echter op het standpunt dat het, mede gelet op haar hand-  
havingsbeleid, de handen vrij heeft om per geval een passende sanctie te kie-  
zen. Hierdoor is het volgens de AFM niet ondenkbaar dat na vergunningverle-  
ning alsnog een boete volgt. Bovendien is op de vergunningverlening een ge-  
heel ander afwegingkader van toepassing dan bij het opleggen van een boete,  
aldus de AFM. Een positief oordeel omtrent de betrouwbaarheid van een (mede)  
beleidsbepaler, in het kader van de vergunningverlening, hoeft dus niet aan het  
opleggen van een boete in de weg te staan, aldus de AFM. Vergunningverlening  
betekent niet dat de eerdere illegale activiteiten met terugwerkende kracht wor-  
den gelegaliseerd. Zo kan volgens de AFM ook na een reparatoire sanctie (een  
aanwijzing of een last onder dwangsom) heel wel een punitieve sanctie (een  
boete) volgen. De reparatoire sancties zien immers op de toekomst (staken  
overtreding) en de boete op het verleden (bestrafen overtreding).

De rechter houdt een vergelijkbare lijn aan en respecteert de beleidsvrijheid van  
de toezichthouder op dit punt.<sup>322</sup>

#### *Inkeer en reparatie*

Anderen stellen zich op het standpunt dat de boete disproportioneel is omdat zij  
reeds tot inkeer zouden zijn gekomen en/of de nodige reparatoire maatregelen  
zouden hebben getroffen.

---

<sup>322</sup> In een vergelijkbare zaak oordeelde de rechtbank Rotterdam dat het (in een later stadium)  
verlenen van een vergunning, niet in de weg staat aan het opleggen van een boete, gelet op het  
handhavingsbeleid. Een boete ziet immers op een gedraging in het verleden. Volgens de recht-  
bank biedt het handhavingsbeleid de toezichthouder voldoende armslag om per geval de oppor-  
tuniteit van het opleggen van een boete af te wegen (Vzr Rb Rotterdam, 8 april 2010, *LJN*  
BM0507). Het staat de toezichthouder vrij te bezien op welke wijze zij handhavend meent te  
moeten optreden naar aanleiding van een overtreding (Vzr Rb Rotterdam, 5 november 2008,  
*LJN* BG 5172). Zo ook Rb Rotterdam, 24 maart 2011, *LJN* BP9381. Idem CBb: 'De rechtbank  
heeft voorts terecht overwogen dat de omstandigheid dat appellant inmiddels over de benodig-  
de vergunning beschikte op zichzelf genomen geen afdoende reden is om de inzet van een  
bestuurlijke boete op grond van een gedraging in het verleden in strijd te achten met een rede-  
lijke beleidsbepaling.' (11 februari 2013, *LJN* BZ1864, r.o. 5.2).



Zo stelde een aantal financiële instellingen dat zij alles in het werk zouden hebben gesteld om de gevolgen van de overtreding te herstellen, dat de bedrijfsvoering zou zijn aangepast of dat de verantwoordelijke beleidsbepalers inmiddels het veld zouden hebben geruimd. Hierdoor zou een boete niet meer opportuun zijn.<sup>323</sup> De AFM toonde zich echter niet onder de indruk van de reparatie- en verbeterplannen, die doen immers niet af aan het feit dat, in de ogen van de AFM, een ernstige overtreding is gepleegd. Met andere woorden, de getoonde inkeer komt te laat. De AFM rekent af met het gedrag uit het verleden en houdt geen rekening met goede bedoelingen voor de toekomst. Zo stelde de AFM bijvoorbeeld in het geval van SNS Bank, beboet wegens overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners (artikel 4:23 Wft) (2009/14, p. 9).

‘Dat SNS maatregelen heeft genomen ter verbetering van haar verkoop- en adviestraject en ter compensatie van polishouders, maakt niet dat volstaan kan (en moet) worden met minder verstrekkende maatregelen dan boeteoplegging. De overtredingen hadden immers al plaatsgevonden. Bovendien zijn de bedoelde maatregelen genomen nadat de AFM haar concept onderzoeksrapport aan SNS had toegezonden c.q. SNS hierop had gewezen in het telefoongesprek [...].’

De rechtbank Rotterdam volgt deze redeneerlijn van de AFM.<sup>324</sup>

#### *Gevolgen boete*

Weer anderen stellen zich op het standpunt dat het opleggen van een boete in het concrete geval onevenredig zwaar zou zijn vanwege de consequenties die met zich mee zou brengen.<sup>325</sup> Zo stelde dhr. Baars, een particulier beboet wegens marktmanipulatie (artikel 5:58, eerste lid onder b, Wft) (2010/30), dat de boete tot gevolg zou kunnen hebben dat hij zijn baan zou verliezen (p. 10). De AFM dacht hier echter anders over, dhr. Baars had beter kunnen en moeten weten (p. 18).<sup>326</sup>

---

<sup>323</sup> Bijvoorbeeld Momentum Real Estate BV (2009/28, p. 3) en Momentum Development BV (2009/29, p. 3), SNS Bank NV (2009/14, p. 8) en Topdon BV (2009/7, p. 8).

<sup>324</sup> Eigener beweging getroffen verbetermaatregelen, waardoor de AFM zou hebben afgezien van het opleggen van aanwijzing, doen niet aan de overtreding af en maken het opleggen en publiceren van de boete niet minder opportuun. De boete ziet immers op het verleden, aldus de voorzieningenrechter (Vzr Rb Rotterdam, 12 december 2009, *LJN* BK3958). Zo ook Rb Rotterdam, 1 november 2012, *LJN* BY9475.

<sup>325</sup> Dhr. Baars (2010/30) en dhr. Van den Heuvel (2010/31).

<sup>326</sup> De voorzieningenrechter en de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam volgen de AFM in deze redenering (Vzr Rb Rotterdam, 16 december 2010, *LJN* BP0011 en Rb Rotterdam, 17 november 2011, *LJN* BU4962). De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam

'Hoe uw werkgever deze boete beoordeelt, kan de AFM niet voorzien. Als gezegd, heeft u door actief te worden op de financiële markten de verantwoordelijkheid op u genomen om u op de markten volgens de daar geldende regels te gedragen. Als u zich – ondanks verscheidende openbare bronnen die daarvoor beschikbaar zijn – niet vergewist van die regels en die regels overtreedt, komt dit voor uw rekening en risico. Daarnaast zijn er verscheidende aspecten, zoals de opzet die u heeft gehad om de koers te manipuleren, het stelselmatige karakter van uw handelingen en de timing ervan, alsmede de duur van de overtreding, die ertoe hebben geleid dat de AFM van oordeel is dat boeteoplegging in het onderhavige geval een evenredige maatregel is.'

#### Ratio verbod marktmanipulatie

Marktmanipulatie kan worden omschreven als het manipuleren van de normaliter ongehinderde totstandkoming van de prijs van effecten (artikel 5:58 Wft) (Raas, 2008, p. 142-143). Het is een vorm van vals spel dat fnuikend is voor de goede werking (en integriteit) van de financiële markten, aldus Hoff (2010, p. 733).

#### *Normoverdragend gesprek als alternatief*

Het valt op dat betrokkenen in het kader van hun beroep op het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel veelvuldig aanvoeren dat de AFM zou hebben moeten volstaan met het voeren van een normoverdragend gesprek.<sup>327</sup> Om dit be- toog kracht bij te zetten verwijzen zij naar het handhavingsbeleid van de AFM, waaruit zou zijn af te leiden dat een boete primair bedoeld is voor illegale instel- lingen en dat bij onder toezicht staande instellingen een normoverdragend ge- sprek (of een waarschuwing) de voorkeur verdient.<sup>328</sup>

De AFM honoreert dit type verweer echter nooit, onder verwijzing naar haar beleidsvrijheid om handhavend op te treden.<sup>329</sup> Het handhavingsbeleid biedt de AFM naar eigen zeggen voldoende ruimte om per geval, op basis van omstan- digheden van het geval, de opportuniteit van de inzet van een bepaald handha-

---

zag eerder geen wanverhouding tussen de hoogte van de boete en de ernst (structureel ka- rakter en lange duur overtreding) en de verwijtbaarheid van de gedraging (Vzr Rb Rotterdam, 16 december 2010, *LJN* BP0011).

<sup>327</sup> Bijvoorbeeld *Afab NV* (2010/19) of *Friesland Bank NV* (2011/11).

<sup>328</sup> Bijvoorbeeld *Verzekering Online VOF* (2009/4) en *E-proof* (2009/5).

<sup>329</sup> Betrokkenen hebben 'geen recht' op een normoverdragend gesprek, aldus Van Es en Ver- rest: 'Het is niet zo dat een rode kaart altijd wordt voorafgegaan door een gele kaart [...]' (2013, p. 101).

vingsinstrument af te wegen.<sup>330</sup> Het beroept zich in dit verband op vaste jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam.<sup>331</sup>

#### 4.3.3.2 De weging van de subsidiariteit en de proportionaliteit

Uit de verweren waarin een beroep wordt gedaan op de beginselen van behoorlijk bestuur komt naar voren dat betrokkenen in zekere zin een beroep doen op *coulance*: een boete zou niet opportuun zijn, nu men zijn lesje zou hebben geleerd en/of zijn bedrijfsvoering zou hebben aangepast. De AFM laat zich echter weinig gelegen liggen aan dit type verweer. De boete ziet op *past performance*, terwijl de inkeer en de getroffen verbetermaatregelen, wat daar ook van zij, op de toekomst zien. De AFM stelt zich op het standpunt dat zij, gelet op de ernst van de overtreding, een passende sanctie heeft opgelegd. Meer in het algemeen zou het haar in beleidsmatig opzicht vrijstaan een passende sanctie te selecteren.

De AFM stelt zich nogal formeel en legalistisch op door bijvoorbeeld te stellen dat de vergunningverlening een ander afwegingskader kent dan het opleggen van een boete, dat een reparatoire sanctie niet op één lijn kan worden gesteld met een punitieve of dat inkeer en verbeterplannen zien op de toekomst, terwijl de boete op het verleden ziet. Dit mag (*de jure*) zo zijn, het maakt (*de facto*) een nogal technocratische indruk. De AFM lijkt de context, bijvoorbeeld een aantoonbare verbetering van de nalevingsbereidheid, buiten beschouwing te laten bij de belangenafweging bij het opleggen van een boete. De boete is zo een doel op zichzelf en geen middel ter bevordering van de naleving.

---

<sup>330</sup> Bijvoorbeeld *Global Marketing Solutions BV* (2010/13, p. 14). 'Zekerheid dat een eventuele misstap door middel van een normoverdragend gesprek zal worden afgedaan kunnen goedwillende onder toezicht staande financiële ondernemingen in ieder geval nog steeds niet ontlennen aan het Handhavingsbeleid, noch de Toelichting of de gegeven voorbeelden', aldus Sachse (2013, p. 403). Dit geldt volgens hem even goed voor *first offenders* (p. 407). Zo ook Roth (2013a, p. 259) en Van Eersel (2013, p. 112).

<sup>331</sup> Rb Rotterdam 12 november 2009, *LJN* BK3958, 26 april 2010, *LJN* BM4562 en 4 mei 2011, *LJN* BQ3835 en Vzr Rb Rotterdam 3 september 2008, *LJN* BF1175, 30 juni 2009, *LJN* BJ1748. Zo ook CBb 12 februari 2013, *LJN* BZ1864: 'Evenals de rechtbank acht het College verder niet onredelijk dat de afweging inzake de in te zetten handhavingsmaatregel AFM er in dit geval toe heeft gebracht af te zien van een norm overdragend gesprek dan wel –schrijven en een bestuurlijke boete aan appellant op te leggen. Het betreft immers een overtreding van een verbodsbepaling van de hoogste categorie, die geruime tijd heeft voortgeduurd en waarmee appellant een fors bedrag aan provisies heeft verworven.' (r.o. 5.2). Zo ook Sachse (2013, p. 405).

#### 4.3.4 De belangenafweging nader beschouwd

In deze paragraaf sta ik nog eens in algemene zin stil bij de belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen.

De onderbouwing van de boetebesluiten van de AFM blijkt hoofdzakelijk te bestaan uit een waardering van de feiten in het licht van de wet en de jurisprudentie. In het boetebesluit worden de feiten juridisch-technisch gekwalificeerd als een overtreding van de financieel toezichtvoorschriften. De AFM beroept zich bij het onderbouwen van het boetebesluit niet expliciet op het handhavingsbeleid, de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding dan wel de beginselen van behoorlijk bestuur. Zij gaat daar alleen op in als betrokkenen er een uitdrukkelijk beroep op doen. Een afweging van de betrokken belangen is in de onderbouwing van de boetebesluiten in eerste instantie minder goed herkenbaar.

##### *Een eenzijdige belangenafweging*

Echter, als overtreding eenmaal is komen vast te staan blijkt de ernst van de overtreding (dat wil zeggen het algemeen belang) het zwaarst te wegen. De AFM hoeft hier niet al te uitvoerig bij stil te staan, nu de ernst al in zekere zin is verdisconteerd in het wettelijke tariefsysteem. De AFM lijkt dan ook uit te gaan van de ernst *in abstracto*, verweren dat de ernst *in concreto* zou ontbreken stranden in dit stadium, zo blijkt uit de onderzochte boetebesluiten. Met het vaststellen van de overtreding is vervolgens ook de verwijtbaarheid komen vast te staan. Dit wordt slechts anders indien betrokkene aannemelijk weet te maken dat de overtreding hem niet kon worden verweten, bijvoorbeeld door te stellen dat er sprake is van afwezigheid van schuld.<sup>332</sup> Dit komt niet of nauwelijks voor bij de onderzochte boetebesluiten. Daarbij speelt een rol dat de AFM hoge eisen stelt aan de professionaliteit van financiële instellingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de bekendheid met wet- en regelgeving of de invulling van de zorgplicht. Een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur (doorgaans de subsidiariteit en proportionaliteit) stuit af op het betrekkelijk formele standpunt van de AFM dat nu eenmaal een ernstige overtreding is begaan en dat het haar beleidsmatig vrijstaat een passende sanctie te kiezen. Kortom, de AFM hoeft

---

<sup>332</sup> Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de verwijtbaarheid als gegeven kan worden beschouwd als het daderschap eenmaal is komen vast te staan (mits bewijs van het tegendeel mogelijk is). Opzet of schuld zijn immers geen bestanddelen van de 'delictsomschrijving' van bepalingen uit de Wft. Vergelijk ABRvS 9 februari 2005, AB 2006, 385, Michiels en De Waard (2007, p. 55) en Van Eersel (2013, p. 81-82). Zo ook Rb Rotterdam, 13 juli 2009, LJV BJ3770 (r.o. 2.11): 'In het bijzonder is voor het opleggen van onderhavige boete geen opzettelijke of bewuste wetsinbreuk, kwade trouw of recidive aan de zijde van eiseres vereist [...]'.  
[...]

niet veel gewicht in de schaal te leggen om de boetebalans in haar voordeel te doen doorslaan.<sup>333</sup> Al met al komt het beeld naar voren van een betrekkelijk beperkte belangenafweging, waardoor de boeteoplegging een mechanische indruk maakt en vrij gemakkelijk een boete wordt opgelegd.

Medewerkers van de AFM zien dat anders en lichten de onderbouwing van hun boetebesluiten als volgt toe (respondent 16, resp. 15).

‘Er was tot voor kort [invoering Boetewet, AM] ook geen prikkel om uitvoeriger of anders te motiveren, omdat de besluiten in rechte toch wel in stand blijven. Jurisprudentie noopt niet tot uitvoeriger motiveren, dit zou de besluiten alleen maar kwetsbaarder maken. [...] Het blijft maatwerk. Er is geen vast model, waarin als een vast punt het beleid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden afgewerkt. De onderbouwing van het besluit hangt sterk af van de in het geval aangedragen zienswijze.’

‘We beboeten alleen de ernstige overtredingen. Daar zit een selectie achter, maar dat laten we niet expliciet zien. De opportuniteit blijkt uit de voorgeschiedenis van de zaak en het feitencomplex, er is al het nodige aan voorafgegaan, en het type overtreding. De opportuniteit zit ‘m in de ernst. Het zijn evidente zaken, meer uitleg is niet nodig. Het bewijs is rond, er is weinig meer aan te doen, alleen de draagkracht telt nog. We willen ook niet in details verzanden. Bovendien gaat de rechter er ook mee akkoord. Er is geen aanleiding om onze werkwijze te veranderen. [...] Het uitgangspunt is dat op een ernstige overtreding een boete volgt, tenzij... Daar hoeven we niet veel woorden aan vuil te maken. Wij vinden dat het verhaal voor zichzelf spreekt. Dat doen we niet expliciet. Dat zijn toch maar holle frasen in onze ogen. Het heeft toch geen zin om het algemeen belang te benoemen of toe te lichten?’

Waar de boetebesluiten voor de toezichthouder kennelijk voor zichzelf spreken, roepen ze bij advocaten wel de nodige vragen op. Zij zijn vooral kritisch over de beperkte wijze waarop zij invloed kunnen uitoefenen op de belangenafweging. Zo stelt een advocaat (respondent 21).

‘Ik zie aan de buitenkant geen belangenafweging, die zal intern heus wel plaatsvinden. Ik zie wel, als de toezichthouder eenmaal heeft gezegd de zaak gaat naar de boetefunctionaris, dan staat de boete vast. Je kunt dan verweer voeren tot je een ons weegt, maar er gaat helemaal niets meer gebeuren. De trein is dan niet meer tot stilstand te brengen, die begint

---

<sup>333</sup> Zo ook Roth (2013b, p. 439).

eigenlijk al te rijden bij de opdracht van het bestuur van de AFM om een probleem aan te vatten. De toezichthouders gaan dan selectief zoeken en beoordelen. [...] Hoe krijg je als advocaat nog de trein van zijn koers af? Dat is vrij lastig, pas uit het spoor bij de rechter. Je hebt vaak alleen nog maar invloed op de hoogte van de boete. Als de trein eenmaal rijdt, ben je pas bij de rechter weer aan de beurt. Maar ook bij de rechter lukt er weinig. Dus je hebt vrij gemakkelijk een boete te pakken, behalve dat de AFM er maar vijftig oplegt. Dat maakt de onderbouwing extra belangrijk.'

In het verlengde daarvan zijn zij ook kritisch over het proces van belangenafweging (respondent 22, resp. 28).

'Ik ga er niet eens meer heen [de hoorzitting, AM]. De toezichthouder is partij en belanghebbende. De toezichthouder heeft belang bij het opleggen van de boete, daarom komen ze er ook niet meer op terug. Het heeft ze al zoveel tijd en geld gekost. [...]

'Het toezicht is tegenwoordig ingericht op projectbasis, vooringenomenheid sluipt er dan al in. [...] Ik dacht altijd de toezichthouder is redelijk, net als een rechter, die weegt alles af. Maar hoe langer ik dit werk doe, ze zijn net zo partijdig als ik. Het is een doel gedreven organisatie. Ze maken een duidelijke keuze om een marktsegment aan te pakken en uit te kammen. Boetes zijn dan bijna onvermijdelijk, om de markt te laten zien dat ze er zijn. Bij de zienswijze maken ze nooit een u-turn, dat lukt me nog wel bij een vergunning of een aanwijzing.'

En meer in het bijzonder over de rol van de boetefunctionaris (respondent 21 en 22).

'Ik moet glimlachen om de Chinese Walls bij de toezichthouder. Het is het bestuur dat de toon zet, de toezichthouders en de boetefunctionaris werken voor hetzelfde bestuur. De boetefunctionaris is geen wisselwachter.'

De boetefunctionaris is bedoeld als onafhankelijk en waarborg, maar is net zo partijdig als de rest van de organisatie. [...] De boetefunctionaris is geen rechter, maar een *crime fighter*. Het kijkt alleen naar de risico's voor de AFM en niet naar die voor betrokkene.'

De AFM lijkt bij de belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen dan ook weinig rekening te houden met contextuele factoren, waaronder de omstandigheden van het geval en de persoon van de overtreder. Het instrumentele, technocratische karakter van het boetebesluit domineert: de daad staat

voorop en niet de dader. Deze opstelling sluit aan bij eerdergenoemde activistische en instrumentele handhavingstijl, waarbij een instrumenteel-juridische benadering past (Van Stokkom, 2004, p.18). Voor de AFM is dit een efficiënte benadering, voor betrokkenen zal het vermoedelijk minder bevredigend zijn. Zij zullen niet snel het gevoel krijgen dat hen recht is gedaan. Voor de acceptatie van het besluit en de legitimiteit van de toezichthouder is het immers van belang dat het besluit niet alleen rechtmatig is, maar ook dat de procedure als rechtvaardig wordt ervaren, bijvoorbeeld doordat betrokkenen hun standpunt over het voetlicht hebben kunnen brengen en in de onderbouwing van het boetebesluit terugzien dat hun belangen serieus zijn meegewogen (Van der Linden, 2008, p. 21 en 23-24; Oude Vrielink & De Waard, 2011, p. 31).

#### *Onvoldoende tegenkracht*

De boetefunctionaris versterkt deze opstelling van de AFM. Onbedoeld, leidt die tot een verdere juridisering van de besluitvorming. In plaats van voor een bezinning of heroverweging, lijkt de naar voren gebrachte zienswijze eerder te worden gebruikt voor het versterken van de onderbouwing van het boetebesluit, met een schuin oog naar een eventuele procedure bij de rechter. De boetefunctionaris werkt besluit- of sanctiegericht, niet overtreder- of nalevingsgericht. Het zwaartepunt ligt op een rechtmatigheidstoetsing van de voorgestelde boete. Het is immers de rechter die het referentiekader bepaalt voor de boetefunctionaris. De vraag is in hoeverre de boetefunctionaris dan nog toekomt aan het bieden van tegenwicht, zoals bedoeld in het kader van de functiescheiding (vergelijk hoofdstuk 3). Aldus lijkt de boetefunctionaris eerder als 'boeteveredelaar' te werken, dan als 'tegenkracht'.<sup>334</sup>

#### **4.3.5 De rechterlijke toetsing van het besluit om een boete op te leggen**

Tot besluit van deze paragraaf over de belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen, sta ik in cijfermatig opzicht kort stil bij de rechterlijke toetsing van het opleggen van de bestuurlijke boete door de AFM.

In het voorgaande hoofdstuk heb ik uiteengezet, hoe de bestuursrechter te werk gaat bij het beoordelen van boetebesluiten. Allereerst gaat de bestuursrechter

---

<sup>334</sup> In dit opzicht is een parallel te trekken met de kritiek op bezwaarschriftprocedure bij zogenoemde 'beschikkingenateliers' (waaronder de AFM), zoals naar voren kwam uit de eerste evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. Bij beschikkingenateliers zou de besluitvorming meer gericht zijn op juridische verfijning dan bestuurlijke heroverweging. Dit tot grote frustratie van de financieel-economische advocatuur, aldus Van der Meulen. De toezichthouder zou in die bezwaarschriftprocedure krampachtig vasthouden aan het reeds genomen besluit (2003, p. 88-89).

nauwgezet na of er sprake is van overtreding, opdat de toezichthouder bevoegd is om een boete op te leggen (de kwalificatievraag). Het besluit van de toezichthouder om een bestuurlijke boete op te leggen toetst de bestuursrechter vervolgens marginaal (de opportuniteitsvraag). Dit behoort immers tot de beleidsvrijheid van de toezichthouder. De hoogte van een boete toetst de bestuursrechter daarentegen volledig of intensief, mede gelet op het EVRM (de evenredigheidsvraag, vergelijk hoofdstuk 3).<sup>335</sup>

Over de boetebesluiten van de AFM heb ik op de website rechtspraak.nl over de periode 2007-2013 37 uitspraken gevonden van de enkel- of meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam (zie hoofdstuk 1). In 23 van die zaken is het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard (circa 62%).<sup>336</sup> In zeven zaken omdat er in de ogen van de rechtbank geen sprake was van een overtreding, op basis van de feiten en/of een onjuiste toepassing van de wet.<sup>337</sup> In twaalf zaken is het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard wat betreft de hoogte van de boete. Die komen in paragraaf 4.5 over de hoogte van de boete aan de orde. Het gebruik van de boetebevoegdheid als zodanig leidde in geen van de gevallen tot een gegrondverklaring van het beroep.<sup>338</sup>

Van de vijftien uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zijn er negen geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard (circa 64%). In twee zaken werd het beroep om 'inhoudelijke' redenen gegrond verklaard.<sup>339</sup> Daarnaast werd in vier zaken het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard wat betreft de

---

<sup>335</sup> Vergelijk onder meer Rb Rotterdam, 8 april 2010, *LJN* BM0507. Zie ook 5 april 2007, *LJN* BA3126 en CBb, 1 september 2011, *LJN* BS 7874 en 22 februari 2012, *LJN* BV6713.

<sup>336</sup> De toetsing door de voorzieningenrechter komt aan de orde in de paragraaf over de openbaarmaking van de boetebesluiten.

<sup>337</sup> Rb Rotterdam, 18 november 2010, *LJN* BO4708 (boetebevoegdheid vervallen in verband met verjaring overtreding), 4 mei 2011, *LJN* BQ3835 (te ruime uitleg eis artikel 115 BGfo ten aanzien van acceptatiecriteria ten behoeve van het voorkomen overkreditering), 20 oktober 2011, *LJN* BU1355 (boete in strijd met *ne bis in idem*-beginsel), 8 maart 2012, *LJN* BV8617 (geen sprake van agressieve handelspraktijken), 12 juli 2012, *LJN* BX1377 en BX1381 (geen mededelen resp. gebruik voorwetenschap), 2 mei 2013, *LJN* BZ9269 (geen marktmanipulatie).

<sup>338</sup> In de overige vier zaken is het beroep gegrond verklaard op het punt van de openbaarmaking. Deze zaken laat ik in dit kader verder buiten beschouwing, omdat die betrekking hebben op de procedure van openbaarmaking.

<sup>339</sup> CBb, 29 juni 2012, *LJN* BW9889 (niet dezelfde gedraging, boete niet in strijd met *ne bis in idem*-beginsel) en 19 juli 2013, 2013:69 (geen overtreding zorgplicht overkreditering).



hoogte. Ook die komen in de paragraaf over de hoogte van de boete aan de orde.<sup>340</sup>

#### 4.4 Het bepalen van de hoogte van de boete

Na de besluitvorming over het opleggen van de boete als zodanig, ga ik in deze paragraaf in op de factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de boete. Eén en ander in het licht van het handhavingsbeleid en hetgeen betrokkenen naar voren hebben gebracht in het kader van hun zienswijze op het voorgenomen boetebesluit. Waar mogelijk sta ik ook stil bij de beoordeling van de betreffende of een vergelijkbare zaak door de rechtbank Rotterdam of het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Eerst geef ik een cijfermatig beeld. In 56 van de onderzochte gevallen is de boete gematigd, of in de terminologie van de nieuwe, flexibele boetesystematiek: 'afgestemd op' of 'bijgesteld in verband met'. Dat is circa 40% van de boetes waaruit valt af te leiden of er is gematigd, dat zijn er 139, in 26 gevallen is dit laatste uit het persbericht niet op te maken. Het betreft doorgaans boetes uit de hoogste boetecategorie. De boetes die zijn opgelegd op basis van de flexibele boetesystematiek zijn vrijwel allemaal bijgesteld/gematigd. 15 van de boetes die zijn bijgesteld/gematigd, zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de markttoegang, 12 in het kader van het gedragstoezicht op financiële ondernemingen en 29 in het kader van het gedragstoezicht op financiële markten.<sup>341</sup>

In de boetebesluiten die zijn gebaseerd op de oude, vaste boetesystematiek geeft de AFM, onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, telkens aan gehouden te zijn gebruik te maken van haar matigingsbevoegdheid, zodra sprake is van onevenredige verhouding tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding anderzijds.<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> In de overige (3) zaken is het beroep gegrond verklaard op het punt van de openbaarmaking. Ook deze zaken laat ik verder buiten beschouwing.

<sup>341</sup> Waarvan zes samenhangende boetes die in 2010 zijn opgelegd aan het Fortisconcern.

<sup>342</sup> Daarnaast blijkt dat de AFM incidenteel een rechtvaardiging te vinden in de bijzondere omstandigheden van het geval om de boete te matigen. Bijvoorbeeld vanwege de lange looptijd van het onderzoek (dhr. Van der Maarel, 2010/29, p. 7: tijdsverloop bijna drie jaar) en Huislijn.nl, 2012/2, p. 11: tijdsverloop ruim twee jaar). De rechtbank Rotterdam matigde in een vergelijkbare zaak de boete met 10%, gelet op het tijdsverloop van twee en een half jaar tussen het voornemen tot boeteoplegging en de uitspraak in eerste aanleg (Rb Rotterdam, 22 juli 2010, *LJN* BN2146). Zie ook Rb Rotterdam, 24 maart 2011, *LJN* BP9381 (matiging met 10%, gelet op tijdsverloop van twee jaar en zeven maanden) en 22 maart 2012, *LJN* BW0946 (matiging met

Het is volgens de AFM echter aan betrokkene om aan te tonen dat sprake is van een onevenredig hoge boete, gelet op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding en overige omstandigheden van het geval, waaronder de draagkracht. In de boetebesluiten die zijn gebaseerd op de nieuwe, flexibele boetesystematiek weegt de AFM per besluit standaard en systematisch de ernst, verwijtbaarheid en draagkracht af, waardoor het boetebedrag nogal fluctueert, voordat het uiteindelijk wordt vastgesteld.<sup>343</sup> Daarnaast houdt de AFM in het nieuwe systematiek ook uitdrukkelijk rekening met recidive.<sup>344</sup>

Zoals betrokkenen een beroep doen op één of meer wegingsfactoren uit het handhavingbeleid in het kader van hun verweer tegen het besluit om een boete op te leggen, doen zij dat ook in hun verweer tegen de hoogte van de boete. Daarnaast doen zij een beroep op hun beperkte draagkracht. In het onderstaande ga ik in op de wijze waarop de AFM de ernst, verwijtbaarheid en draagkracht weegt, in het licht van haar handhavingbeleid en het verweer van betrokkenen.

#### 4.4.1 De ernst

Uit de boetebesluiten blijkt dat betrokkenen ook in dit stadium de ernst van de overtreding ter discussie stellen, door aan te voeren dat de financiële en/of maatschappelijke gevolgen van hun handelen (*in concreto*) te verwaarlozen zou zijn.

---

15%, gelet op tijdsverloop van drie jaar en zes maanden). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven matigde met 5% in verband met het tijdsverloop van twee jaar en een maand tussen de ontvangst van het hogerberoepschrift en de uitspraak in hoger beroep (CBb, 22 februari 2012, *LJN* BV6713). Een andere bijzondere reden tot matiging was gelegen in de structuur van de rechtspersoon, die zou leiden tot dubbele beboeting (Fortis, 2010/32-37, p. 47-48). De rechtbank Rotterdam achtte dit boetebedrag evenredig, volgens de rechtbank wordt het concern zeker niet tekortgedaan door de halvering van de boetebedragen. Het achtte de overtredingen zeer ernstig en verwijtbaar (Rb Rotterdam, 4 mei 2011, *LJN* BQ3832). Overigens heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de boetes later vernietigd (CBb, 14 februari 2014, *LJN* 2014:52).

<sup>343</sup> Opgemerkt zij dat in de openbare boetebesluiten de overgelegde gegevens over de draagkracht (bijvoorbeeld de winst en omzet of het inkomen en het vermogen) vaak grotendeels onleesbaar zijn gemaakt vermoedelijk om de privacy te beschermen. Dit maakt het lastiger de precieze weging van de draagkracht te reconstrueren.

<sup>344</sup> Bijvoorbeeld *Avéwé Holding BV* (2011/12, p. 17) en *BAG BV* (2012/10, p. 17-18). Dit leidde tot een verdubbeling van het basisbedrag tot € 1.000.000,-.

### *De financiële gevolgen van de overtreding*

Zo voerde een aantal financiële instellingen aan dat zij weliswaar (korte tijd) zouden hebben bemiddeld zonder te beschikken over de vereiste vergunning (artikel 2:80 Wft), maar dat hun cliënten niet zouden zijn benadeeld door hun handelwijze.<sup>345</sup> De AFM honoreerde dit verweer en matigde de boetes tot de eerst lagere categorie.<sup>346</sup> De spiegelbeeldige situatie, namelijk dat betrokkene zich zou hebben verrijkt ten koste van zijn cliënt, staat aan matiging in de weg. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de onderbouwing van het boetebesluit inzake financiële dienstverlener Verzekeringen Online VOF (VO), beboet wegens overtreding van de vergunningplicht (artikel 2:80 Wft) (2009/4, p. 13).<sup>347</sup>

‘De AFM ziet geen aanleiding om tot matiging van de boete over te gaan. Daartoe is onder meer redengevend dat VO [...] over de periode van 1 januari 2007 tot en met 5 maart 2008 een aanzienlijk bedrag aan beloning heeft ontvangen voor de illegaal verrichte werkzaamheden. [...] In dit kader wordt benadrukt dat VO zich gedurende lange tijd aan het toezicht van de AFM heeft onttrokken.’

In het geval van Brilliant Advies BV, beboet wegens het veronachtzamen van de vakbekwaamheidseisen voor zijn medewerkers (artikel 4:9, tweede lid, Wft) (2011/3) evenals het samenwerken met een illegale onderbemiddelaar (artikel 4:94, derde lid, Wft) (2011/15), zag de AFM in het genoten voordeel (de ontvangen provisie) geen aanleiding om het basisbedrag van de boete (€ 500.000,-) te verhogen of verlagen, in verband met de ernst. Daar kwam bij dat in dit geval cliënten (mogelijk) wel zouden zijn benadeeld, als gevolg van het niet vakbekwaam gegeven advies.

Uit eerdergenoemd boetebesluit inzake Verzekeringen Online (2009/4) blijkt dat ook de, relatief lange, duur van de overtreding een rol speelt bij het wegen van de ernst.

Uit de boetebesluiten die zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel komt naar voren dat de duur van de overtreding doorgaans geen aanleiding

---

<sup>345</sup> Bijvoorbeeld World Wide Broker (2008/3, p. 7), De Automakelaars (2011/1, p. 15-16).

<sup>346</sup> € 24.000,-.

<sup>347</sup> De rechtbank Rotterdam matigde de boete echter wel tot de eerst lagere categorie vanwege de verminderde ernst en omdat de AFM in een vergelijkbaar geval de boete wel had gematigd tot de eerst lagere categorie (Rb Rotterdam, 24 maart 2011, LJV BP9378).

vormt voor de AFM om het basisbedrag, gelet op de ernst, opwaarts of neerwaarts bij te stellen.<sup>348</sup>

#### *De maatschappelijke gevolgen van de overtreding*

Andere financiële instellingen voerden in dit kader aan dat de gevolgen van hun handelen voor de financiële markt gering zouden zijn gebleven. Zo zouden bijvoorbeeld in het geval van eerdergenoemde financiële dienstverlener De Automakelaars, die de vergunningplicht zou hebben overtreden, alleen zakelijke cliënten zijn getroffen en geen particuliere.<sup>349</sup> Dit vormde, tezamen met eerdergenoemde redenen, voor de AFM aanleiding om te matigen.<sup>350</sup>

Een andere overweging van de AFM om in dit kader te matigen was dat betrokkenen zelf het initiatief zouden hebben genomen om de nadelige gevolgen van hun overtreding zo veel mogelijk weg te nemen, waardoor zij dan wel niet naar de letter, maar wel in de geest van de wet hadden gehandeld.<sup>351</sup> Waar deze handelwijze de AFM in eerste instantie niet af kon brengen van zijn voornemen een boete op te leggen (zie paragraaf 4.3.1.1), verdisconteert zij dit nu wel in de hoogte van de boete.<sup>352</sup>

#### Ratio prospectusplicht

Voor het aanbieden van effecten geldt in plaats van een vergunning-, een prospectusplicht. De prospectus moet beleggers informeren en ondersteunen bij hun beleggingsbeslissingen (artikel 3,1 Wte en artikel 5:2 Wft).<sup>353</sup> Ook moet de prospectus de transparantie van processen op financiële markten bevorderen (Grundmann-van de Krol, 2012, p. 150-151). De AFM toetst de prospectus op volledigheid, consistentie en begrijpelijkheid.<sup>354</sup>

<sup>348</sup> Bijvoorbeeld DFD BV (2011/8), Avéwé Holding BV (2011/12, p. 17) en NCIC BV (2012/3, p. 19).

<sup>349</sup> De Automakelaars (2011/1, p. 15-16).

<sup>350</sup> Tot de eerst lagere boetecategorie (€ 24.000,-).

<sup>351</sup> Bijvoorbeeld Momentum Real Estate BV (2009/28), Momentum Development (2009/29) en Iberrealty (2009/30). Deze instellingen waren beboet wegens overtreding van de prospectusplicht (artikel 5:2 Wft) omdat zij zouden hebben verzuimd in hun reclame-uitingen en documentatie te vermelden dat zij niet onder toezicht stonden van de AFM (artikel 53, derde lid, Vrijstellingsregeling Wft). Zij hadden de moeite genomen hun cliënten alsnog op deze omissie te wijzen.

<sup>352</sup> De AFM bepaalde de boete op € 24.000,-, de eerstlagere boetecategorie.

<sup>353</sup> Deze verplichting is terug te voeren op de Prospectusrichtlijn (Richtlijn 2003/71/EG).

<sup>354</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, 19.

Ook in het geval van twee particulieren, beboet wegens marktmanipulatie (artikel 5:58 Wft) (2010/30 en 31), zag de AFM aanleiding tot matiging.<sup>355</sup> Volgens de AFM zou de overtreding, mede als gevolg van hun atypische werkwijze, slechts een geringe invloed hebben gehad op de markt, ondanks het structurele karakter en de lange duur ervan (dhr. Van den Heuvel, 2010/31, p. 16).

‘De AFM meent dat er hier sprake is geweest van een beperkte invloed op de markt. Hoewel de overtreding structureel en gedurende een periode van 5 maanden heeft plaatsgevonden, ziet de AFM in het feit dat u steeds maar met een beperkt aantal aandelen handelde aanleiding voor het standpunt dat de marktimpact beperkt is geweest.’

Een vergelijkbaar geval is dat van dhr. Van Leeuwen, beboet wegens overtreding van het verbod op het gebruik van voorwetenschap (artikel 5:56, derde lid, onder a, Wft) (2011/18). De AFM zag ook in zijn geval aanleiding tot verlaging van het basisbedrag (€ 2.000.000,-) (gelet op de ernst).<sup>356</sup> Zijn handelwijze en hoedanigheid als particuliere, onervaren belegger zou het vertrouwen in de markt slechts in beperkte mate hebben geschaad (2011/18, p. 21).<sup>357</sup> De geringe

---

<sup>355</sup> Zo zou dhr. Baars voortdurend en gedurende lange tijd telkens één aandeel hebben gekocht in zijn favoriete fondsen en daarover positieve berichten hebben geplaatst op internetfora van beleggingssites (2010/30). De opwaartse invloed (*de up-tick*) zou telkens beperkt zijn geweest, namelijk telkens ter waarde van één cent. Hij zou daarmee geen voordeel hebben behaald. Dhr. van den Heuvel volgde een enigszins vergelijkbare werkwijze (2010/31). Hij verrichtte een groot aantal transacties in aandelen van één fonds, telkens met een klein volume, tegen de hoogste koers en meestal aan het einde van de handelsdag. Dit met de expliciete bedoeling de beurskoers te verhogen. Ook hij zou daarmee geen voordeel hebben behaald. De AFM matigde beide boetes tot de eerstlagere boetecategorie (€ 24.000,-). In het geval van dhr. Baars matigde de rechtbank Rotterdam de boete nog verder tot € 10.000,-. De rechtbank gaf aan zich te realiseren dat de aanpak van marktmisbruik een speerpunt is van de AFM en dat met het oog op het vertrouwen in de financiële markten de boete afschrikwekkend moet zijn, maar achtte in dit geval een lagere boete passend en geboden. Betrokkene was slechts als particulier actief op de financiële markten, zijn gedragingen, hoewel verwijtbaar, hadden slechts een beperkte *impact* op het koersverloop en hij had geen voordeel genoten van zijn handelwijze (Rb Rotterdam, 17 november 2011, *LJN BU4962*).

<sup>356</sup> Dhr. Van Leeuwen zou in de pauze van een ondernemersdag, waar een bestuurder van Super de Boer sprak, met spoed een beleggingsrekening hebben geopend en transacties hebben verricht in aandelen Super De Boer. De AFM verlaagde het basisbedrag met 50% tot € 1.000.000,-.

<sup>357</sup> De betreffende bestuurder van Super De Boer, dhr. Heidman, is eveneens beboet. In zijn geval wegens overtreding van het mededelingsverbod (artikel 5:57, eerste lid, onder a, Wft) (2011/19). De rechtbank vernietigde deze boetebesluiten echter, omdat de gewraakte uitlatin-

maatschappelijke gevolgen van de overtreding vormde ook de reden voor matiging in het geval van dhr. Mol, senior handelaar bij een beleggingsonderneming. Hij was beboet wegens overtreding van het verbod op meedelen van voorkennis (artikel 5:57, eerste lid, onder a, Wft). Ook in zijn geval verlaagde de AFM het basisbedrag (€ 2.000.000,-) (gelet op de ernst).<sup>358</sup> De AFM lichtte zijn overwegingen als volgt toe (2012/11). p. 14).

'Door het meedelen van voorwetenschap aan een derde, anders dan in de normale uitoefening van iemands werk, beroep of functie kan het vertrouwen in de markt ernstig worden geschaad. In dit geval is de informatie echter slechts aan een persoon verstrekt en heeft deze persoon verder niet op basis van die informatie gehandeld. Daarbij komt dat de duur van de overtreding relatief kort is, te weten 70 minuten [kort voor sluitingstijd van de beurs, AM]. Gezien de relatief geringe volumes waarin het aandeel X op de beurs wordt verhandeld, ligt misbruik van die wetenschap in de 'Trading at Last Phase' en de 'After Hours Trading' minder voor de hand. Uit het onderzoek is niet gebleken dat enig voordeel met de overtreding is behaald. De overtreding heeft niet geleid tot extra handel of tot beïnvloeding van de prijs van het aandeel X. Gelet op het bovenstaande is het aannemelijk dat het vertrouwen in de markt slechts in geringe mate is geschaad.'

#### 4.4.2 De verwijtbaarheid

Vervolgens stellen betrokkenen (opnieuw) de verwijtbaarheid van de overtreding aan de orde, onder meer door aan te voeren dat zij de overtreding niet opzettelijk zouden hebben begaan, maar dat er sprake zou zijn van een menselijke fout of omissie. Verder beriepen zij zich op hun op *compliance* gericht gedrag (treffen herstelmaatregelen, medewerking verleend). Ook zou de norm onduidelijk zijn, waardoor de overtreding hen niet zou kunnen worden verweten.

---

gen van dhr. Heidman onvoldoende concreet waren om te kunnen spreken van het overtreden van het mededelingsverbod c.q. het gebruik van voorwetenschap (Rb Rotterdam, 12 juli 2012, *LJN* BX1377 en BX1381). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven vernietigde in hoger beroep de boetebesluiten om dezelfde redenen (CBb, 5 februari 2014, *LJN* 2014:40 en 41).

<sup>358</sup> De AFM verlaagde het basisbedrag met 50% tot € 1.000.000,-.

### *De opzet bij de overtreding*

Een groep financiële instellingen voerde in dit verband aan de overtreding niet met opzet te hebben begaan.<sup>359</sup> Er zou bijvoorbeeld sprake zijn geweest van een eenmalige menselijke fout of een haperend automatiseringssysteem. In het geval van Lloyds Banking Group plc., beboet wegens overtreding van de meldingsplicht (artikel 5:38, eerste lid, Wft), ziet de AFM hierin bijvoorbeeld aanleiding om tot matiging over te gaan (2009/32, p. 5).<sup>360</sup>

‘Lloyds heeft de wet niet bewust overtreden, althans voldoende aannemelijk gemaakt dat hier geen sprake is van opzettelijk handelen, maar dat sprake was van een foutieve menselijke handeling in combinatie met het niet ‘verklikken’ door haar meldingssysteem van de vermindering van het belang in Wavin van 5% naar 4,84%. Het gegeven dat de fout (mede) werd veroorzaakt doordat Lloyds een verouderd meldingssysteem had, komt strikt genomen voor haar eigen risico, maar de AFM acht het tevens van belang dat in dit geval slechts sprake was van – voor zover de AFM bekend – één enkele overtreding van de meldingsplicht en Lloyds niet eerder heeft verzuimd aan de AFM een melding te doen van haar kapitaalbelangen.’

In de boetebesluiten die zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel blijkt de verwijtbaarheid vaak wel aanleiding te vormen voor de AFM om het basisbedrag te verhogen, in tegenstelling tot de ernst.<sup>361</sup> Betrokkenen hadden als professionele marktdeelnemer beter kunnen en moeten weten, aldus de AFM. In eerdergenoemd geval van dhr. Mol (2012/11) stelde de AFM dat hij als *professional* beter had moeten weten. Zo zou hij de *Inside Information Policy* van zijn onderneming hebben ondertekend. De AFM verwacht juist van een *professional* dat die geen fouten maakt, bestand is tegen de hectiek van de markt en zich conformeert aan de geldende regelgeving (2012/11, p. 15). In andere gevallen hadden betrokkenen beter kunnen weten, onder meer omdat zij door de AFM zouden zijn geïnformeerd over of gewezen op de (on)toelaatbaarheid van hun handelen.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Bijvoorbeeld World Wide Broker (2008/3, p. 7), MF Global Ltd (2008/8), BNP Parisbas SA (2009/31, p. 8), Lloyds Banking Group plc (2009/32, p. 3), dhr. Rotgans (2010/6, p. 8-9) en dhr. Sickman (2011/17, p. 8).

<sup>360</sup> De AFM stelt de boete dan ook op € 6.000,-, de eerst lagere categorie.

<sup>361</sup> Bijvoorbeeld Briljant Advies BV (2011/3 en 2011/15), NCIC BV (2012/3, p. 19), Consumenten Adviescentrum BV (2012/9), BAG BV (2012/10) en dhr. Mol (2012/11, p. 15). De AFM verhoogde het basisbedrag doorgaans met 25%.

<sup>362</sup> Bijvoorbeeld Briljant Advies BV (2012/9) en NCIC BV (2012/3).

#### *Op compliance gericht gedrag*

In dit kader voeren betrokkenen ook nog aan dat zij de gewraakte handelingen onmiddellijk zouden hebben gestaakt, de nodige maatregelen zouden hebben getroffen om de omissie te herstellen en zich ook overigens coöperatief zouden hebben opgesteld. Hierdoor zou de overtreding hen minder sterk te verwijten zijn, hetgeen tot uitdrukking zou moeten komen in de hoogte van de boete.<sup>363</sup>

De AFM laat dit gedrag echter niet meewegen omdat betrokkenen hiertoe niet zelf het initiatief zouden hebben genomen. De overtreding zou pas zijn beëindigd en/of de herstelmaatregelen zouden pas zijn getroffen nadat de instelling daarop was geattendeerd door de AFM of op aandringen van de AFM. Zo stelde de AFM in het geval van BNP Paris, beboet wegens overtreding van de meldingsplicht (artikel 5:38, eerste lid, Wft) (2009/31, p. 8-9).

'Dat BNP niet de intentie had om de Wft te overtreden behoort in casu naar het oordeel van de AFM niet te leiden tot matiging van de boete. In tegenstelling tot X blijkt namelijk uit de feiten niet dat BNP uit zichzelf een poging heeft gedaan om de melding op tijd te doen. [...] Bovendien heeft BNP niet uit eigen initiatief de melding van Cardiff gecorrigeerd.'

De aan het onderzoek verleende medewerking moet substantieel verder gaan dan de wettelijk verplichte, zo blijkt uit de onderbouwing van het boetebesluit inzake NCIC BV, beboet wegens overtreding van de vergunningplicht (artikel 2:80 Wft) (2012/3, p. 17-18).

'Dat NCIC heeft meegewerkt aan het onderzoek en zich niet aan haar verplichtingen heeft geprobeerd te onttrekken, wijst niet vanzelfsprekend op een verminderde verwijtbaarheid ten aanzien van de geconstateerde overtreding. De mate van verwijtbaarheid ziet immers niet op een mogelijk op compliance gericht gedrag maar op de gedragingen van de overtreder met betrekking tot de geconstateerde overtreding. [...] Overigens merkt de AFM op dat in casu geen sprake is van bijzondere omstandigheden ten aanzien van het op compliance gericht gedrag, dan wel uitzonderlijk goed gedrag van NCIC, dat een bijstelling van het boetebedrag naar beneden zou rechtvaardigen. Dat NCIC heeft meegewerkt aan het onderzoek is conform artikel 5:20 van de Awb een wettelijke verplichting. NCIC werd hier ook op gewezen in de brieven van de AFM. Er is naar de mening van de AFM in onderhavig geval geen sprake van

---

<sup>363</sup> Bijvoorbeeld World Wide Broker (2008/3, p. 7), BNP Parisbas SA (2009/31, p. 8), ICS (2009/38, p. 6), dhr. Rotgans (2010/6, p. 8-9), dhr. Sickman (2011/17, p. 8) en Brilliant Advies BV (2012/9)



daadwerkelijke verdergaande medewerking aan het onderzoek van de AFM dan waartoe NCIC wettelijk was gehouden.’

#### *De kenbaarheid van de norm*

Een andere groep financiële instellingen voerde aan dat er onduidelijkheid zou bestaan over de reikwijdte van het begrip (aanbieden van een) beleggingsobject (artikel 2:55 Wft) en bemiddelen in een digitale omgeving (artikel 2:80 Wft).<sup>364</sup> Hoewel volgens de AFM inmiddels wel genoegzaam zou zijn komen vast te staan dat het aanbieden van percelen grond valt te kwalificeren als het aanbieden van een beleggingsobject en het dus ook niet afzag van haar voornemen een boete op te leggen (vergelijk paragraaf 4.3.1.2.), zag zij in dit geval wel aanleiding tot matiging.<sup>365</sup> De AFM erkende, onder verwijzing naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam, dat over dat begrip aanvankelijk toch enige onduidelijkheid kon bestaan (2010/2, p. 13).<sup>366</sup> In het geval van financiële dienstverlener Financieel Planbureau (FP), beboet wegens overtreding van de vergunningplicht voor bemiddelen (artikel 2:80 Wft) (2011/2), en in dubio over de reikwijdte van het begrip bemiddelen, motiveerde de AFM de matiging als volgt (2011/2, p. 10).<sup>367</sup>

‘De eventuele onduidelijkheid over de invulling van het Wft-begrip ‘bemiddelen’, die is geschapen doordat verschillende rechterlijke colleges daaraan mogelijk een andere invulling geven, en de omstandigheid dat de AFM zich nog niet expliciet over deze civiele uitspraken heeft uitgelaten, dienen naar het oordeel van de AFM niet volledig voor rekening en risico te komen van de partij die stelt zich op een bepaalde uitleg te hebben verlaten.’

De balans valt echter weer anders uit in het geval de overtreding lange tijd zou hebben geduurd (bijna een jaar), aanzienlijk voordeel zou hebben opgeleverd en

---

<sup>364</sup> Bijvoorbeeld Grond en Vastgoedspecialisten Nederland BV (GVSN) (2010/1, p. 4-5), Stemax Holding BV (SH) (2010/2, p. 12), Richland Real Estate BV (2010/3, p. 10) en Financieel Planbureau (2011/2, p. 4).

<sup>365</sup> In het geval van GVSN matigde de AFM de hoogte van de boete tot de eerstlagere categorie (€ 24.000,-) en in het geval van SH tot € 6.000,-, nadat het boetebedrag al eerder was gematigd tot € 24.000,- in verband met het geringe verkregen voordeel.

<sup>366</sup> VZR Rb Rotterdam, 8 april 2010, LJV BM0508. De voorzieningenrechter oordeelde in die zaak dat er een wanverhouding bestond tussen de hoogte van de boete en de verminderde verwijtbaarheid, als gevolg van onduidelijkheid over de reikwijdte van het begrip beleggingsobject (zie verder paragraaf 4.5).

<sup>367</sup> De AFM matigde de hoogte van de boete tot de eerstlagere categorie (€ 24.000,-).

de overtreding niet eigener beweging zou zijn gestaakt. In dat geval wegen de ernst en verwijtbaarheid te zwaar om matiging te kunnen rechtvaardigen.<sup>368</sup>

In dit verband is ook wel aangevoerd dat de reikwijdte van de zorgplicht voor financiële dienstverleners onvoldoende duidelijk zou zijn en dat de boete om die reden zou moeten worden gematigd.<sup>369</sup> De AFM wees deze verweren categorisch af, omdat zij zich op het (vaste) standpunt stelt dat de zorgplicht voor financiële dienstverleners geen vragen meer zou mogen oproepen (vergelijk paragraaf 4.3.1.2).

#### **4.4.3 De draagkracht**

Als laatste punt in hun zienswijze op het voorgenomen boetebesluit stellen betrokkenen hun draagkracht aan de orde. Die zou te gering zijn om de boete te kunnen dragen.

Mits goed onderbouwd, honoreert de AFM een dergelijk verweer doorgaans wel.<sup>370</sup> In de boetes die zijn opgelegd op basis van het vaste boetestelsel gaat het dan om de spreekwoordelijke schrijnende gevallen, zo blijkt bijvoorbeeld uit het boetebesluit inzake bemiddelaar in levensverzekeringen Op Doorreis VOF, beboet wegens overtreding van de vergunningplicht (artikel 2:80, eerste lid, Wft) (2009/1, p. 7).<sup>371</sup>

‘De heer X heeft voorts gedocumenteerd aangetoond dat zijn financiële positie, en die van Op Doorreis zodanig beperkt is dat een bestuurlijke boete van € 96.000,- onevenredig hoog is. Zowel mevrouw Y als de heer X beschikken niet over noemenswaardige vermogensbestanddelen, noch over een koopwoning. Uit de jaarrekening over het boekjaar 2007 van de VOF blijkt dat er een negatief vermogen bestaat. De VOF heeft een kortlopende schuld [...] Mevrouw Y heeft zelf een marginaal inkomen als medewerkster bij C, gebaseerd op een zogenaamde nul-uren contract. Daarmee staat naar het oordeel van de boetefunctionaris voldoende vast dat Op Doorreis over een beperkte draagkracht beschikt. ‘

---

<sup>368</sup> Bijvoorbeeld Richland Real Estate BV (2010/3, p. 16-18). In bezwaar heeft de AFM dit boetebesluit herroepen en alsnog gematigd in verband met onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het toezicht op beleggingsobjecten en het feit dat Richland vooraf advies had ingewonnen omtrent de toelaatbaarheid van haar activiteiten (Beslissing op bezwaar, 23 juli 2010, p. 14-15).

<sup>369</sup> Bijvoorbeeld CKB Finance (2008/6, p. 6).

<sup>370</sup> Bijvoorbeeld VOF Op Doorreis (2009/1, p. 7) en De Automakelaars (2011/1, p. 15-16).

<sup>371</sup> De AFM bepaalde de boete in dit geval niet op eerst lagere, maar op de daaropvolgende (midden)categorie (€ 6.000,-).

De boetes die zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel zijn vaak in aanzienlijke mate bijgesteld in verband met de draagkracht.<sup>372</sup> De reden voor de matiging is onder meer gelegen in de financiële situatie zoals die naar voren komt uit het balans totaal, de jaarstukken en/of de omvang van de onderneming, in geval van rechtspersonen, en het jaarinkomen, overige inkomsten en de vaste lasten, in geval van particulieren. Verder blijkt de AFM in geval van natuurlijke personen met een vermogen kleiner dan € 500.000,-, de boete te verlagen.<sup>373</sup>

#### *Extra evenredigheidstoets*

In het geval van de boetes die zijn opgelegd op basis van het nieuwe, flexibele boetestelsel, ziet de AFM een aantal maal in artikel 5:46, tweede lid, Awb een extra aanleiding om de hoogte van de boete aan te passen. Reden tot verlaging van het basisbedrag was onder meer gelegen in de geringe omvang en de vermogenspositie van de onderneming, het geringe vermogen van een particulier of het feit dat de gewraakte werkzaamheden inmiddels waren gestaakt.<sup>374</sup>

In dit kader voerde de AFM ook een zogenoemde passendheidstoets uit.<sup>375</sup> Dat gebeurde bijvoorbeeld in het geval van dhr. Mol, medewerker van een beleggingsonderneming die was beboet wegens overtreding van het verbod op meedelen van voorkennis. Kennelijk gaven zijn nijpende persoonlijke omstandigheden daar aanleiding toe. Betrokkene voerde in zijn verweer namelijk aan op staande voet te zijn ontslagen en geen recht te hebben op een uitkering. Bovendien zou hij zijn berispt door de Tuchtcommissie van het *Dutch Securities Institute* (2012/11, p. 15).

‘Een boete moet passend en geboden zijn. Naar aanleiding van de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden in onderlinge samenhang bezien, is de

---

<sup>372</sup> Bijvoorbeeld BAG BV (2012/10), Bikudak (2011/26), dhr. Mol (2012/11) en NCIC BV (2012/3). De boetes zijn vaak met meer dan 75% verlaagd.

<sup>373</sup> Bijvoorbeeld dhr. Mol (2012,11, p. 15): een verlaging tot 5% van het basisbedrag dat eerder op basis van de ernst was verlaagd en op basis van de verwijtbaarheid weer was verhoogd. Dit in het licht van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam die op basis van de wetsgeschiedenis veronderstelde dat in geval van kleine zelfstandigen en natuurlijke personen in beginsel aanleiding is tot aanzienlijke matiging op grond van de draagkracht (Vzr Rb Rotterdam, 21 juni 2011, *LJN BQ8872*).

<sup>374</sup> Bijvoorbeeld DFD BV (2011/8): verlaging tot 10% van het basisbedrag, dhr. Van Leeuwen (2011/18): verlaging tot 10% van het eerder gelet op de ernst verlaagde basisbedrag, vermeerderd met het behaalde voordeel en Consumenten Adviescentrum BV (2012/9): verlaging tot 5% van het eerder gelet op de verwijtbaarheid verhoogde basisbedrag.

<sup>375</sup> Deze (extra) afweging duikt op een gegeven moment op in de onderbouwing van de boetebesluiten uit 2012.

AFM van mening dat de boete zoals die is bepaald na het doorlopen van voorgaande stappen niet passend en geboden is. De overtreding heeft voor u, zowel financieel als op persoonlijk gebied, ernstige consequenties gehad. Daarbij is de boodschap dat dergelijk gedrag niet acceptabel is, duidelijk overgekomen. Dit alles, in samenhang bezien met het feit dat sinds het plegen van de overtreding, ondanks uw coöperatie en het feit dat u de overtreding niet inhoudelijk hebt betwist, twee jaren zijn verstreken, leidt ertoe dat de AFM van mening is dat de boete verlaagd moet worden.'

Wellicht tegen de verwachting in, hoeft een (dreigend) faillissement (noch in het vaste-, noch in het flexibele boetestelsel) niet te betekenen dat de hoogte van de boete dient te worden gematigd in verband met de (geringe) draagkracht van betrokkene. Zo overwoog de AFM in het geval van financiële dienstverlener Qua Rendum BV (2009/17, p. 9) en Naber BV (2009/18, p.11), beboet wegens overtreding van hun zorgplicht (artikel 4:23 Wft).

'Nu de vennootschap reeds failliet is op het moment van boeteoplegging kan de hoogte van de op te leggen boete niet meer van invloed zijn op de vraag of de financiële positie van de vennootschap als gevolg van de oplegging van de boete zodanig zal komen te verslechteren dat de vennootschap in haar voortbestaan wordt bedreigd. De AFM ziet dan ook geen reden tot matiging van de op te leggen boete vanwege de financiële positie van de vennootschap.'

Ook in het geval van DSB Bank NV, beboet voor overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners (artikel 4:23, eerste lid, Wft) stelt de AFM dat uit het wettelijk boetesysteem niet volgt dat in geval van faillissement de hoogte van de boete in alle gevallen nihil dient te zijn (2010/22, p. 30).<sup>376</sup>

#### **4.4.4 De maximale hoogte van de boete: het effect van de Boetewet**

Zoals gezegd is in 2009 een nieuwe, flexibele boetesystematiek geïntroduceerd. In deze paragraaf ga ik in op het effect van de invoering van dit boetesysteem op de uiteindelijke hoogte van de boete. In hoeverre worden nu hogere boetes opgelegd, ter afschrikking van financiële conglomeraten, zoals de beleidsmakers voor ogen stond (vergelijk hoofdstuk 3)?

De hoogste boetes die zijn opgelegd op basis van de oude, vaste boetesystematiek liggen, na matiging, tussen de € 108.905,- (artikel 9a jo 9b, eerste lid, Bte, artikel 9v jo 9b B te en artikel 9e Bte) (2008/2-4) en de € 192.000,- (artikel 2:96,

---

<sup>376</sup> Idem in geval van Consumenten Adviescentrum BV (2012/9).

eerste lid, Wft) (2010/5). In bijlage 3 is een overzicht opgenomen van de opgelegde boetebedragen.<sup>377</sup>

De hoogste boetes die zijn opgelegd op basis van de nieuwe, flexibele boetesystematiek liggen, na afstemming/matiging, tussen de € 114.000,- (artikel 5:56, derde lid, onder a, Wft) (2011/18) en € 500.000,- (artikel 4:23, eerste lid, Wft) (2011/11). Dat is aanmerkelijk hoger dan in het oude, vaste boetestelsel.<sup>378</sup> Nu is laatstgenoemde boete wel een uitschieter, omdat die is bepaald op het basisbedrag en verder niet is aangepast. De meeste boetes uit het flexibele boetestelsel komen lager uit respectievelijk zijn gematigd, op basis van de ernst, verwijtbaarheid, draagkracht en overige omstandigheden van het geval. De eerstvolgende boete ligt dan ook op € 240.000,- (artikel 5:58, eerste lid, onder a, Wft) (2012/12). Dat is nog altijd hoger dan in het oude, vaste boetestelsel.<sup>379</sup> De hoogste boetes zijn voornamelijk opgelegd in het kader van het toezicht op financiële markten: misbruik van voorwetenschap en marktmanipulatie.<sup>380</sup> Vooral deze boetes liggen aanzienlijk hoger, tussen de € 114.000,- en € 240.000,-, dan die uit het oude, vaste boetestelsel, die tussen de € 96.000,- en € 144.000,- lagen.

Maar ook de boetes die worden opgelegd voor overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners (artikel 4:23, eerste lid, Wft) zijn aanzienlijk hoger komen te liggen. Van € 6.000,- tot € 30.000,- in het oude, vaste boetestelsel tot € 6.000,- en € 50.000,- in het nieuwe, flexibele boetestelsel.<sup>381</sup> Daar staat tegenover dat deze boetes in het nieuwe, flexibele stelsel waar nodig ook sterker zijn gematigd, bijvoorbeeld tot € 500,-.

---

<sup>377</sup> De hoogste boete die de AFM, voor zover ik heb kunnen nagaan (tot medio 2014), op basis van het oude boetestelsel heeft opgelegd bedraagt € 871.250,- en is 21 februari 2011 opgelegd aan accountantsorganisatie KPMG wegens overtreding van artikel 8, eerste lid, Bta. Daar kwam nog een boete bij van € 10.000,- wegens overtreding van artikel 8, tweede lid, Bta. Deze boetesluitingen zijn pas op 3 juni 2013 openbaar gemaakt, waardoor die buiten de selectie vallen ten behoeve van dit onderzoek.

<sup>378</sup> Vergelijk de casestudy van SIRM (Appelman, e.a.), waarin de conclusie wordt getrokken dat de Boetewet heeft geleid tot hogere boetes (2013, p. 98-104).

<sup>379</sup> De hoogste boete die de AFM, voor zover ik heb kunnen nagaan (tot medio 2014), op basis van het nieuwe boetestelsel heeft opgelegd bedraagt € 3.000.000,- en is 28 augustus 2014 opgelegd aan ABN AMRO wegens overtreding van artikel 35 BGfo, in verband met de rentederivaten-affaire bij de woningcorporatie Vestia. Het basisbedrag van € 2.000.000,- is met 25% verhoogd wegens de ernst en met 25% wegens de verwijtbaarheid.

<sup>380</sup> Zoals gezegd, de hoge boete voor overtreding van de zorgplicht voor financiële dienstverleners vormt een uitzondering.

<sup>381</sup> Even afgezien van eerdergenoemde 'uitzonderlijke' boete van € 500.000,-.

Verder valt op dat de boetes die zijn opgelegd op basis van de Pensioenwet en de Wet/het Besluit toezicht accountantsorganisaties hoger liggen dan de boetes die zijn opgelegd op basis van de Wet op het financieel toezicht. Eerstgenoemde boetes liggen tussen de € 200.000,- (artikel 39 Pw) (2011/37 en 2012/18) en € 217.810,- (artikel 23 Bta) (2011/25).

#### **4.4.5 De belangenafweging nader beschouwd**

Uit de beschikbare boetebesluiten blijkt dat de AFM in vrijwel alle gevallen eigen beweging nagaat in hoeverre de hoogte van de boete dient te worden gematigd, dus ook in de gevallen dat betrokkenen daar niet expliciet een beroep op doen.

Uit de onderbouwing van de boetebesluiten, zowel die op basis van het vaste als het flexibele boetestelsel, komt naar voren dat hoofdzakelijk de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en diens draagkracht een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de boete.<sup>382</sup>

##### *De ernst van de overtreding*

Net als in het geval van het besluit tot het opleggen van de boete, komt de ernst tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke impact van de overtreding. In het eerste geval gaat het om de mate waarin consumenten en cliënten zijn benadeeld, dan wel betrokkene voordeel heeft genoten van zijn illegaal handelen. In het tweede geval gaat het om de mate waarin de markt is verstoord of het vertrouwen in de markt is geschonden. Samengevat, naarmate de ernst van de overtreding *in concreto* meevalt, lijkt er meer ruimte voor matiging. Dit beeld geldt zowel voor de boetes die zijn opgelegd op basis van het vaste boetestelsel als het flexibele boetestelsel. Wat betreft het flexibele boetestelsel valt op dat de AFM in de ernst van de overtreding veelal geen aanleiding ziet om het basisbedrag bij te stellen.

##### *De verwijtbaarheid van de overtreding*

De verwijtbaarheid komt in de eerst plaats tot uitdrukking in de mate waarin er sprake is van een eenmalige fout of omissie en men op de hoogte is, dan wel

---

<sup>382</sup> Daarnaast spelen, in het vaste boetestelsel, incidenteel ook de bijzondere omstandigheden van het geval een rol: overschrijding redelijke termijn, voorkomen dubbele bestraffing als gevolg structuur rechtspersoon en, in het flexibele boetestelsel, recidive. Van Emmerik en Saris onderscheiden op basis van de wet, de jurisprudentie en de rechtswetenschappelijke literatuur zes factoren die volgens hen zouden moeten worden meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de boete (2014, p. 184-187).

zou moeten zijn, van de geldende voorschriften. Vervolgens komt de verwijtbaarheid tot uitdrukking in de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkene.

Bijvoorbeeld het zelf melden en beëindigen van de overtreding, het uit eigen beweging treffen van reparatoire maatregelen, het verlenen van substantiële medewerking aan het onderzoek. Tot slot speelt een rol de eventuele onduidelijkheid omtrent de uitleg van de norm. Bijvoorbeeld de reikwijdte van de begrippen bemiddelen en beleggingsproduct. Samengevat, naarmate er meer sprake is van een incidentele, niet-toerekenbare fout, er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de norm of hoe meer het initiatief tot reparatie is uitgegaan van betrokkenen en de medewerking de minimale wettelijke verplichting overstijgt, lijkt er navenant ruimte voor matiging. Overigens lijkt de AFM in dit verband niet even consequent om te gaan met laatstgenoemde wegingsfactor: de ene keer blijkt dat in het voordeel van betrokkene te werken, de andere keer weer niet.<sup>383</sup> Wat betreft het flexibele boetestelsel valt op dat de AFM in de verwijtbaarheid van de overtreding veelal aanleiding ziet om het basisbedrag te verhogen. De verwijtbaarheid is dan gelegen in de mate van professionaliteit van betrokkenen, die met zich meebrengt dat zij op de hoogte hadden moeten zijn van de geldende voorschriften.

#### *De draagkracht en andere, bijzondere omstandigheden van het geval*

De draagkracht komt tot uitdrukking in de financiële omstandigheden van betrokkene of die van de onderneming in relatie tot de hoogte van de boete. Eén en ander komt onder meer naar voren uit de financiële positie en omvang van een onderneming, dan wel de hoogte van het vermogen, het inkomen en de vaste lasten van particulieren. Echter, als betrokkenen hun geringe draagkracht niet deugdelijk weten te onderbouwen, kan de AFM de hoogte van de boete niet matigen, zo blijkt uit de onderbouwing van de boetebesluiten. Opvallend is dat een (dreigend) faillissement geen rol speelt in relatie tot de draagkracht. Een boete lijkt in zo'n geval weinig zinvol meer.

In het flexibele boetestelsel blijkt de AFM het, op basis van de ernst en verwijtbaarheid reeds aangepaste, boetebedrag in nagenoeg alle gevallen zeer sub-

---

<sup>383</sup> Zo merkt de rechtbank Rotterdam op dat het feit dat op betrokkene een wettelijke meldingsplicht en medewerkingsplicht rust, onverlet laat dat een dergelijke melding en een voortvarende medewerking gelet op het handhavingsbeleid een rol kan spelen bij het opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. In casu zag de rechtbank daartoe geen aanleiding, gelet op de ernst van de overtreding en de relatief lage boete (Rb Rotterdam, 3 januari 2013, *LJN* BY9415). Het belemmeren van het onderzoek werkt juist weer boeteverzwarend (CBB, 26 maart 2013, *LJN* BZ5507).

stantieel te verlagen in verband met de verminderde draagkracht of andere, bijzondere omstandigheden, zoals een schrijnend geval.<sup>384</sup> Uit de boetebesluiten wordt echter niet meteen duidelijk waarom de AFM de boete zo krachtig bijstelt en dat in het ene geval baseert op het Boetebesluit en in het andere geval op de Algemene wet bestuursrecht.<sup>385</sup>

#### *Een ruimhartige afweging*

Uit de onderbouwing van de boetebesluiten komt naar voren dat betrokkenen, anders dan bij de besluitvorming over het opleggen van de boete, in dit stadium aan de hand van hun zienswijze meer invloed weten uit te oefenen, dat wil zeggen op de hoogte van de boete. Waar de AFM zich aanvankelijk nogal formeel en streng opstelt, stelt het zich in dit stadium pragmatischer en milder op. Aan de andere kant is het beeld dat naar voren komt van het bepalen van de hoogte van de boete ook weer sterk casuïstisch. Een rode draad valt niet gemakkelijk te ontwaren. Bovendien zijn enkele advocaten geneigd het belang van de matiging te relativiseren (respondent 32, resp. 24).

‘Matiging is gemakkelijk, zeker in bezwaar, want de boete is dan meestal al openbaar gemaakt. Dat [de openbaarmaking, AM] is het belangrijkste punt voor de AFM. Het gaat hen niet om het geld, maar om het scoren van een punt. De AFM heeft dat punt dan al binnen, de norm is al gemarkeerd, dus daarna kan het soepeler zijn. Matiging vanwege de draagkracht is ook niet zo interessant, want dat is sterk individueel bepaald. Er gaat weinig precedentwerking van uit.’

‘Matiging is mosterd na de maaltijd. De onder toezicht gestelden, zeker de grote financiële instellingen, maken zich druk om de boete als zodanig, niet de hoogte ervan. De pijn zit ’m in de oplegging van de boete als zodanig evenals de openbaarmaking.’

Niettemin lijkt de AFM in deze fase van de besluitvorming meer rekening te houden met de omstandigheden van het geval en de persoon van de overtreder. Zo vindt het verweer, waarin een beroep wordt gedaan op verminderde ernst en verwijtbaarheid (*in concreto*) evenals een beperkte draagkracht of bijzondere omstandigheden, meer weerklank. De op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkene lijkt er in dit stadium meer toe te doen. De matigingsbe-

---

<sup>384</sup> Van Es en Verrest spreken in dit verband van een tweeledige beoordeling: eerst van de objectieve draagkracht, bijvoorbeeld de omvang van de onderneming of het vermogen van betrokkene, en vervolgens van de subjectieve, de mate waarin betrokkene in staat is de boete op te brengen (2013, p. 106-107).

<sup>385</sup> Zo ook Van Eersel (2013, p. 86).



voegdheid biedt de AFM dan ook de gelegenheid om onder omstandigheden (verminderde ernst en verwijtbaarheid *in concreto*, een schrijnend geval) de scherpste kantjes van het boetebesluit af te slijpen, terwijl het toch een punt maakt door een boete op te leggen in het kader van de generale preventie.<sup>386</sup> Met andere woorden, het evenredigheidsbeginsel werkt, conform wet en jurisprudentie, als een *reality check* op de eerder enigszins ‘mechanisch’ tot stand gekomen boetebesluiten.

*Flexibele boetestelsel: hoge boetes, forse bijstelling*

De boetebesluiten die zijn opgelegd op basis van het nieuwe, flexibele boetestelsel zijn op het punt van de hoogte van de boete uitvoeriger gemotiveerd dan de eerdere boetebesluiten. Het zwaartepunt in de onderbouwing van de besluitvorming lijkt aldus naar dit aspect van de boete te verschuiven. De hoogte van de boetes die zijn opgelegd op basis van het nieuwe, flexibele boetesysteem ligt aanzienlijk hoger dan op basis van het oude systeem. Tegelijkertijd ziet de AFM zich in veel gevallen genoodzaakt de hoogte van die boetes zeer substantieel en grofmazig bij te stellen, gelet op de beperkte draagkracht van betrokkene en/of het evenredigheidsbeginsel.<sup>387</sup> De onderbouwing van dit specifieke punt van de boetebesluiten is jammer genoeg vrij summier. De mate waarin de boete is bijgesteld lijkt eerder lijkt te zijn ingegeven door het beoogde resultaat dan de feitelijke omstandigheden van het geval. Kennelijk zijn de boetes niet op te brengen door de overtreder.<sup>388</sup> Het bepalen van de hoogte van de boete ondergaat hierdoor een merkwaardig jojo-effect: eerst omhoog/omlaag op basis van de ernst en/of verwijtbaarheid, dan weer omlaag in verband met de draagkracht en/of evenredigheid. De beoordeling van de ernst en verwijtbaarheid verwordt hierdoor tot een enigszins theoretische en vrijblijvende exercitie. De eerdergenoemde verhoging van de boetes voor de overtreding van de financieel toezichtwetgeving krijgt hierdoor een sterk symbolisch karakter.

---

<sup>386</sup> Vergelijk Klap (2012). Zo ook Van Emmerik en Saris (2014, p. 189).

<sup>387</sup> Zo ook Appelman, e.a. (2013, p. 101) en Van Eersel (2013, p. 85-86). Mogelijk speelt hierbij een rol dat de boetes zijn opgelegd aan andere financiële instellingen dan de grote conglomeraten, waarvoor de verhoging van de boetetarieven oorspronkelijk was bedoeld (zie paragraaf 4.5).

<sup>388</sup> Zo ook Roth (2013a, p. 262-263).

#### 4.4.6 De rechterlijke toetsing van de hoogte van de boete

Tot besluit van deze paragraaf over het bepalen van de hoogte van de boete, sta ik in cijfermatig opzicht kort stil bij de rechterlijke toetsing van de boetebesluiten, in dit geval op het punt van de hoogte van de opgelegde boete.<sup>389</sup>

Zoals gezegd, is van de 37 uitspraken van de enkel- of meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam, die ik heb kunnen vinden over de periode 2007-2013 (zie hoofdstuk 1), in 23 zaken het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard. In twaalf zaken is het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard wat betreft de hoogte van de boete. Zo achtte de rechtbank de hoogte van de boete onevenredig, gelet op de verminderde ernst en verwijtbaarheid en de geringe draagkracht of vanwege overschrijding van de redelijke termijn.<sup>390</sup>

Van de 15 uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zijn er negen geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard. In vier zaken is het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard vanwege de hoogte.<sup>391</sup> Overigens kwam het Colle-

---

<sup>389</sup> Van Emmerik en Saris gaan inhoudelijk in op wegingsfactoren die het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteert bij het beoordelen van de evenredigheid van de boete (2014, p. 159-165 en 185-187). Voor een groot deel blijken dat dezelfde als die de financiële toezichthouders hanteren.

<sup>390</sup> Rb Rotterdam, 15 juli 2010, *LJN* BN1977 (geringe draagkracht onvoldoende verdisconteerd), 22 juli 2010, *LJN* BN2146 (overschrijding redelijke termijn, matiging 10%), 24 maart 2011, *LJN* BP9378 (verminderde ernst, mede in licht gelijkheidsbeginsel, geen benadeling consumenten), 24 maart 2011, *LJN* BP9381 (overschrijding redelijke termijn, matiging 10%), 17 november 2011, *LJN* BU4962 (verminderde ernst: particulier, geringe gevolgen en geen voordeel behaald), 23 maart 2012, *LJN* BW0946 (overschrijding redelijke termijn, matiging 15%), 16 mei 2012, *LJN* BW6221, 3 januari 2013, *LJN* BY9415 en 1 november 2011, *LJN* BY9475 (overschrijding redelijke termijn, matiging 10%), 11 april 2013, *LJN* BZ8776 (geringe draagkracht, mede in licht gelijkheidsbeginsel), 23 mei 2013, *LJN* CA1507 (vervallen deel van de feitelijk constateringen en overschrijding redelijke termijn, matiging 5%) en 6 juni 2013 (verminderde ernst).

<sup>391</sup> CBb, 22 februari 2012, *LJN* BV6713 (boete te zeer gematigd door alleen rekening te houden met het behaalde voordeel, doet afbreuk aan punitieve karakter boete), 24 april 2012, *LJN* BW 3574 (boete te zeer gematigd door conflict van plichten te sterk aan te merken als mitigerende omstandigheid, wel matiging met 5% vanwege overschrijding redelijke termijn), 11 februari 2013, *LJN* BZ1864 (overschrijding redelijke termijn, matiging 10%) en 26 maart 2013, *LJN* BZ5507 (matiging gelet op vergelijkbare zaken, waarbij evenmin sprake was van benadeling van consumenten).

ge van Beroep voor het bedrijfsleven in twee gevallen tot het oordeel dat de rechtbank de hoogte van de boete te sterk had gematigd.

#### **4.5 De openbaarmaking van de boetebesluiten**

Zoals ik heb uiteengezet in hoofdstuk 3, kent de Wet op het financieel toezicht een openbaarmakingsregeling (artikel 1:97 en 1:98 Wft). Die houdt in dat de toezichthouder haar boetebesluiten in beginsel openbaar maakt.

Dat gebeurt in elk geval nadat het besluit onherroepelijk is geworden en in geval van zware overtredingen binnen vijf werkdagen na bekendmaking aan betrokkenen. De toezichthouder ziet, op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft), van openbaarmaking alleen af als dat in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het financieel toezicht. Betrokkenen kunnen de rechtbank Rotterdam vragen om de openbaarmaking van het boetebesluit bij wege van voorlopige voorziening op te schorten. Openbaarmaking vindt plaats door middel van publicatie van het besluit op de website van de AFM en het uitbrengen van een persbericht dat de kern van het boetebesluit weergeeft. De basis voor de tekst van het persbericht is meestal opgenomen als bijlage bij het boetebesluit.

Het openbaar maken van het boetebesluit is primair bedoeld om consumenten te informeren en waarschuwen (vergelijk hoofdstuk 3). Het mag duidelijk zijn dat dit gevoelig ligt binnen de financiële sector. Daar staan immers grote imago-belangen op het spel die door openbaarmaking van de boete gemakkelijk in gevaar kunnen worden gebracht. In de rechtswetenschappelijke literatuur is de nodige kritiek geuit op de openbaarmakingsregeling, onder meer op het punitieve karakter ervan, de verhouding tot de onschuldpresumptie en de mate van rechtsbescherming. Ik kom daar in deze paragraaf op terug. Daarnaast zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij mate waarin de met de openbaarmaking beoogde doelen worden bereikt (Van Erp, 2009, p. 166; Scheltema & Scheltema, 2009, p. 9-10). Zo stelt Van Erp dat de waarschuwing de consument lang niet altijd bereikt en leidt tot aanpassing van het gedrag (2009, p. 88-89). Ook het optreden van de zo gevreesde reputatieschade blijkt in de praktijk sterk te verschillen per type financiële instelling (2009, p. 118-119) (vergelijk hoofdstuk 3).

Reden om in het kader van dit onderzoek stil te staan bij de overwegingen en tegengestelde belangen die een rol spelen bij de openbaarmaking van de boetebesluiten. Ik merk daarbij meteen op dat de ruimte die de wetgever de toezichthouder heeft gegund voor het maken van een belangenafweging slechts beperkt is: het gaat uitsluitend om de vraag of openbaarmaking in strijd is of zou komen met het doel van het toezicht. Dat doel is in het geval van de AFM het bevorderen van ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere

verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten (vergelijk art 1:25 Wft) (Grundmann-van de Krol, 2012, p. 759; Van Eersel, 2013, p. 169).<sup>392</sup> In het onderstaande komt onder meer aan de orde hoe dit uitpakt.

#### 4.5.1 Overwegingen tot openbaarmaking

De openbaarmaking van het boetebesluit heeft formeel tot doel marktpartijen te informeren over het toezicht en de actieve rol van de AFM daarbij en te waarschuwen voor geconstateerde misstanden (Boorsma & Wilkeshuis, 2011, p. 22 en, 2013, p. 91 en 94) (vergelijk hoofdstuk 3). De daaraan ten grondslag liggende veronderstelling is dat consumenten op basis van de informatie uit de openbaar gemaakte boetebesluiten in staat zijn beter afgewogen keuzes te maken. De openbaarmaking moet onder meer de zogenoemde informatieasymmetrie compenseren, die doorgaans bestaat op markten tussen producenten (specialisten) en consumenten (leken) (Van Erp, 2009, p. 159). Daarnaast moet openbaarmaking en de dreiging daarvan de naleving bevorderen (Scheltema, 2010, p. 4) (vergelijk hoofdstuk 3). De actieve openbaarmaking van de boetebesluiten past dan ook goed bij het gedragstoezicht, dat consumenten en beleggers beoogt te beschermen (Ministerie van Financiën, 2010b, p. 7).

Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat de medewerkers van de AFM de openbaarmaking zien als een waardevol instrument in het kader van hun gedragstoezicht. Zo ziet een medewerker de volgende voordelen (respondent 14).

‘Bijkomend voordeel is de snellere publicatie dan in het strafrecht, wij kunnen de markt zo beter sturen op naleving. Snellere publicatie betekent snellere normmarkering. Dit is nuttig voor de financiële sector waar nieuwe producten elkaar snel opvolgen en men elkaar nauwlettend in de gaten houdt. Een boete heeft een olievlekwerking, de sector spelt onze besluiten.’

‘Gedragstoezicht is ook voor de Bühne. Publiciteit past bij de gedragstoezichthouder. Zichtbaarheid is goed, dat houdt de sector schoon. Zet de lamp er maar op! Het is goed dat het veld de gedachtenvorming van de AFM kan volgen.’

‘De publicatie is nog meer gevreesd dan de boete zelf. Men heeft liever de boete, dan de publicatie. Die levert immers reputatieschade op. Publicatie maakt de boete echt een scherp instrument.’

---

<sup>392</sup> Zo ook Grundman-van de Krol, *JOR* 2009/16, p. 198.

Uit deze citaten komt overigens naar voren dat de openbaarmaking eerder lijkt bedoeld voor marktpartijen dan voor de consument, zoals ook gesignaleerd door Van Erp (2010, p. 407).

#### **4.5.2 Het tegen de openbaarmaking gevoerde verweer**

Ondanks de beperkte ruimte voor een belangenafwegingen voeren betrokkenen de nodige argumenten aan waarom de AFM zou moeten afzien van openbaarmaking van het boetebesluit, zo blijkt uit de onderzochte boetebesluiten.

##### *Verminderde verwijtbaarheid*

Om te beginnen doen betrokkenen een beroep op verminderde verwijtbaarheid. Bijvoorbeeld dat de intentie zou hebben ontbroken of betrokkene inmiddels tot inkeer zou zijn gekomen en herstelmaatregelen hebben getroffen om herhaling te voorkomen. De AFM kan met een dergelijk (clementie)verweer echter niet of nauwelijks uit de voeten, gelet op eerdergenoemd beperkte afwegingskader van de Wet op het financieel toezicht. De AFM reageert dan ook min of meer standaard als volgt.

‘Het belang van [betrokkene, AM] kan in dit verband niet tot een andere uitkomst leiden. Immers, dat argument heeft geen betrekking op de vraag of openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.’

##### *Strijdig met het proportionaliteitsbeginsel en de onschuldpresumptie*

Een ander argument dat in dit verband vaak wordt aangevoerd is dat openbaarmaking onnodig of disproportioneel zou zijn, omdat daarmee extra leed, namelijk reputatieschade, wordt toegebracht. Verder wordt aangevoerd dat vroegtijdige openbaarmaking in strijd zou zijn met de onschuldpresumptie, meer in het bijzonder met artikel 6 EVRM. De AFM wijst (ook) deze argumenten in zijn boetebesluiten van de hand, gelet op het doel van de openbaarmaking. Om de volgende redenen en onder verwijzing naar de betreffende kamerstukken en jurisprudentie.<sup>393</sup>

---

<sup>393</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, 19, p. 420-421 en nr 32, p. 18 en onder meer Vzr Rb Rotterdam 3 september 2008, *LJN* BF 1175. Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam is de publicatie primair gericht op het waarschuwen van de markt en is leedtoevoeging niet het oogmerk. ‘Dat de openbaarmaking als een bijkomende straf wordt gevoeld, maakt die maatregel niet reeds om die reden een bestraffende sanctie’ (r.o. 2.6). Bovendien is de rechtsbescherming volgens de voorzieningenrechter adequaat nu een rechtsgang openstaat, waarbij de rechter een *full jurisdiction* toekomt. Zie ook Rb Rotterdam, 8 april 2010, *LJN* BM0507. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven laat in het midden of er sprake is van

'Leedtoevoeging is niet het oogmerk. De omstandigheid dat een dergelijke openbaarmaking het effect kan hebben dat ze door de betrokken financiële onderneming als onaangenaam wordt ervaren, kan daar niet aan afdoen.'

'Openbaarmaking van de boete heeft [...] naar vaste rechtspraak geen punitief karakter. Openbaarmaking is primair gericht op waarschuwing van de markt en heeft niet als oogmerk leedtoevoeging. De AFM vindt de bescherming van de belangen van (toekomstige) beleggers, zwaarder wegen dat het belang van betrokkene.'

'De geleden reputatieschade is geen reden om af te zien van publicatie, zoals ook blijkt uit recente jurisprudentie.'

#### *Openbaarmaking niet meer opportuun*

Nog weer een ander argument dat in dit verband wordt gevoerd luidt dat openbaarmaking in de praktijk weinig zin meer zou hebben, bijvoorbeeld omdat de instelling niet meer actief is op de financiële markt. Zo stelde DSB Bank dat openbaarmaking van de boete geen zin meer zou hebben, nu de bank failliet is gegaan en het publiek door de eerdere publiciteit voldoende zou zijn gewaarschuwd. Bovendien zou openbaarmaking in strijd komen met het belang van het toezicht, doordat het verder afbreuk zou doen aan het publieksvertrouwen in banken, aldus DSB (2010/22, p. 27-28). Volgens de AFM brengt het faillissement echter geen verandering in de situatie (p. 28):<sup>394</sup>

'De motieven voor publicatie van opgelegde boetes gelden evenzeer wanneer de financiële onderneming waarin de boete is opgelegd, failliet is. Ook voor bestaande cliënten van het failliete DSB is het van belang dat zij

---

een punitieve sanctie. 'Het College volgt de rechtbank in haar oordeel dat in het midden kan worden gelaten of de openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97 Wft moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie. De rechtbank heeft terecht overwogen dat voorafgaand aan de openbaarmaking een voorziening openstond, waarin de voorzieningenrechter een 'full jurisdiction' toekomt met betrekking tot vragen die leiden tot de boeteoplegging zelf, en dat het *ne bis in idem* beginsel niet in de weg staat aan handhaving van de onlosmakelijk met de openbaarmaking verbonden bestuurlijke boete.' CBB, 11 februari 2013, *LJN BZ1864*, r.o. 5.4). Zie hierover ook Van Eersel (2013, p. 90), Roth (2013a p. 264) en Aelen (2013, p. 96-97).

<sup>394</sup> Zo ook de rechtbank Rotterdam, oordelende dat het feit dat Numico inmiddels was overgenomen door Danone, waardoor recidive niet meer mogelijk zou zijn, niet in de weg stond aan het waarschuwen van de markt door openbaarmaking van het boetebesluit (Rb Rotterdam, 22 juli 2010, *LJN BN2146*). Zo ook Vzr Rb Rotterdam, 15 februari 2011, *LJN BP5303* en Rb Rotterdam, *LJN BW6221*.

gewaarschuwd worden, en dat zij er van op de hoogte zijn dat de toezicht-  
houder aanleiding heeft gezien om DSB een boete op te leggen.’

In het verlengde hiervan ligt het verweer dat van openbaarmaking geen waar-  
schuwend effect meer uit kan gaan, nu betrokkene de gewraakte activiteiten zou  
hebben afgebouwd en beëindigd, bijvoorbeeld door het product of de dienst van  
de markt terug te trekken (bijvoorbeeld MF Global, 2011/20 en 21, p. 22-23 en  
Clever Life, 2013/13, p. 9). Openbaarmaking zou dan geen enkel redelijk doel  
meer dienen, aldus betrokkenen. De AFM ziet dat echter anders (p. 23  
resp. 21).<sup>395</sup>

‘Zelfs al zou hetgeen MF Global stelt, dat publicatie geen redelijk doel dient,  
juist zijn, dan nog zou openbaarmaking niet in strijd zijn of kunnen komen  
met het doel van het AFM toezicht op grond van de Wft. Daarenboven hecht  
de AFM eraan om aan beleggers kenbaar te maken dat zij optreedt tegen  
marktmanipulatie door het verspreiden van misleidende en onjuiste berich-  
ten.’

‘Het feit dat Clever Life niet meer actief is – zoals zij in haar zienswijze heeft  
benadrukt – doet niet af aan bovenstaande doelen van publicatie.’

#### *De tekst van het persbericht*

Als openbaarmaking dan toch onvermijdelijk is, doet een enkele financiële on-  
derneming nog wel een vergeefse poging om de tekst van het persbericht te  
laten bijstellen of het persbericht te laten anonimiseren. Zo verzocht Rabobank  
de AFM om in het boetebesluit de belangrijkste overwegingen uit zijn zienswijze  
te citeren, zodat de argumenten van de AFM en het verweer van Rabobank op  
evenredige wijze zouden worden gepresenteerd. Voorts verzocht Rabobank de  
mogelijkheid te krijgen om voorafgaand aan de publicatie inhoudelijk te reageren  
op het concepttekst voor het persbericht (2010/26 en 27, p. 16). Maar met de  
AFM valt niet te onderhandelen over de tekst van het persbericht, zo blijkt uit de  
boetebesluiten (Rabobank, 2010/26 en 27, p. 18 en financiële dienstverlener  
Leensysteem, 2009/15, p. 10).<sup>396</sup>

---

<sup>395</sup> Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam blijkt in deze lijn te denken. ‘Dat  
[...] inmiddels haar werkwijze heeft aangepast en de overtredingen betrekking hebben op een  
afgesloten periode, maakt niet dat boeteoplegging en publicatie van de boete niet langer oppor-  
tuun is.’ VZR Rb Rotterdam, 16 september 2009, *LJN* BJ 8562. Zo ook CBb, 11 februari 2013,  
*LJN* BZ1864.

<sup>396</sup> Ook de rechter ziet geen ruimte voor anonimiseren, gelet op het wettelijke systeem (VZR Rb  
Rotterdam, 3 september 2008, *LJN* BF1175 en 24 augustus 2010, *LJN* BN4885). Eén van de  
geïnterviewde advocaten merkt in dit verband nog op dat met het OM nog wel eens valt te

‘De AFM merkt hieromtrent op dat de zienswijze altijd wordt meegenomen in het boetebesluit om zodoende op gelijke wijze de standpunten van beide partijen weer te geven. De AFM merkt op dat indien Rabobank zich niet kan vinden in de publicatietekst, zij voorlopige voorziening kan aanvragen bij rechtbank Rotterdam.’

‘Geanonimiseerd publiceren is geen modaliteit waarin de wetgever heeft voorzien, zodat ook dit argument van Leensysteem niet kan slagen.’

Aan de andere kant blijkt de AFM in een enkel geval eigener beweging in het persbericht bij het boetebesluit wel aandacht te schenken aan het feit dat betrokkene inmiddels de illegale activiteiten heeft gestaakt, over de vereiste vergunning beschikt of anderszins aan de wettelijke eisen voldoet.<sup>397</sup>

Bijvoorbeeld in het geval van NCIC, 2012/3, p. 23), WWB (2008/3, p. 19) en Decapolis (2010/12, p. 12).

‘NCIC heeft zonder vergunning werkzaamheden als tussenpersoon verricht die bedoeld waren om kredietovereenkomsten tot stand te brengen. Dit is een overtreding van de Wet op het financieel toezicht (artikel 2:80, eerste lid, Wft). NCIC is sinds 23 augustus 2011 gestopt met het (onder)bemiddelen.’

‘Inmiddels beschikt World Wide Broker over de benodigde vergunning voor het bemiddelen in levensverzekeringen.’

‘De AFM gaat er vanuit dat Decapolis op dit moment voldoet aan de wettelijke vereisten als verwoord in artikel 4:23, lid 1, Wft. De AFM benadrukt dat dit oordeel is gebaseerd op door Decapolis aangeleverde informatie en niet op nieuw dossieronderzoek.’

Hierdoor ontstaat in het persbericht een actueler en genuanceerd beeld van de situatie. Daarnaast stelt de AFM betrokkenen in de gelegenheid om binnen drie

---

onderhandelen over de inhoud, toon en timing van een persbericht. ‘Bij het OM kun je er soms de scherpe kantjes afkrijgen, niet bij de AFM.’ (respondent 23). Op basis van een wijziging van artikel 1:97, vierde lid, Wft per 1 augustus 2014, wordt het boetebesluit geanonimiseerd als volledige openbaarmaking tot evenredige gevolgen zou leiden. Ook moet worden vermeld of rechtsmiddelen zijn ingesteld tegen het boetebesluit alsmede de uitkomst daarvan (op basis van een nieuw vijfde lid van artikel 1:97 Wft).

<sup>397</sup> Of biedt de AFM ter zitting aan dit alsnog te doen, wat voor de voorzieningenrechter mede aanleiding geeft om openbaarmaking van het boetebesluit niet te blokkeren (Vzr Rb Rotterdam, 15 oktober 2009, *LJN BK1793*). Zie ook Vzr Rb Rotterdam, 12 november 2009, *LJN BK3958*).



werkdagen aan te geven of er in het openbaar te maken boetebesluit passages staan die zouden moeten worden geschrapd omdat die vertrouwelijke, concurrentie- en privacygevoelige informatie bevatten (bijvoorbeeld Deloitte Accountants, 2012/19, p. 126).

#### 4.5.3 De belangenafweging

Alle aangevoerde argumenten ten spijt, om een uitzondering te maken op eerdergenoemde hoofdregel is voor de AFM slechts doorslaggevend of openbaarmaking afbreuk doet of zou kunnen doen aan het doel van het gedragtoezicht, zoals voorgeschreven in de wet. Namelijk het bevorderen van ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. Dat laatste is zelden het geval, zo blijkt uit de beschikbare boetebesluiten.<sup>398</sup>

Eén en ander komt ook naar voren uit het handhavingsbeleid van de AFM. Daarin staat verwoord dat openbaarmaking eerder regel is, dan uitzondering (paragraaf 4c) (vergelijk hoofdstuk 3).

‘De Wft geeft de toezichthouder in beginsel de verplichting [...] om opgelegde [...] bestuurlijke boetes te publiceren. Daarmee is publicatie van deze op grond van de Wft opgelegde sancties het uitgangspunt. Slechts als de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van die wet, moet daarvan worden afgezien. Gelet op de doelen van het gedragtoezicht zal er voor de AFM in beginsel geen aanleiding zijn om af te zien van publicatie.’

In de literatuur wordt dan ook gesproken over een beginselplicht tot openbaarmaking (Beijering-Beck, 2012, p. 55).

---

<sup>398</sup> Van Eersel merkt op dat de AFM niet scheutig is met het maken van een uitzondering op de openbaarheidsverplichting (2013, p. 168). Zo ook Beijering-Beck (2012, p. 95) en Roth (2013a, p. 264). De voorzieningenrechter zegt hierover het volgende: ‘Tevens stelt de voorzieningenrechter voorop dat de te verrichten belangenafweging uitsluitend plaats heeft in het kader van artikel 1:97, vierde lid, van de Wft. Voor een afzonderlijke evenredigheidstoetsing in het kader van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is gelet op de wetssystematiek geen plaats. Dit betekent ook dat de vrees van [...] voor reputatieschade geen zelfstandige grond oplevert om de beslissing tot publicatie van beide boetes te schorsen.’ VZR Rb Rotterdam, 30 juni 2009, *LJN* BJ1748 en 28 januari 2010, *LJN* BL1972. Zo ook CBb, 11 februari 2013, *LJN* BZ1864. Op basis van de wijziging van artikel 1:97, vierde lid, Wft per 1 augustus 2014 dient de financiële toezichthouder een verdergaande belangenafweging te maken, om vast te stellen of geanonimiseerde openbaarmaking geïndiceerd is.

De beperkte belangenafweging blijkt voor betrokkenen moeilijk te verteren. Zo meende financiële dienstverlener Mr Credit dat er toch een belangenafweging zou moeten plaatsvinden. In reactie hierop stelde de AFM echter dat dit wel het geval is, zij het beperkt (2010/11, p. 10).

‘De stelling van Mr Credit dat uit het boetevoornemen niet blijkt dat een belangenafweging heeft plaatsgevonden alvorens tot publicatie over te gaan is onjuist. Deze belangenafweging heeft wel degelijk plaatsgevonden, met inachtneming van het door de wet voorgeschreven (beperkte) afwegingskader.’

#### *Belangenafweging bij Wet handhaving consumentenbescherming en Pensioenwet*

In tegenstelling tot de Wet op het financieel toezicht, is openbaarmaking in het kader van de Wet handhaving consumentenbescherming niet verplicht.<sup>399</sup> De toezichthouder heeft hier meer ruimte voor een belangenafweging (artikel 3.4, vierde en vijfde lid, jo. artikel 2.23, eerste lid, Whc). In dit kader weegt de AFM de belangen van betrokkenen dan ook af tegen het algemeen belang van openbaarmaking. Volgens de AFM is het algemeen belang gelegen in het informeren en waarschuwen van (potentiële) consumenten en de markt dat betreffende financiële dienstverlener de wet heeft overtreden en dat de toezichthouder handhavend optreedt. Meer in het bijzonder moet het consumenten bewust maken van de mogelijkheid om, in het geval van verboden colportage, de met aanbieders gesloten overeenkomst te laten vernietigen. Het heeft daarmee ook een generaal preventieve werking, aldus de AFM (bijvoorbeeld *Clever Life*, 2012/13, p. 20-21).

Ook in het kader van de Pensioenwet vindt een ruimere belangenafweging plaats (artikel 188 Pensioenwet). De AFM kan overgaan tot openbaarmaking, mede met het oog op de bescherming van de belangen van de pensioen- of aanspraakgerechtigden. Uit de betreffende boetebesluiten komt naar voren dat de AFM het belangen van het pensioenfonds/de verzekeraar afweegt tegen het algemeen belang van openbaarmaking. Daarbij blijkt ook het generaalpreventieve effect van openbaarmaking gewicht in schaal te leggen, in die zin dat (ook) andere pensioenuitvoerders en pensioen- en aanspraakgerechtigden moeten kunnen zien dat er door de AFM scherp toezicht wordt gehouden op duidelijke en begrijpelijke informatievoorziening (*Bikudak*, 2011/26, p. 25-27, *Generali NV*, 2011/27, p. 14-15 en *Goudse NV*, 2012/18, p. 11-13).<sup>400</sup>

---

<sup>399</sup> Zo ook Boorsma en De Bruijn, 2012, p. 320.

<sup>400</sup> De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam kan de AFM volgen in deze belangenafweging. De openbaarmaking is volgens de voorzieningenrechter dan ook gericht op waar-

#### 4.5.4 Kritiek op de belangenafweging

Zoals gezegd, heeft de openbaarmakingsregeling in het kader van het Wet op het financieel toezicht de nodige kritiek opgeroepen. Zo wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur al geruime tijd gewezen op het punitieve effect van de openbaarmaking van het boetebesluit evenals het optreden van reputatieschade (onder meer Roth, 2006, p. 152; Michiels, 2007, p. 87; Michiels & De Waard, 2007b, p. 41-43; Doorenbos, 2007, p. 77-79; Doorenbos & Doets, 2008, p. 510; Aelen, 2013, p. 93; Van Eersel, 2013, p. 90; WRR, 2013, p. 55). Volgens Doorenbos en Doets kan de wetgever het punitieve effect van de openbaarmaking niet simpelweg 'wegschrijven' door in de toelichting bij de wet aan te geven dat het uitsluitend is bedoeld om de financiële marktpartijen te waarschuwen. Openbaarmaking is uit de aard der zaak punitief en bedoeld ter afschrikking, aldus de auteurs. De impact van openbaarmaking op financiële instellingen zou veel sterker zijn dan de hoogte van de boete (Doorenbos & Doets, 2008, p. 510). Zij zijn dan ook de mening toegedaan dat de openbaarmaking van de boete moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie.<sup>401</sup> Ook Van Erp wijst er, op basis van haar onderzoek op, dat openbaarmaking in de praktijk door betrokkenen als straf kan worden ervaren (2009, p. 117-119 en 161-163).<sup>402</sup>

Maar het optreden van reputatieschade is niet zo vanzelfsprekend als (door juristen) wel wordt aangenomen. Of het punitieve effect ook werkelijk optreedt, hangt volgens Van Erp sterk af van de omstandigheden van het geval. Zo blijken de gevolgen van de openbaarmaking sterk context gebonden. De reputatieschade kan per type financiële instelling sterk verschillen, waarbij kleine instellingen kwetsbaarder lijken voor reputatieschade dan grotere, aldus Van Erp.<sup>403</sup> De grotere instellingen blijken de reputatieschade sneller te ontlopen of weer van zich af te schudden.

---

schuwing en niet op bestraffing. Gevreesde reputatieschade legt in dit verband minder gewicht in de schaal dan het algemeen belang, nu de overtreding eerst en vooral is te wijten aan de onjuiste handelwijze van betrokkene (Vzr Rb Rotterdam, 29 februari 2012, *LJN* BW3239). Zo ook Rb Rotterdam, 10 oktober 2013, 2013:7979.

<sup>401</sup> Anders dan Pietermaat (2009, p. 248) en Rogier (2007, p. 32-33), die zich meer op de wetgeschiedenis en de bedoeling van de wetgever oriënteren.

<sup>402</sup> Zie ook Van Erp en Mein (2013) over het effect van openbaarmaking van toezichtrapporten van de Inspectie voor de Gezondheidszorg.

<sup>403</sup> Beijering-Beck zet zich af tegen eerdergenoemde relativering door Van Erp. Volgens haar zou het voor zichzelf spreken dat ondernemingen reputatieschade lijden als gevolg van de openbaarmaking van boetebesluiten (2012, p. 97-98).

Daarnaast klinkt in de literatuur de kritiek dat de vroegtijdige openbaarmaking in strijd zou zijn met de onschuldpresumptie en dat de geboden rechtsbescherming daar onvoldoende tegen zou opwegen (Doorenbos, 2007, p. 91-93; Beijering-Beck, 2012, p. 100-101; Aelen, 2013, p. 93-94). Zo zou volgens Beijering-Beck de beperkte reikwijdte van de belangenafweging geen recht doen aan de belangen (voorkomen reputatieschade) die bij de openbaarmaking op het spel staan (2012, p. 96). Wat haar betreft zou, mede in het licht van het evenredigheidsbeginsel, het belang van betrokkene bij het voorkomen van reputatieschade moeten worden meegewogen (p. 98-99). Ook Doorenbos wijst op de noodzaak van een ruimere belangenafweging (2007, p. 81). Roth gaat nog een stapje verder en noemt de rechtsbescherming tegen de vroegtijdige openbaarmaking 'krakkemikkig'. Dit mede als gevolg van de onduidelijkheid over het door de rechter gehanteerde toetsingskader (2013a, p. 267). Tegelijkertijd moet hij ook wel erkennen dat de voorzieningenrechter regelmatig het openbaar maken van een boetebesluit verbiedt (2013b, p. 440). In het onderstaande kom ik hierop terug. Meer vertrouwen in het (voorlopig) oordeel van de voorzieningenrechter heeft Daalder. Zo wijst hij er op dat aan het opleggen van een boete verschillende procedurele stappen voorafgaan en een debat heeft plaatsgevonden over de feiten, of die feiten een boete opleveren evenals de hoogte van de boete (2013, p. 443).

Ook een aantal van de advocaten heeft moeite met de vroegtijdige openbaarmaking. De openbaarmaking van het boetebesluit vormt een cruciaal moment in de procedure waarop iedereen kan kennis nemen van het boetebesluit, terwijl de rechtsbescherming volgens hen op dat moment relatief zwak is. Openbaarmaking vindt immers plaats voordat het boetebesluit onherroepelijk is geworden en de voorzieningenrechter geeft slechts een voorlopig oordeel, aldus de advocaten. Zo stelt een advocaat (respondent 32).

'Dit versterkt het beeld van de AFM als rechter in eigen zaak. Dit [de openbaarmaking, AM] is voor instellingen het cruciale moment, daarna is het niet meer interessant. De publicatie is het scherpste punt van de boete en de bescherming is hier het zwakst. [...] De AFM heeft daardoor heel veel macht.'

Een andere advocaat vult aan (respondent 23).

'De toezichthouder gaat uit van het belang van openbaarmaking in abstracto. Dat heeft de wetgever al gedaan. Het zou omgekeerd moeten zijn, de toezichthouder zou het belang in concreto moeten aantonen. Het is nu puur generale preventie en aandacht voor de toezichthouder. Dit heeft niets meer te maken met waarschuwen, bovendien is de overtreding inmiddels niet meer relevant. Het zal niet leiden tot aanpassing van het nalevingsgedrag.'

De openbaarmaking beïnvloedt volgens de advocaten ook de opstelling van de toezichthouder in het verdere verloop van de procedure. Zo licht een advocaat toe (respondent 28).

‘Dus het boetebesluit is al voor bezwaar openbaar. De toezichthouder komt hier nooit meer op terug. Je kan de bezwaarschriftprocedure net zo goed afschaffen, de toezichthouder kan gewoon niet meer terugkomen op zijn aanvankelijke besluit. De voorzieningenrechter heeft marginaal getoetst en de openbaarmaking geaccepteerd en daarmee ook een voorlopig positief inhoudelijk oordeel gegeven. De zaak ligt op straat, de toon is gezet.’

Volgens een andere advocaat zou de openbaarmaking meer in het belang zijn van de AFM dan van de consument (respondent 28).

‘Openbaarmaking is een doel op zichzelf. Dat is fundamenteel verkeerd. De boete wordt niet opgelegd om te straffen, maar omdat dat voor de toezichthouder de enige manier is om verantwoording af te leggen over het eigen handelen. Het soort boetes correleert met kwesties waar in de pers of politiek reuring over is. De toezichthouder doet het niet om de hoogte van de boete, maar om de publicatie.’

#### **4.5.5 Rechterlijke toetsing van de openbaarmaking**

Tot slot ga ik in op de rechterlijke toetsing van het boetebesluit, in dit geval op de voorgenomen openbaarmaking. Zoals gezegd, kan betrokkene de voorzieningenrechter vragen, bij wijze van voorlopige voorziening, de openbaarmaking op te schorten. Uit de jurisprudentie van de voorzieningenrechter Rotterdam blijkt dat die, anders dan de AFM, in een aantal gevallen wel degelijk aanleiding ziet de openbaarmaking op te schorten omdat openbaarmaking onder omstandigheden, geen redelijk toezichtdoel dient.

Uit de geanalyseerde zaken komt naar voren dat de voorzieningenrechter het volgende toetsingskader hanteert bij het beoordelen van de verzoeken, om bij wijze van voorlopige voorziening, de openbaarmaking van het boetebesluit op te schorten. De voorzieningenrechter stelt zich allereerst drie voorvragen, waarbij hij nagaat of, naar zijn voorlopig oordeel, zou kunnen worden verwacht dat het boetebesluit in stand zal blijven (een zogenoemde voorlopige rechtmatigheidstoets: Pietermaat, 2009, p. 253; Beijering-Beck, 2012, p. 77). Ten eerste of naar zijn voorlopig oordeel sprake is van een overtreding, vervolgens of het opleggen

van de boete redelijk is en ten slotte of de hoogte van de boete evenredig is.<sup>404</sup> Wat betreft de evenredigheid geldt dat de voorzieningenrechter de openbaarmaking niet meteen zal verbieden als daarover enige twijfel zou kunnen ontstaan. Dat doet hij pas als hij voorshands van mening is dat de toepassing van de standaardboete in een wanverhouding zou staan tot de ernst, de verwijtbaarheid en de draagkracht.<sup>405</sup> Als het antwoord op één van die (voor)vragen ontkennend zou luiden, kan het besluit tot openbaarmaking volgens de voorzieningenrechter geen stand houden. In dat geval gaat de voorzieningenrechter er van uit dat de grondslag voor openbaarmaking is komen te vervallen. Zo niet, dan is de hoofdvraag aan de orde of openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht (nl. het waarschuwen van marktpartijen).<sup>406</sup>

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat de voorzieningenrechter nauwgezet nagaat of sprake is van een overtreding (de kwalificatievraag) en of de hoogte van de boete evenredig is (de evenredigheidsvraag).<sup>407</sup> De tweede vraag (de opportuniteitsvraag) beoordeelt hij uit de aard der zaak marginaal. De hoofdvraag toetst de voorzieningenrechter vervolgens ook weer kritisch. Overigens blijkt in een aantal boetebesluiten de beantwoording van de derde voorvraag en de hoofdvraag sterk vervlochten.<sup>408</sup>

Van de 43 uitspraken van de voorzieningenrechter Rotterdam, die ik heb kunnen vinden over de periode 2007-2013 (zie hoofdstuk 1), is in veertien gevallen (circa 33%) het verzoek om een voorziening toegewezen. Een vijftal zaken daarvan doorstond de rechterlijke toetsing niet omdat er in de ogen van de voorzienin-

---

<sup>404</sup> Zo ook Roth (2013a, p. 258).

<sup>405</sup> Het criterium draagkracht is door de voorzieningenrechter toegevoegd na invoering van het nieuwe, flexibele boetesysteem, waarin het basisbedrag van de boete veel hoger is komen te liggen. Volgens de voorzieningenrechter zal er namelijk, gelet op het stelsel van de wet en de toelichting daarop, ten aanzien van kleine zelfstandigen en natuurlijke personen (dus niet van een financieel conglomeraat of zeer vermogende rechtspersoon, waarvoor de verhoging eigenlijk was bedoeld, en evenmin van fors verkregen voordeel), aanleiding zijn tot aanzienlijke matiging (r.o. 2.1.10). V.zr Rb Rotterdam, 21 juni 2011, *LJN* BQ8872. Zie ook Voerman en Reijmer (*JOR* 2011, 231) en Affourtit en Beck (*AB* 2011/211) en Roth (2013a, p. 263).

<sup>406</sup> Onder andere V.zr Rb Rotterdam, 3 september 2008, *LJN* BF1175 en 28 januari 2010, *LJN* BL1972. Zie ook Boorsma & De Bruijn (2012, p. 318).

<sup>407</sup> Zo ook Pietermaat (2009, p. 253). Zij is daarover wel kritisch, omdat de voorzieningenrechter hierdoor in haar ogen de openbaarmakingsdoelstelling van de Wet op het financieel toezicht zou ondergraven. Wat haar betreft zou de voorzieningenrechter het onderliggende besluit slechts marginaal moeten toetsen (p. 255-256). Zie ook Boorsma en Wilkeshuis (2011, p. 22). Zij spreken van een intensieve (volle) toetsing door de voorzieningenrechter.

<sup>408</sup> Zo ook Roth (2013a, p. 264).

genrechter op zijn minst aan kon worden getwijfeld of er sprake was van een overtreding, bijvoorbeeld doordat er onduidelijkheid bestond over de reikwijdte van de norm.<sup>409</sup>

Nog een zestal boetes doorstond de toetsing niet omdat de voorzieningenrechter van oordeel was dat de boete onevenredig hoog was, gelet op de ernst, verwijtbaarheid en draagkracht.<sup>410</sup> In vijf zaken oordeelde de voorzieningenrechter tevens dat openbaarmaking in strijd zou komen met het doel van het toezicht.<sup>411</sup> Waar de AFM dus geen aanleiding zag om af te wijken van de beginselplicht tot openbaarmaking, zag de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam dat een enkele keer wel. Zo kan onder omstandigheden openbaarmaking wel degelijk in strijd komen met het doel van toezicht dat de AFM is toevertrouwd. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als in het boetebesluit naar het oordeel van de rechter onvoldoende rekening is gehouden met relevante mitigerende omstandigheden, waardoor een dusdanig incompleet of onevenwichtig beeld ontstaat dat afbreuk wordt gedaan aan het beoogde waarschuwend effect van de openbaarmaking. De enkele boodschap dat de AFM handhavend optreedt, kan volgens de voorzieningenrechter de openbaarmaking niet rechtvaardigen.<sup>412</sup>

---

<sup>409</sup> VZR Rb Rotterdam, 7 juli 2009, *LJN* BJ5693 (is het verkopen van via websites gegenereerde *leads* bemiddelen, waarvoor een vergunning is vereist?), 27 oktober 2010, *LJN* BO2561 en 15 juli 2010, *LJN* BO3587 (zijn landbouwkavels te beschouwen als een beleggingsobject, voor het aanbieden waarvan een vergunning is vereist?), 12 mei 2011, *LJN* BQ4829 (geen sprake van agressieve handelspraktijken) en 23 oktober 2012, *LJN* BY2601 (geen marktmanipulatie).

<sup>410</sup> VZR Rb Rotterdam, 21 juli 2008, *LJN* BD8270 (hoogte boete onevenredig gelet op verminderde verwijtbaarheid, als gevolg van een conflict van plichten), 28 januari 2010, *LJN* BL1972 (hoogte boete onevenredig gelet op verminderde ernst en verwijtbaarheid, geen benadering cliënten, behaalde provisie minder relevant), 8 april 2010, *LJN* BM0508 en 17 mei 2010, *LJN* BN0741 (wanverhouding hoogte boete en verminderde verwijtbaarheid, als gevolg van onduidelijkheid reikwijdte begrip beleggingsobject), 5 oktober 2010, *LJN* BO2552 (hoogte boete onevenredig gelet op verminderde ernst en verwijtbaarheid, gering behaald voordeel) en 1 december 2011, *LJN* BU6946 (onvoldoende rekening gehouden met verminderde ernst).

<sup>411</sup> In drie van die vijf zaken oordeelde de voorzieningenrechter ook al dat er wanverhouding bestond tussen de hoogte van de boete en de ernst en verwijtbaarheid, die tellen dus dubbel. Eén zaak heb ik in dit verband niet meegeteld omdat die betrekking heeft op een procesrechtelijke kwestie met betrekking tot de openbaarmaking (VZR Rb Rotterdam, 7 december 2010, *LJN* BO7553).

<sup>412</sup> VZR Rb Rotterdam, 5 november 2008, *LJN* BG5172 (uit openbaarmaking blijkt niet of onvoldoende dat betrokkene weliswaar is beboet voor illegale bemiddeling, maar daarvoor inmiddels al wel een vergunning had verkregen en er geen cliënten zijn benadeeld), 2 juli 2009, *LJN* BL2063 (onduidelijkheid over adressering boete ondergraaft beoogde informatievoorziening aan publiek), 8 april 2010, *LJN* BM0508 (wat is nog de functie van openbaarmaking ruim een jaar na

## 4.6 Samenvatting en tussenconclusie

### *Het gebruik van de boetebevoegdheid door de AFM*

In dit hoofdstuk heb ik de boetepraktijk van de AFM over de periode 2007-2012 beschreven. Om te beginnen heb ik het gebruik van de boetebevoegdheid uit de doeken gedaan. Hieruit komt naar voren dat de AFM actief gebruik maakt van haar boetebevoegdheid en haar boetebesluiten vrijwel altijd openbaar maakt. Wel vertoont het aantal opgelegde boetes jaarlijks een wisselend beeld.

Deze wisselingen hangen niet alleen samen met de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, maar belangrijker nog, met beleidsmatige accenten die de AFM heeft gelegd in het toezicht.

Het accent in de boetepraktijk van de AFM ligt in de onderzochte periode op het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (circa 59% van de opgelegde boetes), meer in het bijzonder de adviesregels voor financiële dienstverleners en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders. Hier is sprake van een 'punitieve piek' in het handhavingsbeleid van de AFM. Dit hangt samen met de thematische of risico gestuurde aanpak van het toezicht door de AFM. De AFM heeft zich, op basis van een analyse van de naleving en signalen vanuit de samenleving, nadrukkelijk ten doel gesteld de kwaliteit en professionaliteit van de financiële dienstverleners te verbeteren, één en ander in het belang van de consument. Op andere onderdelen van het gedragstoezicht, zoals dat op financiële markten, stelt de AFM zich terughoudender op. Zo is het aantal boetes voor dit type overtredingen betrekkelijk laag en constant gebleven (circa 25% van de opgelegde boetes). Het gaat hier doorgaans om meer complexe zaken, bijvoorbeeld marktmisbruik. Waar de AFM ten aanzien van financiële dienstverleners actief intervenueert, stelt het zich in dit marktsegment meer op als marktmeester.

Het valt op dat de AFM, tegen de verwachting van de beleidsmakers in, de bestuurlijke boete niet hoofdzakelijk inzet voor lichte en veelvoorkomende overtredingen. In bijna de helft van de onderzochte boetebesluiten was dit het geval (circa 49%). Iets meer dan de helft van de onderzochte boetebesluiten is opgelegd voor een zwaardere overtreding, ingedeeld in de hogere boetecategorieën.

---

een eerdere aanwijzing die al de nodige publiciteit had opgeleverd?), 28 januari 2010, LJV BL1972 (wat is het nut van openbaarmaking anderhalf jaar na de overtreding, terwijl ook al een vergunning is verleend?) en 17 mei 2010, LJV BN0741 (onvoldoende rekening gehouden met mitigerende omstandigheden, enkele signaal repressief optreden onvoldoende voor openbaarmaking).



Dit zijn zeker geen routinezaken. Bovendien staan daarbij soms grote financiële belangen op het spel staan.

De opstelling door de AFM ten aanzien van het gebruik van de bestuurlijke boete kan worden gekenschetst als activistisch en instrumenteel. Dat wil zeggen dat de AFM veelvuldig gebruik maakt van haar boetebevoegdheid om potentiële overtreders af te schrikken en de kwaliteit en professionaliteit van de financiële dienstverlener te verbeteren. Sterker nog, ze gebruikt de boete om zwakke broeders van de markt te weren. De AFM volgt dan ook een marktsaneringsstrategie. Daarbij lijkt de AFM zich minder te bekommeren om de toezichtrelatie, het is bij wijze van spreken: 'verbeteren' of 'vertrekken'. Op zichzelf genomen past deze opstelling goed in de huidige 'punitieve' tijdgeest, waarin alertheid wordt verwacht van de toezichthouder. Ook sluit het aan bij het gedragstoezicht, dat onder meer in het teken staat de consumentenbescherming.

#### *De belangenafweging bij het opleggen van de boete*

De onderbouwing van de boetebesluiten van de AFM staat primair in het teken van het kwalificeren van het feitencomplex als een overtreding. Een belangenafweging ten aanzien van de vraag of een boete moet worden opgelegd, waarbij de ernst en verwijtbaarheid evenals andere wegingsfactoren uit het handhavingsbeleid een rol van betekenis spelen, is in eerste instantie minder duidelijk herkenbaar. De boetebesluiten hebben hierdoor een sterk normatief en instrumenteel karakter.

Niettemin kan uit de beschikbare boetebesluiten, in het bijzonder het verweer van betrokkenen, wel worden afgeleid dat vooral de ernst en de verwijtbaarheid een rol spelen bij de belangenafweging door de AFM. De ernst komt tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Dat wil zeggen de mate waarin derden zijn benadeeld of betrokkene zich heeft verrijkt respectievelijk de mate waarin het marktevenwicht is verstoord of het vertrouwen in de markt is geschonden. Meer in algemene zin gaat het hier om het algemeen belang, dat in het geding is. De verwijtbaarheid komt vervolgens tot uitdrukking in de mate waarin betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte zijn of zouden moeten zijn van de geldende voorschriften. De intentie van betrokkenen blijkt voor de AFM bij dit soort overtredingen niet van belang, dit aspect maakt ook geen deel uit van de 'delictsomschrijving'. De AFM verwacht van professionele marktpartijen dat die *qualitate qua* op de hoogte zijn van de geldende voorschriften. Daarnaast komt de verwijtbaarheid tot uitdrukking in de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkene, dat wil zeggen de mate waarin medewerking is verleend aan het onderzoek of herstelmaatregelen zijn getroffen ter voorkoming van herhaling.

De boetes die zijn opgelegd voor overtredingen van de zorgplicht voor financiële dienstverleners, leveren veel discussie op over de mate van verwijtbaarheid vanwege de kenbaarheid van de open geformuleerde norm. Daarbij valt op dat de AFM, in overeenstemming met haar activistische en instrumentele opstelling, vrij ver gaat met de invulling van die zorgplicht en hoge eisen stelt aan de professionaliteit van de financiële dienstverlening. De AFM houdt hier vast aan haar standpunt dat een overtreding van de zorgplicht niet snel minder verwijtbaarheid is, omdat de norm geacht wordt duidelijk te zijn.

Bij de belangenafweging blijkt de AFM weinig gewicht in de schaal te hoeven leggen om de boetebalans in haar voordeel te doen doorslaan. Als de overtreding eenmaal is komen vast te staan, geeft de ernst veelal de doorslag. De AFM hoeft hier weinig woorden aan vuil te maken omdat die grotendeels is verdisconteerd in het wettelijk tariefsysteem. Vervolgens is ook de verwijtbaarheid gegeven, tenzij betrokken het tegendeel aannemelijk weten te maken. In de praktijk blijken zij hier, in dit stadium van de besluitvorming, niet of nauwelijks in te slagen. Daarbij speelt een rol dat de AFM hoge eisen stelt aan de professionaliteit van financiële instellingen, bijvoorbeeld ten aanzien van de bekendheid met wet- en regelgeving of de invulling van de zorgplicht. Ook een beroep op de beginnelen van behoorlijk bestuur legt onvoldoende gewicht in de schaal. Dit roept het beeld op van een betrekkelijk beperkte belangenafweging, waardoor de boeteplegging een mechanische indruk maakt en vrij gemakkelijk een boete wordt opgelegd. De AFM lijkt bij de belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen weinig rekening te houden met contextuele factoren, waaronder de omstandigheden van het geval en de persoon van de overtreder. Het instrumentele, technocratische karakter van het boetebesluit domineert: de daad staat voorop en niet de dader.

De boetefunctionaris versterkt deze opstelling van de AFM. Onbedoeld, leidt die tot een verdere juridisering van de besluitvorming. In plaats van voor een bezinning of heroverweging, lijkt de naar voren gebrachte zienswijze eerder te worden gebruikt voor het versterken van de onderbouwing van het boetebesluit, met een schuin oog naar een eventuele procedure bij de rechter. Het zwaartepunt ligt op een rechtmatigheidstoetsing van de voorgestelde boete.

#### *Het bepalen van de hoogte van de boete*

Bij het bepalen van de hoogte van de boete weegt de AFM de ernst, verwijtbaarheid, draagkracht en evenredigheid mee. De ernst komt ook in deze fase van de besluitvorming tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Naarmate de ernst *in concreto* meevalt, lijkt er meer ruimte voor matiging. De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de mate waarin er sprake is van een menselijke fout, de mate waarin er sprake is van op *compli-*

ance gericht gedrag en de mate van onduidelijkheid (kenbaarheid) over de norm. Kort samengevat, naarmate er meer sprake is van een (niet-toerekenbare) fout, er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de norm of sprake is van aantoonbare, substantiële nalevingsbereidheid, lijkt er navenant ruimte voor matiging. De draagkracht en evenredigheid komen tot uitdrukking in de persoonlijke financiële omstandigheden van betrokkene of zijn onderneming. Daarbij geldt dat hoe beter onderbouwd, hoe groter de kans dat dit verweer wordt gehonoreerd.

In dit stadium van de besluitvorming lijken betrokkenen, aan de hand van hun zienswijze, meer gewicht in de schaal te leggen. Hun beroep op persoonlijke omstandigheden en de omstandigheden van het geval lijkt meer weerklank te ondervinden. De AFM lijkt zich in dit stadium dan ook pragmatischer en milder op stellen. Het evenredigheidsbeginsel functioneert hier als ware het een ventiel om overdruk te laten ontsnappen uit de in een eerder stadium 'mechanisch' tot stand gekomen boetebesluiten. Het dwingt maatwerk af, zoals bedoeld door de wetgever.

Wat betreft de boetes die zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel zag de AFM zich genoopt die, in het licht van het evenredigheidsbeginsel, ingrijpend bij te stellen, gelet op de concrete omstandigheden van het geval. Dit roept de vraag op of de wetgever de boetelat, tegen de achtergrond van het punitieve handnavingsklimaat, niet veel te hoog heeft gelegd.

#### *Het openbaar maken van het boetebesluit*

De vroegtijdige openbaarmaking van de boetebesluiten sluit op zichzelf genomen goed aan bij de doelen van het gedragstoezicht. De ruimte voor een afweging van belangen bij de openbaarmaking van het boetebesluit is echter zeer beperkt, gelet op het wettelijke stelsel. Betrokkenen vinden daardoor bij de AFM geen gehoor met hun bezwaren tegen de voorgenomen openbaarmaking, waaronder hun vrees voor reputatieschade.

## 5. De boetepraktijk van DNB

### 5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de boetepraktijk van DNB, aan de hand van de beschikbare boetebesluiten van DNB, interviews met medewerkers van DNB en gespecialiseerde advocaten, jurisprudentie en commentaar in de rechtswetenschappelijke literatuur.

Net als in het hoofdstuk over de AFM, schets ik allereerst het feitelijke gebruik van de boetebevoegdheid door DNB in de periode 2007-2012: op welke overtreding volgt een boete? Daarbij plaats ik de boetes in het perspectief van het type toezicht in het kader waarvan ze zijn opgelegd. Vervolgens ga ik dieper in op de beschikbare boetebesluiten: waarom krijgt de overtreder een boete en hoe hoog is die? Ook in dit hoofdstuk sta ik stil bij de twee wezenlijke elementen van het boetebesluit: de belangenafweging bij het besluit tot het opleggen van de boete en het bepalen van de hoogte van de boete. Tot slot sta ik stil bij de openbaarmaking van het boetebesluit en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen.

Ik houd bij mijn analyse een categorie-indeling aan die ik heb ontleend aan de toepasselijke (sub)doelstellingen van het financieel toezicht: boetes die zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de markttoegang, het doorlopend toezicht op trust- en geldtransactiekantoren en het prudentieel toezicht.

Zoals toegelicht in de onderzoeksverantwoording (vergelijk hoofdstuk 1), heeft mijn analyse van de boetepraktijk van DNB betrekking op de boetebesluiten die zijn openbaar gemaakt op de website van DNB en die DNB mij geanonimiseerd ter inzage heeft gegeven. Tezamen betreft dit een betrekkelijk gering aantal boetebesluiten (13), zeker in vergelijking met de AFM. Om mijn beeld van de boetepraktijk dan ook te verbreden heb ik beleidsstukken van DNB geraadpleegd en, naast medewerkers van DNB, aanvullende vraaggesprekken gevoerd met respondenten die uit hoofde van hun functie een beeld hebben van de boetepraktijk van DNB. Het gaat dan in het bijzonder om advocaten en vertegenwoordigers van branche- en beroepsorganisaties. Niettemin zie ik mij genoodzaakt enige terughoudendheid in acht te nemen bij het duiden van de boetebesluiten.

## 5.2 Het gebruik van de boetebevoegdheid

### 5.2.1 De boetes in vogelvlucht

Onderstaande tabel geeft een totaaloverzicht van de boetes die DNB jaarlijks heeft opgelegd en openbaar gemaakt, dan wel voor dit onderzoek beschikbaar heeft gesteld.

**Tabel 3. Boetebesluiten DNB<sup>413</sup>**

Jaar	Opgelegde boetes	Waarvan integraal openbaar gemaakt op de website	Beschikbaar gesteld
2004	3	0	0
2005	0	0	0
2006	24	0	0
2007	16	0	1
2008	23	0	5
2009	10	1	2
2010	2	1	0
2011	4	0	0
2012	5	3	0
<b>Totaal</b>	<b>87</b>	<b>5</b>	<b>8</b>

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat DNB in de periode 2004 – 2012, voor zover ik heb kunnen nagaan, 87 bestuurlijke boetes heeft opgelegd op basis van de financieel toezichtwetgeving.<sup>414</sup>

<sup>413</sup> Volgens opgave jaarverslagen en ZBO-verantwoording DNB (jaarverslag 2010, p. 107-108, jaarverslag 2011, p. 85 en ZBO-verantwoording 2012, tabel 4 en 5). De opgave van het aantal boetes in het jaarverslag over 2011 wijkt iets af van die in de ZBO-verantwoording (2 in plaats van 4). Ik ben uitgegaan van de gedetailleerdere ZBO-verantwoording. Ook het aantal openbaar gemaakte boetes in 2011 en 2013 wijkt licht af. Dit hangt mogelijk samen met lopende procedures. Ik ben uitgegaan van de boetes die daadwerkelijk zijn te vinden op de website van DNB. De boetes die zijn opgelegd op basis van de Wfbb zijn op een gegeven moment niet meer verwerkt in de jaarverslagen en dus ook niet in mijn overzichten. Die boetes zijn opgelegd wegens overtreding van administratieve verplichtingen, te weten de verplichting om jaarlijks statistiekrapportages aan DNB aan te leveren.

<sup>414</sup> Dat is gemiddeld circa 9 boetes per jaar. In 2013 heeft DNB nog drie boetes opgelegd. Uit de website van DNB valt af te leiden dat in mei 2013 een boete van € 50.000,- is opgelegd aan

### *Een wisselend beeld als gevolg van beleidskeuzes*

Het aantal in de onderzochte periode opgelegde boetes toont een jaarlijks wisselend beeld. Uit de jaarverslagen van DNB kan worden afgeleid dat de fluctuaties van het aantal boetes in de periode 2006-2009 hoofdzakelijk samenhangt met een actief optreden van DNB tegen illegale trust- en geldtransactiekantoren, in de volgende paragrafen ga ik daar verder op in. Na die tijd lijkt DNB zich wat de bestuurlijke boete meer reactief op te stellen. Zo zijn de zaken die in 2012 tot een boete hebben geleid aan het rollen gebracht door informatie overgedragen door de AFM in het kader van samenwerking met DNB, zo blijkt uit de betreffende boetebesluiten.

Volgens de medewerkers van DNB zijn de wisselingen in het aantal opgelegde boetes het gevolg van de thematische aanpak van het toezicht. In dit kader zijn bijzondere projecten uitgevoerd, zoals de aanpak van illegale trust- en geldtransactiekantoren. Dit sluit aan bij de risicogerichte benadering van het toezicht door DNB, zoals neergelegd in de nota Visie Toezicht 2006-2010 (DNB, 2006). Een medewerker licht dit als volgt toe (respondent 11):

‘De piek rond 2008 is een na-ijleffect van de invoering van de vergunningplicht voor trustkantoren in 2004. Zo verwacht ik ook weer een piek in 2013 als gevolg van onze gewijzigde toezichtaanpak.’

Het overzicht kan op basis van de jaarverslagen van DNB en de beschikbare boetebesluiten nader worden ingekleurd.<sup>415</sup> Zo blijkt uit de jaarverslagen dat DNB in 2007 zestien boetes heeft opgelegd; negen boetes aan onder toezicht staande ondernemingen (hoofdzakelijk pensioenfondsen) en zeven aan illegale ondernemingen (hoofdzakelijk trustkantoren) (DNB, 2008, p. 87-89). In het jaarverslag wordt hierover het volgende opgemerkt.

---

GSM A.G. B.V., wegens overtreding van de vergunningplicht voor het uitoefenen van een bankbedrijf (artikel 2:11, eerste lid, Wft), en in oktober 2013 van € 10.000,- aan Luyk Investment Services N.V., wegens overtreding van een rapportageverplichting (artikel 3:72, eerste lid, Wft). In augustus 2013 berichtte het FD dat DNB een boete van € 27.000,- zou hebben opgelegd aan ABN-AMRO in verband met overtreding van de Wwft, in verband met de rentederivaten-affaire bij woningcorporatie Vestia. Deze boete is niet openbaar gemaakt.

<sup>415</sup> Uit de openbaar gemaakte uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, te raadplegen via: [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), blijkt dat DNB in de periode voor 2007 onder meer boetes heeft opgelegd wegens overtreding van de Wet toezicht kredietwezen (artikel 82, eerste lid), de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (artikel 5, 6, vierde lid, en 7, eerste lid) en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (artikel 24, eerste lid).

'In 2007 stond een groot deel van de handhavingsinspanningen van DNB in het thema van overtredingen van de Wet toezicht trustkantoren.'

In het jaar daarop, 2008, heeft DNB 23 boetes opgelegd; acht boetes aan onder toezicht staande ondernemingen (hoofdzakelijk banken, geldtransactiekantoren en trustkantoren) en vijftien aan illegale ondernemingen (hoofdzakelijk trustkantoren) (DNB, 2009, p. 106). In 2009 heeft DNB tien boetes opgelegd; twee boetes aan onder toezicht staande ondernemingen (een pensioenfonds en een geldtransactiekantoor) en acht aan illegale ondernemingen (hoofdzakelijk trustkantoren en geldtransactiekantoren) (DNB, 2010a, p. 111-113). Eén van die boetebesluiten is openbaar gemaakt. Daarna neemt het aantal opgelegde boetes sterk af. In het jaar 2010 heeft DNB slechts twee boetes opgelegd, waarvan één is openbaar gemaakt. De ene boete is opgelegd aan een onder toezicht staande onderneming (een verzekeraar) en de andere aan een illegale onderneming (een bank).

Over het aantal opgelegde boetes merkt DNB het volgende op in het jaarverslag over 2010 (DNB, 2011a, p. 106).

'Niet elke geconstateerde overtreding leidt tot de inzet van een wettelijke handhavingsmaatregel. Verschillende andere mogelijkheden tot interventie kunnen worden gebruikt, zoals een waarschuwingsbrief [...], een norm overdragend gesprek [...]. Van deze andere mogelijkheden tot interventie is ook in het verslagjaar veelvuldig gebruik gemaakt. In veruit de meeste gevallen heeft een dergelijke actie al het gewenste effect, namelijk normconform gedrag.'

In 2011 heeft DNB vier boetes opgelegd, waarvan twee aan onder toezicht staande ondernemingen (een bank en een beleggingsonderneming) en twee aan illegale ondernemingen (een bank en een betaalinstant) (DNB, 2012a, p. 85 en 2012c). Deze boetes zijn niet openbaar gemaakt. In 2012 heeft DNB vijf boetes opgelegd, aan niet onder toezicht staande ondernemingen, aan de feitelijk leidinggevenden van financiële ondernemingen. Drie van die boetes zijn openbaar gemaakt. Deze boetes passen in het beleid van DNB om waar mogelijk ook leidinggevenden te beboeten, aldus eerdergenoemde medewerkers.

#### *Een algemene typering van de opgelegde boetes*

Aan wie zijn de boetes opgelegd en voor welke overtreding? Van de dertien beschikbare boetes zijn er zeven opgelegd in het kader van het bewaken van de toegang tot de financiële markt. Het zijn de zogenoemde illegale ondernemingen, die een boete hebben gekregen: dat wil zeggen trustkantoren (3), een geldtransactiekantoor (1) en financiële ondernemingen (3) die niet beschikten over

de vereiste vergunning. De boetes zijn opgelegd op basis van de Wet toezicht trustkantoren respectievelijk de Wet inzake de geldtransactiekantoren en de Wet op het financieel toezicht. Uit de boetesystematiek van die wetten valt af te leiden dat het om ernstige overtredingen gaat van verbodsbepalingen, die vallen in de hoogste boetecategorie.

Drie van de beschikbare boetes zijn opgelegd in het kader van het toezicht op de integere bedrijfsvoering door trustkantoren en geldtransactiekantoren. Ze zijn opgelegd aan kantoren waarvan de bedrijfsvoering niet zou voldoen aan de in de Wet toezicht trustkantoren en de Wet inzake de geldtransactiekantoren gestelde integriteitseisen. Deze vorm van toezicht kan worden beschouwd als een variant op het klassieke prudentieel toezicht (in het kader waarvan ook eisen worden gesteld aan de beheerste en integere bedrijfsvoering), dat doorgaans betrekking heeft op banken en verzekeraars. Het heeft echter ook raakvlakken met het integriteitstoezicht, dat moet voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor criminaliteit (vergelijk hoofdstuk 3). Deze overtredingen vallen in de midden categorie wat betreft de hoogte van de boete.

Geen van de beschikbare boetes is opgelegd in het kader van het traditionele prudentieel toezicht: het bewaken van de soliditeit van financiële ondernemingen. De drie boetes die in dit kader op basis van de Wet op het financieel toezicht zijn opgelegd moeten veeleer worden gesitueerd aan 'de randen van' het prudentieel toezicht. Ze zijn opgelegd aan een financiële dienstverlener die zich ten onrechte tooide met de naam 'bank' en een financiële onderneming die illegaal bankierde. Hoewel de betreffende voorschriften deel uitmaken van het hoofdstuk van de Wet op het financieel toezicht dat betrekking heeft op het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen (hoofdstuk 3) en niet over markttoegang (hoofdstuk 2), betreft het in zekere zin wel/ook het bewaken van de markttoegang. Ook deze overtredingen zijn als ernstig te beschouwen, gelet op de boetesystematiek. Het betreft immers overtredingen van verbodsbepalingen die vallen in de hoogste boetecategorieën.

In bijlage 4 is een gedetailleerd overzicht opgenomen van de (13) beschikbare en openbare boetebesluiten (type overtreding, overtreder en hoogte). De nummers van de in dit hoofdstuk aangehaalde boetebesluiten corresponderen met de boetebesluiten in dit overzicht.

#### *Openbaarmaking van den boetebesluiten*

Tot slot valt uit het overzicht van de boetebesluiten in tabel 3 op dat DNB weinig boetes openbaar heeft gemaakt, zeker in vergelijking met de AFM. Hierbij moet in acht worden genomen dat de Wet toezicht trustkantoren en de Wet inzake de geldtransactiekantoren daartoe niet de mogelijkheid bieden. De openbaar ge-



maakte boetes uit 2009, 2010 en 2012 betreffen dan ook boetes die zijn opgelegd op basis van de Wet op het financieel toezicht.

#### *Een terughoudend boetebeleid*

Uit het overzicht wordt duidelijk dat DNB, in tegenstelling tot de AFM, betrekkelijk terughoudend is in het gebruik van haar boetebevoegdheid. Dit beeld komt terug in de beleidsstukken van DNB, de interviews met de medewerkers van DNB en de advocaten evenals de literatuur (Scheltema, 2010, p. 4; Schermer, 2012, p. 467; Aelen, 2012, p. 69-70). Zo wordt in de toezichtvisie van DNB over 2006-2010, expliciet gesproken over een terughoudend boetebeleid. In die toezichtvisie geeft DNB aan dat het toezicht primair is gericht op het bewerkstelligen van spontane naleving door middel van overreding.<sup>416</sup> In de nota staat hierover het volgende (p. 36).

‘Wanneer dit [naleving van de gestelde norm, AM] niet vanzelf geschiedt, is een informeel signaal van DNB doorgaans voldoende om normconform gedrag te bewerkstelligen. Soms kan dit door een stevig norm overdragend gesprek. Dergelijke informele aanwijzingen bevorderen een constructieve vertrouwensrelatie tussen toezichthouder en het onder toezicht staande veld. Pas als normconform gedrag niet, of niet tijdig, op een dergelijke wijze wordt bereikt, zal het worden afgedwongen door de inzet van handhavingsinstrumenten (...). DNB heeft het in het verleden niet vaak opportuun geacht een bestuurlijke boete op te leggen (...).’

#### *Andere handhavingsmaatregelen*

De boetebesluiten maken deel uit van een palet aan (formele) handhavingsmaatregelen die DNB kan treffen in het kader van het financieel toezicht. Hieronder is een overzicht opgenomen van de meest voorkomende andere formele maatregelen die DNB heeft genomen.

---

<sup>416</sup> Nota Visie DNB op toezicht 2006-2010.

**Tabel 4. Andere formele maatregelen DNB<sup>417</sup>**

Jaar	Last onder dwangsom	Aanwijzing	Aangifte bij het OM
2005	117	7	2
2006	147	23	2
2007	128	14	2
2008	320	19	-
2009	206	15	2
2010	115	17	2
2011	94	10	2
2012	55	10	-
<b>Totaal</b>	<b>1.182</b>	<b>115</b>	<b>12</b>

De last onder dwangsom en aanwijzingen zijn opgelegd aan onder toezicht staande instellingen. De aangiften betreffen niet onder toezicht staande instellingen. In dit overzicht valt op dat DNB, net als de AFM, veelvuldig een last onder dwangsom oplegt. Doel is om de betreffende instellingen te dwingen hun informatieverplichtingen na te komen, aldus de jaarverslagen. Verder valt op dat DNB, in tegenstelling tot de AFM, betrekkelijk weinig aangifte doet bij het Openbaar Ministerie.

#### *Bezwaar en beroep*

In de ZBO-verantwoording over 2012 zijn ook de aantallen bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures verwerkt. Net als in het geval van de AFM, is dit overzicht echter niet gespecificeerd per formele maatregel, waaronder de bestuurlijke boete. Navraag bij DNB leerde dat vanaf 2007 39 bezwaarschriften zijn ingediend naar aanleiding van boetebesluiten, vervolgens zijn 19 beroepschriften ingediend en is vijf maal hoger beroep ingesteld. Van de 39 bezwaarschriften heeft DNB er 28 ongegrond verklaard (72%) en 4 gegrond.<sup>418</sup>

#### *Afstemming over bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke afdoening*

Ook DNB participeert in eerdergenoemd afstemmingsoverleg (TPO) en agendeert daartoe zaken. De besluitvorming van dit overleg is al beschreven in de

<sup>417</sup> Volgens opgave jaarverslagen DNB (jaarverslag 2010, p. 107-108, jaarverslag 2011, p. 85 en ZBO-verantwoording 2012, tabel 4 en 5). Ook hier wijkt de opgave van het aantal formele maatregelen in het jaarverslag over 2011 af van die in de ZBO-verantwoording. Ik ben uitgegaan van de gedetailleerdere ZBO-verantwoording.

<sup>418</sup> Van de overige zeven is het primaire besluit ingetrokken, herroepen, het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard of gedeeltelijk gegrond/ongegrond verklaard.

paragraaf over de AFM (paragraaf 4.2.1). Ook in het geval van DNB wordt het merendeel van de geagendeerde zaken bestuursrechtelijk afgedaan.

## 5.2.2 De boetes onder de loep

### 5.2.2.1 Accenten in de boetepraktijk

#### *Het bewaken van de markttoegang*

Het accent in de boetepraktijk van DNB ligt bij het optreden tegen illegale ondernemingen, in het kader van het bewaken van de markttoegang. Dit blijkt uit de jaarverslagen van DNB, waaruit kan worden opgemaakt dat 53 van de in totaal 87 (circa 61%) boetes zijn opgelegd aan illegale ondernemingen (hoofdzakelijk trustkantoren). De beschikbare boetebesluiten geven hetzelfde beeld (10 van de 13).

Dat het accent ligt op het bewaken van de markttoegang, vloeit voort uit eerdergenoemde thematische, risicogerichte aanpak van het toezicht. Zo richtte DNB in de periode rond 2006 het vizier op illegale trust- en geldtransactiekantoren. Daar komt bij dat overtredingen door niet onder toezicht staande financiële ondernemingen, op basis van het handhavingsbeleid van DNB (paragraaf 4d), doorgaans sneller worden beboet.<sup>419</sup> Overtreding van de markttoetredingseisen wordt in het handhavingsbeleid hoog opgenomen, omdat daarmee de doelstellingen van de toezichthouder in het geding zouden zijn. Op basis van het handhavingsbeleid gaat DNB ten aanzien van niet onder toezicht staande ondernemingen die in strijd met de wet opereren dan ook sneller over tot de inzet van zwaardere handhavingsinstrumenten. In het handhavingsbeleid staat met zoveel woorden dat de ervaring heeft geleerd dat niet onder toezicht staande ondernemingen minder gevoelig zijn voor lichtere interventies, zoals een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief.

De geïnterviewde medewerkers van DNB beamen dat DNB illegale instellingen hard aanpakt en sneller een boete oplegt. Ze lichten dit als volgt toe (respondent 4 en 6).

‘Illegale instellingen krijgen doorgaans sneller een boete opgelegd, omdat alternatieve informele beïnvloedingsmogelijkheden ontbreken. Het effect van hun overtreding is ook ernstiger, waardoor een boete is gerechtvaardigd.’

‘De boete wordt sneller opgelegd aan illegale instellingen. Als die de wet overtreden is in het algemeen alleen een sanctie effectief. Een norm over-

---

<sup>419</sup> Handhavingsbeleid AFM en DNB, *Stcrf.* 2008, nr 132, p. 30.

dragend gesprek of brief is toch minder zinvol. Dit in tegenstelling tot de reguliere onder toezicht staande instellingen, die zijn over het algemeen erg gevoelig voor een dergelijk gesprek of een brief.'

Ten aanzien van de illegale trustkantoren rijst overigens wel de vraag of het *in concreto* wel om zulke ernstige overtredingen ging, waardoor de doelstellingen van de toezichthouder in geding zouden zijn. Zo beschreef Van der Wulp dat DNB rond 2007 op basis van signalen uit de markt en eigen onderzoek ontdekte dat er veel trustkantoren actief waren zonder te beschikken over de vereiste vergunning (2009, p. 11).

Uit zijn analyse bleek dat er niet zozeer sprake was van malafide dienstverlening, maar veel eerder van nalatigheid. In veel gevallen bleken de overtreders advocaten, accountants en belastingadviseurs die naast hun reguliere werkzaamheden trustdiensten aanboden.<sup>420</sup> Het merendeel bleek zich niet te realiseren in overtreding te zijn. Slechts een klein deel van trustkantoren onttrok zich actief aan het toezicht.<sup>421</sup> Dit beeld komt ook naar voren uit de beschikbare boetesluitingen (2008/1, 2008/2 en ook 2009/3). Eén en ander wekt de indruk dat er eerder sprake was van onachtzaamheid van en onderschatting door zakelijk dienstverleners, dan van het moedwillig omzeilen van de vergunningplicht. Volgens de geïnterviewde medewerkers van DNB was in deze gevallen een boete echter alleszins gerechtvaardigd (respondent 4 en 6). Om te beginnen vat DNB dit type overtredingen, mede gelet op het handhavingsbeleid, op als ernstig. Daarnaast waren de overtreders professionele dienstverleners die geacht worden tijdig en volledig op de hoogte te zijn van de geldende regelgeving en dat ook redelijkerwijs hadden kunnen zijn op basis van de actieve informatievervalsing door DNB en de brancheorganisatie. Met andere woorden, de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding gaven de doorslag.

Een mogelijke aanvullende verklaring voor het zwaartepunt in de boetepraktijk van DNB zou gelegen kunnen zijn in het feit dat het opleggen van een boete voor dit type overtredingen minder complex is en weinig risico's met zich meebrengt. DNB hoeft zich in deze gevallen minder gelegen te laten liggen aan de mogelijke gevolgen van het opleggen van een boete. Er is immers geen sprake van een bestendige vertrouwensrelatie in het kader van het toezicht die onder

---

<sup>420</sup> Zij zouden als 'nevenactiviteit' of als 'bijproduct' optreden als bestuurder of domicilie verlenen (Van der Wulp, 2009, p. 11 en 2012, p. 77).

<sup>421</sup> Volgens Van der Wulp zit het echte probleem in wat hij noemt de 'virtuele trustkantoren'. Die zijn niet formeel in Nederland gevestigd en vallen daardoor niet onder het bereik van de Wtt, maar richten hun dienstverlening wel op Nederland (2009 en 2012, p. 77-78). Deze kantoren ontwijken bewust de vergunningplicht en het toezicht van DNB.

druk zou kunnen komen te staan als gevolg van het opleggen van een boete. Een punt waarvoor critici eerder waarschuwden (vergelijk hoofdstuk 2).

#### *Het prudentieel toezicht*

De boetepraktijk in het kader van het prudentieel toezicht laat een ander beeld zien. Waar DNB streng optreedt tegen illegale ondernemingen, blijkt het voorzichtiger met de boete jegens legale ondernemingen, in het bijzonder in het kader van het prudentieel toezicht. Uit de jaarverslagen van DNB kan worden opgemaakt dat 34 van de 87 boetes (circa 39%) zijn opgelegd aan onder toezicht staande instellingen, in het kader van het prudentieel toezicht en het toezicht op trust- en geldtransactiekantoren.<sup>422</sup>

De voorzichtiger opstelling jegens onder toezicht staande ondernemingen is eveneens te verklaren aan de hand van het handhavingsbeleid en de toezichtvisie van DNB (DNB, 2006).

Zo wordt het optreden van de toezichthouder afhankelijk gesteld van de inhoud en strekking van de overtreden norm, aldus het handhavingsbeleid (paragraaf 3b). Overtreding van de markttoetredingseisen, prudentiële eisen en gedragseisen vragen elk een eigen aanpak. In het bijzonder het prudentieel toezicht staat in het teken van discretie en voorzichtigheid. Het wordt, vanwege het mogelijke afbreukrisico, in stilte en achter de schermen uitgevoerd. Het accent ligt op overleg en overreding (Ministerie van Financiën, 2010c, p. 33; Scheltema, 2010, p. 4). Een advocaat (respondent 24) spreekt in dit verband van toezicht door middel van 'de gefronste wenkbrauw'. Veelal is er sprake van een bestendige toezichtrelatie met een onderneming, bijvoorbeeld op basis van een verleende vergunning. Binnen die context, in de toezichtvisie van DNB 2006 – 2010 wordt zelfs gesproken van een vertrouwensrelatie (p. 36), ligt een boete minder in de rede en zijn informele en reparatoire maatregelen eerder aangewezen, aldus DNB. Een medewerker van DNB licht dit als volgt toe (respondent 10).

'We hebben een grote range aan interventies, de boete is daar maar een klein onderdeel van. Andere interventies zijn vaak effectiever. Als een financiële onderneming er een potje van heeft gemaakt, kan het wegsturen van een bestuurder of het opstellen van een herstelplan zinvoller zijn. Een boete leidt niet altijd tot het verbeteren van de bedrijfsvoering, de professionaliteit van de onderneming of het verbeteren van de financiën. Daarvoor zijn andere maatregelen aangewezen. Een boete lost dan het probleem niet op.'

---

<sup>422</sup> Uit de jaarverslagen valt niet precies op te maken binnen welk toezichtkader, prudentieel toezicht of toezicht op trust- en geldtransactiekantoren, de boetes vallen die zijn opgelegd aan de onder toezicht staande instellingen.

'In het kader van het prudentieel toezicht zijn wel meer boetes opgelegd dan uit de jaarverslagen blijkt, maar ze zijn op de vingers van één hand te tellen. Onder het oude regiem waren de boetes ook veel te laag om enige indruk te maken op een grote financiële onderneming. Dat wordt in de toekomst wel anders, bijvoorbeeld op basis van CRD IV [de EU-Capital Requirements Directive, AM].'

Aan de andere kant kan men de boete toch ook weer niet missen (respondent 10).

'Een boete in het kader van het prudentieel toezicht kan soms wel zinvol zijn. Wij zullen daar ook meer gebruik van maken, nu de boetes hoger liggen. Het risico op een bank run valt wel mee. Dat speelt niet als de bedrijfsvoeringsregels, integriteitsvoorschriften of een rapportageplicht wordt overtreden. Daarom maken wij de laatste tijd ook meer boetes openbaar, daar was geen risico voor prudentiële schade. Publicatie is geen taboe meer.'

'Het opleggen van een bestuurlijke boete in het kader van het prudentieel toezicht zal niet aan de orde van de dag zijn, maar als toezichthouder wil je wel een zo ruim mogelijk instrumentarium.'

'De boete is vooral nuttig door de signaalfunctie, maar dat hebben we niet altijd nodig.'

Uit de vraaggesprekken met de medewerkers van DNB blijkt dat zij, anders dan de AFM, groot belang hechten aan het in stand houden van de toezichtrelatie, als basis voor het toezicht.<sup>423</sup> Zij zijn dan ook voorzichtiger met het opleggen van een boete in het kader van het prudentieel toezicht. Het mag niet ten koste gaan van de toezichtrelatie, dan zou de boete contra-productief werken (respondent 4 en 7).

'Het opleggen van een bestuurlijke boete is een precair proces en levert wel een dilemma op voor de toezichthouder. Aan de ene kant kan het soms nodig zijn om een boete op te leggen, aan de andere kant kan het een wissel trekken op de verhouding met de onder toezicht gestelde. Het opleggen van

---

<sup>423</sup> Ook oud-DNB directeur De Swaan maakte in zijn verhoor voor de commissie De Wit gewag van een vertrouwensrelatie als basis voor het toezicht. Veel op basis van het toezicht gesignaleerde problemen werden opgelost door het gebruik van morele overtuigingskracht in een gesprek met de onder toezicht gestelde, aldus De Swaan. *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 173.

een boete mag er niet toe leiden dat het contact onmogelijk wordt, dan schiet het zijn doel voorbij.’

‘Het opleggen van een boete kan door zijn punitieve karakter de onderlinge verhouding tussen toezichthouder en instelling verslechteren. DNB zal desondanks wel proberen in dialoog te blijven met de onder toezicht gestelde.’

Volgens enkele van de geïnterviewde advocaten werkt de bestuurlijke boete als zodanig in het kader van het prudentieel toezicht vooral preventief, waardoor het niet nodig is die te gebruiken. ‘Alleen al de dreiging van de boete is vaak al voldoende. Onder toezicht gestelden laten het niet op een boete aankomen, uit vrees voor publiciteit’ (respondent 29). Een andere advocaat (respondent 24): ‘de bestuurlijke boete werkt op zichzelf al als een stok achter de deur’.

#### *De bestuurlijke boete roept het toezichthouderdilemma op*

Al met al lijkt de bestuurlijke boete geen aanwinst als het gaat om het prudentieel toezicht. Daar stelt de beschikbaarheid van de bestuurlijke boete DNB nadrukkelijk voor het zogenoemde toezichthouderdilemma. Als te snel wordt overgegaan tot het opleggen van een boete zou dat afbreuk kunnen doen aan de bestendige vertrouwensrelatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde en mogelijk zelfs in het maatschappelijk vertrouwen in de financiële sector.<sup>424</sup> Aan de andere kant, te lang wachten met of afzien van het opleggen van een bestuurlijke boete kan ook schadelijk zijn, in het bijzonder voor het imago van de toezichthouder in de publieke opinie. Zeker nu de publieke opinie ten aanzien van het functioneren van de (financiële) toezichthouders steeds kritischer is geworden (Docters van Leeuwen, 2010, p. 53; Degenkamp, 2013, p. 887; WRR 2013, p. 63). Wanneer is het opleggen van een boete opportuun? Het opleggen van een boete vergt dan ook zeer een precieze timing.

De situatie van DNB doet enigszins denken aan de positie van de hedendaagse burgemeester die in het kader van het strenge veiligheidsbeleid is gezegend met vele (punitieve) handhavingsbevoegdheden (‘van burgervader naar hulpsheriff’, vergelijk hoofdstuk 1). Als de burgemeester bij een crisis vervolgens nalaat die bevoegdheden te gebruiken, loopt hij het risico dat hij het vertrouwen verliest van de gemeenteraad (vergelijk project X in Haren).

---

<sup>424</sup> Zo ook Van Eersel (2013, p. 111).

Als hij zijn bevoegdheden te snel inzet loopt hij het risico de rechter op zijn pad te vinden, bijvoorbeeld in het geval de burgemeesters in Eindhoven en Veenendaal die een gebiedsverbod oplegden aan een zedendelinquent (Mein, 2010b). Een gevolg van dit dilemma kan zijn dat medewerkers van DNB er voor kiezen om zich in het kader van het toezicht terughoudend op te stellen. Immers, naarmate zij meer weten, zullen zij genoodzaakt zijn om de informatie te gebruiken en op te treden. Van de Bunt noemt dit 'belastende kennis' (2012, p. 55). Hij geeft als voorbeeld de burgemeester of de wijkagent die door de reclasering wordt geïnformeerd over de terugkeer van een zedendelinquent in zijn gemeente. Wat moeten zij met deze informatie? Niets doen is geen optie, maar teveel doen zou kunnen leiden tot een buurtrel.

Het dilemma van de (financiële) toezichthouder: 'afwachten of ingrijpen?' wordt ook in de literatuur beschreven en naar voren gebracht als verklaring voor de opstelling van die toezichthouder. In min of meer vergoelijkende zin komt het aan de orde in het verslag van de minister van Financiën over de doelmatigheid en doeltreffendheid van DNB (2010c, p. 35-36).<sup>425</sup> In dit rapport wordt het dilemma gekenschetst als het moeilijke bepalen van het juiste moment waarop DNB in het kader van het toezicht in een concreet geval zou moeten omschakelen van preventief toezicht naar repressieve handhaving. Ottow en Robben gebruiken hiervoor de metafoer van de koorddanser: een toezichthouder die moet balanceren tussen vertrouwen en een gezond wantrouwen, tussen betrokkenheid en distantie (Ottow & Robben, 2012, p. 35). In negatieve zin komt het aan de orde in het rapport van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel uit 2010 (commissie De Wit I) (*Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 169-171). Tijdens de commissieverhoren wees expert Van Wijnbergen er op dat toezichthouders over het algemeen de neiging hebben te lang te wachten, waardoor de kosten van later ingrijpen alleen maar oplopen. Hij gebruikt hiervoor de term *regulatory forbearance*. Hij verklaarde deze houding uit de vrees dat ingrijpen door een toezichthouder zou suggereren dat het eerdere toezicht heeft gefaald (*Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 174). De (financiële) toezichthouder zou 'de natuurlijke neiging' hebben een financiële onderneming (bijvoorbeeld een systeembank) die in de problemen zit de hand boven het hoofd te houden, in de verwachting dat die zich uiteindelijk wel weer zal herstellen. Omdat de gevolgen van een ondergang van een systeembank niet te overzien zouden zijn, weerhoudt dit hem van ingrijpen (IMF Working Paper 11/193). De neiging van de (financiële) toezichthouder om telkens weer te laat in te grijpen bij een dreigende bankencrisis wordt ook beschreven door het CPB (Bijls-

---

<sup>425</sup> Artikel 1:44, eerste lid, Wft schrijft voor dat de minister van Financiën drie jaar na inwerking-treding van de Wft aan de Tweede Kamer een verslag uitbrengt over de doelmatigheid en doeltreffendheid van de (financiële) toezichthouders (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 466, 1).



ma, Klomp & Duineveld, 2010). De onderzoekers schrijven dit toe aan de vrees bij toezichthouders door ingrijpen de ondergang van de bank te versnellen, de neiging zich te identificeren met de belangen van de sector en aan kuddegedrag als gevolg van onzekerheid. Ook in het rapport van Evaluatiecommissie nationalisatie SNS Reaal wordt dit verschijnsel beschreven (2014, p. 264-265).

De bestuurlijke boete lijkt dan ook minder goed te passen bij prudentieel toezicht. De toezichthouder geeft in dit kader de voorkeur aan informele en reparatoire maatregelen. Het opleggen van een bestuurlijke boete sluit beter aan bij het bewaken van de markttoegang en het toezicht op de integere bedrijfsvoering door trust- en geldtransactiekantoren.<sup>426</sup> In dit licht is de vaststelling van Grundmann-Van de Krol goed te begrijpen dat het merkwaardig is dat de toezichthouders beschikken over een nagenoeg identiek sanctie-instrumentarium, terwijl zij, op basis van het functioneel toezichtmodel zijn belast met geheel verschillende taken en rollen (2012, p. 15-16).<sup>427</sup>

### **5.2.2.2 De zwaarte van de overtredingen**

Zoals ook in het vorige hoofdstuk opgemerkt, was de bestuurlijke boete primair bedoeld voor de afhandeling van lichte en veelvoorkomende overtredingen van de sociaaleconomische ordeningswetgeving. Zwaardere overtredingen zouden dan voortaan strafrechtelijk kunnen worden afgedaan (vergelijk hoofdstuk 2).

#### *Ernst overtredingen*

Net als bij de AFM, komt uit de beschikbare boetebesluiten een heel ander beeld naar voren. Meer nog dan de AFM, blijkt DNB de bestuurlijke boete anders te gebruiken dan waarvoor die oorspronkelijk was bedoeld. De bestuurlijke boete wordt juist niet gebruikt voor lichte overtredingen, daarvoor blijkt de last onder dwangsom gereserveerd.<sup>428</sup> Uit de jaarverslagen en de beschikbare boetebesluiten komt naar voren dat de boete vooral wordt gebruikt voor relatief ernstige overtredingen, zoals overtredingen van verbodsbepalingen uit de financieel toezichtwetten.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat het veel beter past bij het gedragstoezicht door de AFM.

<sup>427</sup> Ook Van Eersel werpt deze vraag op (2013, p. 114).

<sup>428</sup> De relatief eenvoudige overtredingen van de statistische rapportageverplichtingen op basis van de Wfbb worden overigens wel met een boete afgedaan. In zoverre wordt de bestuurlijke boete wel gebruikt zoals oorspronkelijk bedoeld.

<sup>429</sup> Ook uit de openbaar gemaakte uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven van voor 2007, blijkt dat DNB het merendeel van de boetes heeft opgelegd voor ernstiger overtredingen, in casu van de Wtk, de Wet Bpf en de Wvb.

Voor zover uit de beschikbare boetebesluiten kan worden afgeleid, wordt de bestuurlijke boete door DNB niet zozeer toegepast aan de 'onderkant' van het financieel toezichtrecht, maar vooral aan de 'bovenkant'. De bestuurlijke boete lijkt zich aldus te hebben ontwikkeld tot nevingeschikt aan het strafrecht, in plaats van de ondergeschikte rol die het in het kader van de *ultimum remedium*-gedachte aanvankelijk was toebedeeld.

Eén en ander hangt samen met de beleidskeuzes die DNB heeft gemaakt, namelijk om de bestuurlijke boete vooral te gebruiken in het kader van het toezicht op de markttoetreding, bij de aanpak van illegale toetreders. Dat zijn per definitie ernstige overtredingen. Hierbij speelt ook de opstelling van de medewerkers van DNB een rol, die, anders dan die van de AFM, aanvankelijk een zekere koud-watervrees leken te hebben voor de bestuurlijke boete.

Zij beschouwden de bestuurlijke boete, tegen de verwachting in, als een *ultimum remedium*. Zo merkt een medewerker van DNB hierover het volgende op (respondent 4).

'Het opleggen van een boete zou idealiter niet nodig moeten zijn. DNB is dan ook terughoudend in het toepassen van de bestuurlijke boete. Het wordt met name ingezet bij ernstige, herhaalde of evidente overtredingen. Het opleggen van de bestuurlijke boete wordt gezien als een zware sanctie die passend moet zijn.'

'Het gebruik van de bestuurlijke boete door DNB is duidelijk in ontwikkeling. Aanvankelijk bestond enige aarzeling om het instrument te gebruiken. Het was nieuw, complex en arbeidsintensief. Het betekende ook een breuk met de traditionele informele bejegening van de onder toezicht gestelden, die op zichzelf genomen ook effectief was. Maar binnen DNB raakte men steeds meer overtuigd van het preventieve effect van de bestuurlijke boete.'

#### *Frequentie overtredingen*

Minder duidelijk is, in hoeverre de overtredingen die DNB heeft beboet, vaak voorkomen. Op het eerste gezicht lijken het geen overtredingen die routinematig kunnen worden afgedaan, zo moet telkens eerst worden nagegaan of er sprake is van een vergunningplichtige activiteit.

### 5.2.2.3 De opstelling van DNB

#### *‘Streng aan de grenzen en voorzichtig binnen de markt’*

Uit het beeld dat in de voorgaande paragrafen is opgebouwd van de boetepraktijk van DNB, kan worden afgeleid dat het gebruik van de bestuurlijke boete nauw samenhangt met het type toezicht. Aan de grenzen van de markt is het toezicht repressief en gericht op afschrikking, door middel van het opleggen van een boete. Eenmaal binnen, is het (prudentieel) toezicht curatief en gericht op het bevorderen van naleving, door middel van informeel overleg en overreding. Dit laatste vindt per definitie plaats achter de schermen en is daardoor ook minder goed zichtbaar. Met andere woorden, DNB is ‘hard’ tegen de *outsiders* en ‘zacht’ tegen de *insiders*. De handhavingstijl kan dan ook worden gekenschetst als ‘streng aan de grenzen van de markt en voorzichtig binnen de markt’.

Een uitzondering hierop vormt het toezicht op de integere bedrijfsvoering van trustkantoren en geldtransactiekantoren. De onder toezicht gestelde die zich niet houdt aan de voorschriften met betrekking tot de integere bedrijfsvoering, kan rekenen op een boete. Maar dit betreft toch meer de periferie van het toezicht door DNB.

Het beeld van de opstelling door DNB contrasteert sterk met dat van de AFM. Waar de AFM de bestuurlijke boete actief gebruikt, vooral bij het gedragstoezicht op financiële ondernemingen, is DNB terughoudend en ligt het zwaartepunt op het bewaken van de toegang tot de markt. Juist op dat punt blijkt de AFM weer minder actief. Naast een verschil in stijl, laten deze verschillen zich verklaren aan de hand van het type toezicht. Waar het prudentieel toezicht vooral curatief is en gericht op het bevorderen van naleving door middel van overleg en overreding achter de schermen, is het gedragstoezicht meer repressief en gericht op afschrikking door het formeel en openlijk markeren van de norm (Scheltema, 2010, p. 4; Ministerie van Financiën, 2010b, p.11; Van Eersel, 2013, p. 56-59 en 114).

#### *Kritiek op DNB*

Deze opstelling van DNB heeft de laatste tijd nogal wat kritiek opgeroepen, rond de Icesave-affaire, de DSB-affaire en meer in het algemeen naar aanleiding van de kredietcrisis (Vletter-Van Dort, 2013, p. 41). Zo wordt in het rapport van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel uit 2010 (de commissie De Wit I) een beeld geschetst van de cultuur bij DNB. Die zou voorzichtig en terughoudend zijn als het aankomt op optreden. Het accent in het toezicht zou vooral liggen op informele beïnvloeding en overreding. Deze houding zou zijn ingegeven door de vrees dat een ontijdige toepassing van een sanctie ook contrapro-

ductief zou kunnen werken. De commissie acht deze voorzichtigheid op zichzelf genomen wel begrijpelijk, maar is uiteindelijk van mening dat dit afbreuk doet aan de slagkracht van het formele instrumentarium van de toezichthouder. Bovendien is, onder invloed van factoren als internationalisering, juridisering en formalisering, de omgangsrelatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde sterk veranderd, aldus de commissie. Ook de publieke opinie ten aanzien van het financieel toezicht is sterk veranderd, mede tegen de achtergrond van de kredietcrisis. Men verwacht, al dan niet terecht, dat de toezichthouder ingrijpt en de burger beter informeert (Docters van Leeuwen, 2010, p. 53-54; DNB, 2010c, p. 29).<sup>430</sup> Dit past in het, in hoofdstuk 2 beschreven, beeld van een maatschappelijke roep om meer toezicht en handhaving ter beheersing van risico's en onzekerheid. Zowel de omgangsvormen tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde als de publieke opinie zijn verhard. Hierdoor is het de vraag of de voorkeurstijl van DNB nog wel effectief is (*Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 171-173).<sup>431</sup> Zo oordeelt de commissie dat 'er meer focus op handhaving en ingrijpen moet komen' bij de toezichthouders (*Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, 3-4, p. 23).

De houding van DNB wordt ook treffend beschreven in het rapport van de Commissie Onderzoek DSB Bank uit 2010 (de commissie Scheltema). Daarin oordeelt de commissie dat DNB bij het nemen van maatregelen in het kader van het toezicht op DSB Bank betrekkelijk toegeeflijk was, onvoldoende haar tanden heeft laten zien en te lang bleef vasthouden aan een informele beïnvloedingstijl (p. 241 en 243). Deze stijl had niet het gewenste effect op de onder toezicht gestelde: wat door DNB werd gezien als een pittig normoverdragend gesprek,

---

<sup>430</sup> In het discussieprogramma *Room for discussion*, een discussieplatform van economiestudenten van de Universiteit van Amsterdam op 4 december 2013 verklaarde voormalig DNB-president Wellink over de maatschappelijke verwachtingen ten aanzien van het financieel toezicht dat de maatschappij de rol van toezichthouders overschat: 'De benadering van toezicht begint idealistische trekken te krijgen, in de maatschappij, op de universiteiten'. Volgens Wellink beschikt de toezichthouder over onvoldoende mankracht om de complexiteit van het financiële stelsel bij te houden en te controleren. Hij vergeleek de situatie met agenten en dieven: 'Je kunt niet op elke boef een agent plakken en men verwijt de agent in plaats van de inbreker de misdaad'. Te raadplegen via: [www.youtube.com/watch?v=R-yYw38h4IY](http://www.youtube.com/watch?v=R-yYw38h4IY).

<sup>431</sup> In het katern 'Dossier: Dertig jaar DNB' in *DNB Magazine* 2011, 2, p. 13-19 wordt een beeld geschetst van DNB die balanceert tussen het vasthouden aan de oorspronkelijke, informele handhavingstijl en de eisen van de huidige tijd (globalisering, financiële conglomeratenvorming en juridisering) die vragen om een meer assertieve en formele handhavingstijl. DNB moet (leren) balanceren tussen stille diplomatie en scherpe haaiantanden, aldus het artikel. Zie hierover ook Mertens in de *Nieuwsbrief Toezicht* in het nieuws, week 6, 2009 (nr. 68), p. 4-5. Te raadplegen via: [www.velders-imc.nl](http://www.velders-imc.nl).

werd door DSB Bank ervaren als een vriendelijke gedachtenwisseling, aldus de commissie (p. 239). Al eerder kwam uit het onderzoek naar de bevoegdheden van DNB inzake Icesave naar voren dat DNB mogelijk krachtadiger had kunnen optreden (De Moor-van Vugt, Du Perron & Krop, 2009, p. 67-68).<sup>432</sup> Ook uit het recente rapport van de evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Hoekstra & Frijns, 2014, p. 322) komt naar voren dat DNB, althans in de periode 2006-2008, onvoldoende doortastend en daadkrachtig heeft opgetreden.<sup>433</sup>

Herziening van de handhavingstijl van DNB ('streng aan de grenzen en voorzichtig binnen de markt') lijkt dan ook onvermijdelijk. De eerste stappen in die richting zijn inmiddels gezet, nu de minister, naar aanleiding van de kritiek van bovengenoemde commissies, DNB heeft bewogen tot inzetten van een cultuurverandering aangaande het toezicht. Kern daarvan is dat het toezicht indringender, kritischer en vasthoudender zou moeten worden. In het plan van aanpak voor de cultuurverandering ('Van analyse naar actie') wordt in dit verband zelfs gesproken van een *enforcement* houding (DNB, 2010b, p. 2-3).<sup>434</sup> Of zoals de nieuwe aangetreden DNB-president in een introductie-interview verwoordt: 'De Nederlander zal een centrale bank zien die krachtadiger en transparanter is' (DNB, 2011b, p. 9).

#### *Een nieuwe wind*

Deze cultuurverandering is nog niet meteen terug te zien in de in 2012 en 2013 opgelegde boetes. Mogelijk kan de openbaarmaking van een aantal van de in 2012 opgelegde boetes als een signaal in die richting worden geïnterpreteerd.<sup>435</sup>

Advocaten hebben, namens hun cliëntèle, de cultuuromslag binnen DNB al wel opgemerkt.<sup>436</sup> Veel van hen maken gewag van een actievere en kritischer opstel-

---

<sup>432</sup> Zie hierover in vergelijkbare bewoordingen ook Degenkamp, 2013, p. 887.

<sup>433</sup> Dit brengt Fentrop tot de verzuchting dat DNB geen reden van bestaan meer heeft. Hij suggereert dan ook DNB zijn toezichthoudende taken te ontnemen en onder te brengen bij de minister van Financiën. NRC Handelsblad, 1 februari 2014, O&D5.

<sup>434</sup> In dit kader is binnen DNB een nieuwe divisie Toezicht Expertisecentra ingericht, die speciaal is belast met het voorbereiden en uitvoeren van handhavingsacties. Dit moet voorkomen dat medewerkers die belast zijn met het reguliere toezicht te laat overgaan tot ingrijpen. Daarnaast is binnen de directie van DNB de functie van 'directeur toezicht' in het leven geroepen. Overigens plaatste de evaluatiecommissie SNS Reaal naar aanleiding van haar bevindingen vraagtekens bij de toegevoegde waarde van deze aanpassing in de bestuursstructuur van DNB (Hoekstra & Frijns, 2014, p. 328).

<sup>435</sup> Zie hierover Aelen (2013, p. 60). Daarbij zij aangetekend dat het merendeel van de voor die tijd, op basis van de Wtt en Wgt, opgelegde boetes niet openbaar kon worden gemaakt.

ling door DNB. Dat uit zich nog niet zozeer in meer boetes, maar wel in het gebruik van andere handhavingsbevoegdheden. Ook wijzen zij op een trendbreuk als het gaat om openbaarmaking. Eén advocaat spreekt in dit verband van ‘een metamorfose’ en ‘DNB lijkt zelfs wel feller dan de AFM’ (respondent nr. 28). Een andere advocaat schetst het volgende beeld (respondent 31).

‘De Vestiaboete is een voorbeeld van de nieuwe lijn van DNB. De ABN AMRO had de zaak zelf gemeld. Vroeger zou DNB daar genoeg mee hebben genomen, maar nu komt er een boete achteraan. DNB gaat de kant op van het gedragstoezicht, grenzen vervagen. DNB wordt actiever, het treedt in discussie met marktpartijen over de invulling van regelgeving of het beloningsbeleid, waar dat vroeger aan de marktpartijen zelf werd overgelaten. Het spreekt bestuurders ineens persoonlijk aan, als feitelijk leiding-gevende.’

Een derde advocaat schetst het volgende beeld over de gevolgen van de culturomslag in het toezicht (respondent 22).

‘Een boete van € 150.000,- voor een privépersoon, dat is zwaar, zwaar om op te hoesten. Dat zou de strafrechter nooit doen. De laatste zaken van DNB [uit 2012, AM] zijn door de markt als revolutionair ervaren. Het is de bevestiging van de nieuwe koers van DNB.’

‘DNB is aan het veranderen. Het was altijd heel redelijk, een boete werd niet effectief geacht, alleen als het een doel dient. Vroeger was men tevreden na reparatie, nu volgt automatisch ook nog een boete. Dat is straffen omwille van het verleden, dat dient geen redelijk toezichtdoel meer. [...] DNB is veranderd van partij met wie je kon praten, naar een partij die indringend en vasthoudend is. DNB is daar meteen weer heel star in, het vinkt gewoon af. Je krijgt er een boete achteraan, bijna automatisch.’

---

<sup>436</sup> Ook Van Wijnbergen maakt gewag van een verandering in het optreden van DNB. ‘Maar schrijver dezes kan uit eigen ervaring meedelen dat het toezicht van DNB tegenwoordig totaal anders verloopt. Het huidige toezicht is dermate direct dat een herhaling van jarenlang voortdurende misstanden zoals bij SNS uitgesloten lijkt.’ NRC Handelsblad, 24 januari 2014, C 2-3. Van Eersel merkt op dat DNB steeds meer op de AFM gaat lijken: ‘DNB krijgt steeds meer aandacht voor gedragscomponenten en cultuuraspecten. [...] Waar DNB juist altijd trachtte zaken achter de schermen te regelen legt zij niet alleen meer boetes op, deze worden ook in een toenemend aantal gevallen gepubliceerd’ (2013, p. 24 en 60). Zo ook Roth, die signaleert dat met de bij DNB in gang gezette culturomslag ‘een andere, steviger wind is gaan waaien aan het Fredriksplein’ (2013, p. 438).

### 5.3 Het besluit tot het opleggen van de boete

Net als in het hoofdstuk over de AFM, ga ik in deze paragraaf in op de afweging van belangen bij de besluitvorming over het opleggen van een bestuurlijke boete.<sup>437</sup> Eén en ander in het licht van het handhavingsbeleid van DNB en hetgeen betrokkenen naar voren hebben gebracht in het kader van hun zienswijze op het voorgenomen boetebesluit.

Uit de beschikbare boetebesluiten blijkt dat DNB onder het kopje belangenafweging telkens een standaardoverweging hanteert waarin expliciet wordt verwezen naar het handhavingsbeleid van DNB dat ten grondslag ligt aan het inzetten van handhavingsbevoegdheden. Onder verwijzing naar dit handhavingsbeleid stelt DNB dat zij overtredingen niet gedooft en in beginsel handhavend optreedt. Verder stelt DNB in die overweging dat zij bij de belangenafweging bij het besluit om al dan niet een bestuurlijke boete op te leggen, de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding beoordeelt.

In de belangenafweging staan drie factoren centraal: de ernst, verwijtbaarheid en de beginselen van behoorlijk bestuur. Ik houd deze volgorde (ernst, verwijtbaarheid, beginselen van behoorlijk bestuur) aan bij mijn analyse van de belangenafweging door DNB in deze paragraaf.

Waar mogelijk sta ik ook stil bij de beoordeling van de betreffende of een vergelijkbare zaak door de rechtbank Rotterdam of het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Het jaartal en nummer van het genoemde boetebesluit verwijst naar bijlage 4, waarin de boetebesluiten op een rij zijn gezet. Voorschriften, tegen schending waarvan veelvuldig met een boete wordt opgetreden, licht in een kader kort toe. In het hoofdstuk over de AFM ben ik, ter inleiding, ingegaan op het handhavingsbeleid van de AFM en DNB (paragraaf 4.3). Die inleiding is ook van toepassing op dit hoofdstuk.

#### 5.3.1 De ernst van de overtreding

Bij de weging van de ernst van de overtreding gaat het hoofdzakelijk om de maatschappelijke gevolgen (de *impact*) van de overtreding.

---

<sup>437</sup> Zoals ook al opgemerkt in het hoofdstuk over de AFM, de beoordeling van de feiten in het licht van de wet (de kwalificatie) en de wijze waarop DNB het onderzoek zou hebben uitgevoerd laat ik buiten beschouwing. Het bepalen van de hoogte van de boete komt in de volgende paragraaf aan de orde.

### *De maatschappelijke gevolgen van de overtreding*

Zo was volgens DNB in geval van overtreding van de markttoetredingsvoorschriften voor trustkantoren en geldtransactiekantoren (artikel 2, eerste lid, Wtt, resp. artikel 3, eerste lid, Wgt) de ernst van de overtreding gelegen in het ontduiken van de markttoetredingsvoorschriften en het zich onttrekken aan het toezicht. Hierdoor werd de kwaliteitstoets bij vergunningverlening ontdoken, hetgeen zou leiden tot oneerlijke concurrentie en de integriteit van het financiële stelsel in gevaar zou brengen.

### Ratio markttoetredingsbepalingen

Deze voorschriften hebben tot doel de (minimum)kwaliteit van de dienstverlening aan consumenten te waarborgen en een eerlijke concurrentie te bevorderen: het zogenoemde <i>level playing field</i> ( <i>Kamerstukken II, 2001/2, 28 229, 3, p. 2-3</i> ).
--

In de betreffende boetebesluiten lichtte DNB dit als volgt toe (2008/1, p. 5 en 2009/2, p. 6). Betrokkenen zouden als trustkantoor respectievelijk geldtransactiekantoor diensten hebben verleend, zonder te beschikken over de vereiste vergunning dan wel te zijn ingeschreven in het voorgeschreven register.

‘Het doel van de Wtt is het bevorderen van integriteit van het financiële stelsel door middel van regulering van de trustsector met behulp van een vergunningstelsel en de uitoefening van toezicht door DNB. X heeft zich onttrokken aan het toezicht door in ieder geval sinds 2005, zijnde de oprichtingsdatum van X, actief te zijn op een gereguleerde markt zonder de daarbij toepasselijke markttoetredingsbepalingen in acht te nemen [...]. Mede gelet op de doelstelling van de Wtt beschouwt DNB dit als een ernstige overtreding.’

‘De algemene doelstelling van de Wgt is het beschermen van de integriteit van het financiële stelsel, het tegengaan van witwassen van misdaadgeld en het tegengaan van het financieren van terroristische misdrijven. [...] Door werkzaam te zijn als geldtransactiekantoor zonder aan de vereiste voorwaarden te voldoen heeft X zich aan het toezicht van DNB onttrokken en daarmee de doelstelling van de Wgt doorkruist.’

In een zaak waarin sprake was van het ‘aantrekken van opvorderbare gelden’ (artikel 3:5, eerste lid, Wft), was de ernst eveneens gelegen in het ontduiken van de markttoetredingsvoorschriften en het zich onttrekken aan het toezicht. In dit geval werden de financiële waarborgen die worden verlangd van financiële instellingen ontdoken, waardoor de consument onnodig risico zou lopen. In het



boetebesluit inzake financiële onderneming Centurion Capital Holland lichte DNB dit als volgt toe (2009/3, p. 12-13). Het betrof een startende onderneming, waarvan de bestuurders geld hadden geleend van particulieren. Zij wilden daarmee werkkapitaal opbouwen om te investeren in de ontwikkeling van (bio)technologie, waarop dan vervolgens rechten zouden moeten worden gevestigd.

‘Blijkens de wetsgeschiedenis is het verbod van artikel 3:5, eerste lid, Wft, bedoeld om te voorkomen dat instellingen of personen die geen bank zijn gelden van het publiek aantrekken of ter beschikking stellen of verkrijgen, zonder dat bij deze instellingen of personen voldoende financiële waarborgen aanwezig zijn om te zorgen dat op een verantwoorde manier met deze gelden wordt omgegaan en het geld op elk moment weer kan worden terugbetaald. Het doel van de Wft is onder andere de bescherming van de belangen van consumenten.’

Het consumentenbelang komt ook terug in de weging van de ernst van de overtreding van het verbod op het gebruik van het woord ‘bank’ (of een vertaling daarvan) (artikel 83, eerste lid, Wtk en artikel 3:7, eerste lid, Wft). De ernst is volgens DNB in dit geval gelegen in het, gedurende een lange periode, veroorzaken van verwarring bij het publiek over de status van de onderneming (2008/3, p. 4). Het ging om de financiële dienstverlener Tyrion Hypotheken, die zich in de periode 2005-2008 en 2008-2010 onder meer in advertenties, brochures en op het internet zou hebben gepresenteerd onder de naam ‘Hypotheekbanque’.

‘Het gebruik van het woord ‘bank’ of vertalingen of vormen daarvan, op financiële markten in beginsel is voorbehouden aan vergunning houdende kredietinstellingen. Het doel daarvan is te voorkomen dat bij het publiek verwarring ontstaat.’

Betrokkene voerde in zijn verweer aan dat hij geen voordeel zou hebben behaald door de overtreding (2010/1, p. 5). Voor DNB bracht dit echter geen verandering in de zaak. Het al dan niet behalen van financieel voordeel is niet relevant voor de vaststelling van een overtreding, aldus DNB (p. 5). De rechtbank Rotterdam volgde een vergelijkbare redenering.<sup>438</sup>

---

<sup>438</sup> ‘Voor de vraag naar de ernst van overtreding van een verbodsbepaling kan, anders dan X betoogt, niet maatgevend zijn of cliënten concreet zijn benadeeld. De ernst van de overtreding, die zeer lang heeft voortgeduurd, is daarin gelegen dat het vertrouwen dat in de markt in banken wordt gesteld kan worden geschaad. De andere omstandigheden die X heeft aangevoerd

In het geval van overtreding van de voorschriften voor een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (o.a. artikel 10, eerste lid, onder h jo a Wtt jo 12, derde lid, Rib) was de ernst van de overtreding in het bijzonder gelegen in het veronachtzamen van de aan trustkantoren toebedachte poortwachtersfunctie, waardoor de integriteit van het financiële stelsel op het spel zou worden gezet. In het betreffende boetebesluit lichtte DNB dit als volgt toe (2007/1, p. 2-3).

'Het overtreden van artikel 10 Wft jo 12, derde lid, Rib is een ernstige schending van de door de wetgever beoogde integere bedrijfsvoering door trustkantoren. Temeer nu de in artikel 12, derde lid, Rib opgenomen verplichting om geen diensten te verlenen voordat de uiteindelijk belanghebbende is vastgesteld, de kern van het integriteitsbelang raakt. Deze overtredingen moeten X zwaar worden aangerekend.'

Tot slot komt de ernst van de overtreding tot uitdrukking in de omvang van de overtreding. Dat wil zeggen het binnen een periode van een jaar, zeer regelmatig verrichten van aanzienlijke transacties (bijvoorbeeld 2009/2) of in het relatief hoge aantal verrichte transacties en de relatief grote omvang van de transactiestromen.<sup>439</sup>

### 5.3.2 De verwijtbaarheid van de overtreding

Bij de weging van de verwijtbaarheid gaat het hoofdzakelijk om de intentie van betrokkene. In een enkel geval speelt ook de kenbaarheid van de norm een rol evenals het op *compliance* gerichte gedrag (de verleende medewerking aan het onderzoek).

#### *De opzet bij de overtreding*

In geval van eerdergenoemde overtredingen van de markttoetredingsvoorschriften is de verwijtbaarheid van de overtreding volgens DNB gelegen in het feit dat betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte hadden moeten en ook redelijkerwijs hadden kunnen zijn van de vergunningplicht en desondanks geruime tijd, soms gedurende meerdere jaren, zijn doorgedaan met hun activiteiten. Meer in het bijzonder zouden zij uit hun contacten met DNB moeten hebben kunnen afleiden dat zij vergunning plichtig waren. In een enkel geval zouden zij zelfs door DNB schriftelijk zijn gemaand tot het treffen van herstelmaatregelen (bijvoorbeeld 2007/1 en 2008/4) of zouden zij hieromtrent van DNB zelfs een

---

maken de inzet van het boete-instrument evenmin onredelijk.' Rb Rotterdam, 29 maart 2012, LJV BW1744 (r.o. 6).

<sup>439</sup> Bijvoorbeeld dhr. Van der Kooij (2012/3, p. 17).

aanwijzing hebben gekregen.<sup>440</sup> In één geval was betrokkene nota bene al een keer voor dezelfde overtreding beboet.<sup>441</sup> DNB kende in dit verband extra gewicht toe aan het feit dat betrokkenen als feitelijk leidinggevende eindverantwoordelijkheid droegen en zich in die hoedanigheid niet goed zouden hebben geïnformeerd dan wel zouden hebben nagelaten een einde te maken aan de overtreding.<sup>442</sup>

Een deel van de betrokken financiële instellingen voerde als verweer niet de intentie te hebben gehad de wet te overtreden of te ontduiken. Zo zou het, in het geval van de trustkantoren, slechts gaan om bijkomende, administratieve werkzaamheden (2008/1). Ook zou men de nieuwe regelgeving nog niet onder de knie hebben en zich mede daardoor overvallen hebben gevoeld door de boete. DNB speelde de bal echter terug: betrokkenen hadden redelijkerwijs op de hoogte moeten en kunnen zijn van de gewijzigde voorschriften, onder meer op basis van mededelingen daaromtrent van DNB. Meer in het algemeen is het gestelde ontbreken van opzet volgens DNB niet van belang (2008/1, p. 7):

‘Voor zover X betoogt de overtreding niet opzettelijk te hebben begaan, wijst DNB er op dat voor het opleggen van een bestuurlijke boete de schuld van de overtreder dient vast te staan. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete hoeft geen sprake te zijn van opzettelijk handelen van overtreder. De schuld van X staat vast nu zij de [...] Wtt heeft overtreden.’

In reactie op het verweer dat het om nieuwe regelgeving zou gaan, waaraan het veld zich nog niet zou hebben aangepast, stelde DNB in dezelfde lijn dat het in de rede had gelegen om bij twijfel over de toepasselijke regelgeving informatie in te winnen bij een extern adviseur of DNB. De rechtbank Rotterdam stelde zich in vergelijkbare zaken op hetzelfde standpunt.<sup>443</sup>

In de andere zaken stelden betrokkenen zich eveneens op het standpunt niet de intentie te hebben gehad op structurele basis geld te lenen van particulieren (2009/3) of het publiek in verwarring te brengen (2010/1). Zoals gezegd, is de intentie van betrokkenen niet relevant. Waar het volgens DNB in het laatste geval om gaat is dat men zich eenvoudigweg niet als bank mag presenteren als men niet beschikt over de vereiste vergunning. Dat enkele feit is een overtreding

---

<sup>440</sup> Bijvoorbeeld Centurion Capital Holland BV (2009/4, p. 13).

<sup>441</sup> Bijvoorbeeld Tirion Hypotheken (2008/3 en 2010/1).

<sup>442</sup> Bijvoorbeeld dhr. Van der Kooij (2012/3, p. 17).

<sup>443</sup> Rb Rotterdam, 29 oktober 2007, *LJN* BB6936, 17 oktober 2007, *LJN* BB7093 en 18 maart 2008, *LJN* BC7265 en BC7308. Zie hierover ook Van Eersel (2013, p. 113-114).

en die is komen vast te staan. Hierdoor kan (*in abstracto*) de consument in verwarring worden gebracht en DNB waakt er voor dit te voorkomen (2020/1, p. 5).

‘Dit argument treft naar het oordeel van DNB geen doel. Allereerst gaat het niet om de vraag welke bedoeling Tirion Hypotheken heeft gehad bij het gebruik van Hypotheek Banque in haar naam en bij de uitoefening van haar bedrijf. Daarnaast, voor zover Tirion Hypotheken met deze stelling wil betogen dat er geen verwarring bij het publiek is ontstaan, merkt DNB op dat het bij het verbod van artikel 3:7, eerste lid, van de Wft niet zozeer relevant is of kan worden vastgesteld of er al dan niet verwarring bij het publiek is ontstaan. Doorslaggevend is - kortgezegd - dat de naam bank of een vertaling hiervan niet mag worden gebruikt door niet vergunning houdende kredietinstellingen zodat wordt voorkomen dat verwarring bij het publiek zou kunnen ontstaan.’

#### *De kenbaarheid van de norm*

In het kader van het beroep op een verminderde verwijtbaarheid werd tevens aangevoerd dat DNB de norm te ver zou oprekken, waardoor betrokkene de overtreding niet zou kunnen worden aangerekend. Dit speelde onder meer bij de voorschriften voor een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (o.a. artikel 10, 1b Wtt jo 13, tweede lid, Rib).

#### Ratio voorschriften integere bedrijfsvoering

Trustkantoren voeren het beheer en bestuur over (buitenlandse) vennootschappen en andere rechtspersonen die zich hier te lande (veelal om fiscaal-juridische redenen) hebben gevestigd. De voorschriften houden onder meer in dat de administratieve organisatie van een trustkantoor zodanig moet zijn ingericht dat informatie over de cliënt beschikbaar is en wordt bijgehouden in het cliëntacceptatiedossier.<sup>444</sup> DNB heeft deze voorschriften nader uitgewerkt in het Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Van der Wulp, 2012, p. 311 en 316).<sup>445</sup> Het doel van de Wet toezicht trustkantoren is het verkleinen van de kwetsbaarheid voor misbruik van trustkantoren (bijvoorbeeld witwassen) die doorgaans te maken hebben met omvangrijke en complexe geldstromen (Stijnen, 2008, p. 167; Van der Wulp, 2010, p. 31 en 2012, p. 28). Trustkantoren worden hiertoe geacht een poortwachtersfunctie te vervullen door hun (nieuwe en bestaande) cliënten regelmatig te onderzoeken, alvorens die door tussenkomst van het trustkantoor de Nederlandse financiële markt betreden (o.a. controle identiteit uiteindelijk belanghebbende en

<sup>444</sup> Deze voorschriften worden ook wel het ‘Ken uw klant-principe’ genoemd (*Customer Due Diligence*).

<sup>445</sup> *Stcr.* 2004, 40.

inzicht in geldstromen) Zij dienen de informatie die zij hebben verzameld beschikbaar te houden voor de toezichhouder (Stijnen, 2008, p. 171-174 en 179; Ministerie van Financiën, 2010a, p. 4; Van der Wulp, 2012, p. 275).

Zo stelde de leidinggevende van het trustkantoor dat de voorschriften voor een integere bedrijfsvoering zou hebben overtreden (2008/5), dat de voorschriften die DNB stelt in het Reglement integere bedrijfsvoering (Rib) wettelijke grondslag zouden ontberen. DNB zou ten onrechte verlangen dat een trustkantoor op de reeds verzamelde cliëntgegevens ook nog eens een risicoanalyse dient uit te voeren, terwijl de Wtt daaromtrent niets voorschrijft. DNB was echter van mening dat dit wel degelijk kan worden afgeleid uit de aard en de strekking van de Wtt. DNB legde de integriteitsvoorschriften ruim uit, gelet op de strekking van de wet. Het verzamelen van gegevens over het vermogen en de geldstromen van de doelvennootschap heeft weinig zin, als die niet ook worden beoordeeld en daaraan consequenties worden verbonden, aldus DNB (2008/5, p. 6).

‘Immers, het trustkantoor kan haar poortwachtersfunctie niet naar behoren vervullen wanneer zij zich geen oordeel vormt over de aan haar geleverde informatie.’

In het verlengde hiervan stelde betrokkene dat het Rib (artikel 13,2) geen concrete eisen stelt omtrent het tijdstip waarop het trustkantoor over de vereiste kennis van de herkomst en de bestemming van de middelen van de doelvennootschap dient te beschikken, de mate van gedetailleerdheid van die kennis en de schriftelijke vastlegging van de beoordeling daarvan. Uit de strekking van de wet zou weliswaar een ‘continue toetsing’ zijn af te leiden, maar in de praktijk zou dit praktisch onuitvoerbaar zijn, waardoor DNB een onredelijke eis zou stellen.<sup>446</sup> DNB was echter niet ontvankelijk voor dit argument. Het vatte de onderzoeksverplichting ruim op, onder verwijzing naar de strekking van de Wtt en de toelichting op het Rib (2008/5, p. 6).

‘DNB is van mening dat uitgaande van de doelstelling van de Wtt – een bijdrage leveren aan het tegengaan van witwassen van misdaadgeld via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen – redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een trustkantoor constant waakt voor integriteitsrisico’s en dat dit dient te gebeuren zowel bij de acceptatie van de cliënt als gedurende de gehele periode van dienstverlening, en met betrekking tot elke uit te voeren transactie, voorafgaand aan die transactie. Indien het trust-

---

<sup>446</sup> Dit knelpunt wordt ook wel in de literatuur signaleerd (Stijnen, 2008, p. 172; Van der Wulp, 2012, p. 329).

kantoor niet beschikt over relevante informatie kan zij deze niet analyseren en loopt zij derhalve het risico betrokken te raken bij strafbare feiten. Uit de strekking van de regelgeving volgt dan ook dat de beoordeling van de integriteitsrisico's voorafgaand aan elke transactie dient plaats te vinden.'

Als laatste achtte betrokkene het onredelijk dat DNB zich vooraf niet helder zou hebben uitgesproken over de wijze waarop moet worden voldaan aan de eisen van het Rib. Ook in dit geval speelde DNB de bal terug (2008/5, p. 7).<sup>447</sup>

'DNB is in de eerste plaats van mening dat het primair de verantwoordelijkheid is van een vergunning houdend trustkantoor om te voldoen aan de eisen van de wet. De Wtt, de bijbehorende regelingen en de hierbij horende toelichtingen geven hiervoor voldoende aanknopingspunten. X kon en kan indien zij in individuele gevallen twijfelt over de wijze waarop aan de wettelijke eisen kan worden voldaan bij de toezichthouder te rade gaan. Daarnaast is X sinds de vergunningverlening door DNB geïnformeerd over hoe zij aan de regelgeving kan voldoen. Tevens heeft DNB tijdens toezichtbezoeken X menigmaal uitgebreid geïnformeerd over de concreet geconstateerde overtredingen en zijn deze overtredingen meer in zijn algemeenheid schriftelijk aan haar bevestigd. DNB is daarom van mening dat zij niet onredelijk heeft gehandeld en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht heeft genomen.'

#### *Medewerking verleend aan het onderzoek*

Tot slot werd het verweer gevoerd dat men alle medewerking zou hebben verleend aan het onderzoek door zich eigener beweging te melden bij DNB voor

---

<sup>447</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven stelde zich in een vergelijkbare zaak op het standpunt dat de wettelijke basis voor het stellen van nadere regels over de integere bedrijfsvoering in het Rib is gelegen in (artikel 10, eerste lid) Wtt (CBb, 28 maart 2013, LJV BZ6866). Ook meende het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat uit de artikelen 12 en 13 van het Rib een duidelijke resultaatsverplichting voortvloeit. Deze verplichtingen zijn concreet ten aanzien van het verzamelen, controleren en administreren van specifiek omschreven informatie, aldus het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De in het Rib neergelegde normen maken volgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven voldoende duidelijk concreet welke handelingen van een trustkantoor worden verlangd. Zie ook Frielink en van Eersel (JOR 2010/131, p. 1317 en JOR 2013/174, p. 1809). In het geval de financiële toezichthouder tot een ander inzicht, 'een bestuurlijk rechtsoordeel' aldus het CBb, komt ten aanzien van de toelaatbaarheid van een bepaalde gedraging, kan die, uit oogpunt van zorgvuldige besluitvorming en evenwichtige belangenafweging, pas overgaan tot het opleggen van een sanctie, als zij haar standpuntwijziging op een voldoende kenbare wijze heeft duidelijk gemaakt (CBb, 4 mei 2009, LJV BJ6453).

een vergunning en daarbij openheid van zaken te geven. Dit legde echter onvoldoende gewicht in de schaal (2009/1, p. 9). DNB zag weliswaar de positieve elementen van dit gedrag, maar uiteindelijk is dit niet meer dan het voldoen aan de wettelijke plicht tot medewerking. Het kan dus niet leiden tot het aannemen van een verminderde verwijtbaarheid, aldus DNB (p. 10).

### 5.3.3 De subsidiariteit en proportionaliteit

Naast de ernst en verwijtbaarheid, spelen in een enkel geval ook de beginselen van behoorlijk bestuur een rol bij de afweging van DNB om een bestuurlijke boete op te leggen. Het gaat dan in het bijzonder om het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel.

Zo stelde de leidinggevende van één van de financiële ondernemingen die was beboet voor overtreding van de vergunningplicht voor bankieren (artikel 2:11,1 Wft) (dhr. Van der Kooij, 2012/3), dat de voorgenomen boete in strijd zou zijn met het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel, nu hij zich altijd coöperatief en transparant zou hebben opgesteld. DNB reageerde hierop echter als volgt (p. 27).

'DNB stelt in dit kader voorop dat artikel 2:11 van de Wft een markttoetredingsbepaling is. In het handhavingsbeleid van DNB en AFM wordt benadrukt dat bij overtreding van markttoetredingsbepalingen eerder handhavend wordt opgetreden dan bij onder toezicht staande instellingen. In beginsel wordt steeds overwogen (ook) tegen de feitelijk leidinggevendenden op te treden. Door zonder vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen heeft de Stichting zich aan het toezicht van DNB onttrokken. [...] DNB heeft rekening gehouden met de relevante omstandigheden van het geval bij de keuze voor het inzetten van een boete als handhavingsinstrument en is van oordeel dat in casu het opleggen van een bestuurlijke boete noodzakelijk is en zij hier in alle redelijkheid toe over kan gaan. Het feit dat dhr. Van der Kooij heeft meegewerkt aan het onderzoek maakt dit gezien de medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb niet anders.'

Betrokkene kan dus geen aanspraak maken op een andere, lichtere maatregel, zoals bijvoorbeeld een normoverdragend gesprek. De financiële toezichthouder heeft de nodige beleidsvrijheid op dit punt. De rechtbank Rotterdam stelde zich op hetzelfde standpunt.<sup>448</sup> De opstelling van betrokkene in het kader van het

---

<sup>448</sup> Bijvoorbeeld Rb Rotterdam, 13 juli 2009, LJV BJ3770 (r.o. 2.8): '... de beleidsregels geven geen recht op een dergelijk gesprek en niet kan worden geoordeeld dat verweerster [DNB, AM] in de omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat eiseres zich aan het

onderzoek legde in dit geval ook geen gewicht in de schaal. Ook hier stelde de rechtbank Rotterdam zich op hetzelfde standpunt.<sup>449</sup>

### 5.3.4 De belangenafweging nader beschouwd

In het onderstaande maak ik de balans op van de belangenafweging bij het opleggen van de bestuurlijke boete door DNB.

#### *Het handhavingsbeleid*

Bij de onderbouwing van haar boetebesluiten verwijst DNB, anders dan de AFM, telkens naar het handhavingsbeleid, zij het slechts in algemene zin. Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat het handhavingsbeleid voor DNB in het bijzonder een functie vervult als referentiekader bij de interne besluitvorming over het opleggen van een boete. Dit is echter niet altijd uit het boetebesluit af te lezen (respondent 5).

‘DNB weegt wel degelijk alle onderdelen van het handhavingsbeleid af, alleen hoe wij dat precies hebben afgewogen, leggen wij niet in het besluit neer. In zijn algemeenheid motiveren wij niet te uitgebreid. DNB noemt in het besluit niet ambtshalve alle onderdelen van het handhavingsbeleid, alleen als daar een beroep op wordt gedaan. DNB was en is terughoudend in haar motivering, omdat het toen nog niet zoveel ervaring had opgedaan met de boetebevoegdheid. Het handhavingsbeleid moest zich nog uitkristalliseren. Overigens heeft de ervaring geleerd dat de bestuursrechter de boetebesluiten van DNB, in elk geval wat betreft de motivering, in stand laat. Ook nu is het de tendens om korter en bondiger te motiveren, mede met het oog op de begrijpelijkheid voor de ontvanger.’

---

toezicht onttrokken heeft, in redelijkheid niet heeft kunnen afzien van een dergelijk gesprek’. Zo ook Rb Rotterdam, 5 april 2007, *LJN* BA3126 en *LJN* BA3134, 29 oktober 2007, *LJN* BB6936, 29 maart 2012, *LJN* BW1744 en CbB 1 april 2008, *LJN* BC8271, 12 januari 2010, *LJN* BL3127 en 1 september 2011, *LJN* BS7874. Zie hierover ook Sachse (2013, p. 400-401 en 404) en Van Eersel (2013, p. 112). Zie hierover ook de jurisprudentie genoemd in H. 4.

<sup>449</sup> Bijvoorbeeld Rb Rotterdam, 3 juni 2010, *LJN* BM 6733 (r.o. 2.4.3): ‘Daarbij was eiseres verplicht om medewerking te verlenen aan het onderzoek en leidt dit niet tot verminderde verwijtbaarheid.’ Evenals het CbB, 1 september 2011, *LJN* BS7874 (r.o. 6.2): ‘Ten aanzien van omstandigheid dat D zich van meet af aan zeer coöperatief hebben opgesteld in het onderzoek wijst het College er op dat zij op grond van artikel 9, eerste lid, aanhef en onder d, in samenhang met het tweede lid, Wtt, in elk geval in de fase waarin de zaak verkeerde voordat artikel 23 (oud) Wtt daarop van toepassing werd (de toezichtfase), verplicht waren aan DNB inlichtingen te verstrekken. Wat betreft de hierop volgende opsporingsfase valt niet in te zien dat DNB vanwege de door D verleende medewerking gehouden was van boeteoplegging af te zien.’



Naar buiten toe biedt het handhavingsbeleid dan ook minder houvast, als gevolg van de algemene formulering van de wegingsfactoren en doordat onduidelijk blijft hoe die worden gewogen. Hierdoor maakt het handhavingsbeleid uiteindelijk een tamelijk vrijblijvende indruk.

#### *De weging van de ernst en verwijtbaarheid*

Vervolgens komt uit de onderbouwing van de beschikbare boetebesluiten het volgende beeld naar voren van de wijze waarop de ernst en de verwijtbaarheid worden afgewogen bij het besluit om een boete op te leggen. De ernst van de overtreding komt tot uitdrukking in de maatschappelijke gevolgen van de overtreding: dat wil zeggen de mate waarin het marktevenwicht is verstoord, bijvoorbeeld door het ontduiken van de markttoetredingsvoorschriften of de mate waarin het vertrouwen in de markt is geschonden, bijvoorbeeld doordat de consument onnodig risico loopt of de integriteit van het financiële stelsel in gevaar is gebracht. Verder komt de ernst tot uitdrukking in de relatief grote omvang of schaal waarop de overtreding zich heeft afgespeeld. In de kern blijkt de ernst van de overtreding gelegen in het doorkruisen van de onderliggende doelstelling van de wet, namelijk het bewaken van een stabiel en integer financieel stelsel, het garanderen van eerlijke concurrentie of het waarborgen van de belangen van de consument. Het gaat hier om het beschermen van het algemeen belang: het in stand houden van de sociaaleconomische ordening.

De verwijtbaarheid van de overtreding komt tot uitdrukking in de mate waarin betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte zijn of zouden moeten zijn van de geldende voorschriften en de overtreding desondanks lange tijd lieten voortduren of herhaalden.<sup>450</sup> Ook komt het tot uitdrukking in de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkenen. Net als de AFM, stelt DNB zich op het formele standpunt dat van professionele marktpartijen mag worden verlangd dat zij op de hoogte zijn van de geldende voorschriften. Dat hadden zij ook kunnen zijn op basis van publicaties in de vakbladen en contacten met DNB in het kader van controlebezoeken. In geval van twijfel hadden zij DNB kunnen raadplegen of extern advies moeten inwinnen. Net als bij de AFM, is de intentie van betrokkenen voor DNB niet relevant. Opzet is immers geen bestanddeel van de overtreding. De tegenwerping dat DNB de norm op onvoorzienne wijze te ver zou oprekken of dat betrokkene alle medewer-

---

<sup>450</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven acht een overtreding (van artikel 2, 1 Wtt) die vier jaar en drie maanden heeft voortgeduurd, terwijl betrokkene wist dat dit niet was toegestaan, ernstig verwijtbaar: CBb, 15 juni 2012, LJV BW9248. Zo ook Rb Rotterdam, 27 april 2009, LJV BI2846: de overtreding van artikel 2, eerste lid, Wtt duurde circa drie-en-een-half jaar, ten aanzien waarvan de rechtbank eisers een zeer groot verwijt maakt. Ook recidive draagt bij aan een verhoogde verwijtbaarheid: Rb Rotterdam, 29 maart 2012, LJV BW1744.

king zou hebben verleend aan het onderzoek, doet voor DNB niet af aan de verwijtbaarheid.

#### *De weging van de subsidiariteit en proportionaliteit*

Uit de onderbouwing van de beschikbare boetebesluiten komt naar voren dat een beroep op het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel afketst op het standpunt van DNB dat zij, gelet op de ernst van de overtreding, een passende sanctie heeft opgelegd en dat de getoonde bereidheid tot medewerking de wettelijke plicht daartoe niet overstijgt.

Meer in het algemeen stelt DNB zich, net als de AFM, op het standpunt dat het haar in beleidsmatig opzicht vrijstaat een passende sanctie te selecteren.

#### *Een eenzijdige belangenafweging*

Zoals gezegd, staat DNB bij de afweging van belangen bij het besluit om een boete op te leggen in algemene zin stil bij haar handhavingsbeleid. In belangenafweging staan de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding centraal en, in de gevallen waarin daar een beroep op is gedaan, de proportionaliteit van de boete. Voor zover uit de beschikbare boetebesluiten valt op te maken, blijken, als de overtreding eenmaal is komen vast te staan, de ernst en verwijtbaarheid de doorslag te geven in het kader van de belangenafweging bij het opleggen van de boete. De belangenafweging is sterk vergelijkbaar met die door de AFM (vergelijk paragraaf 4.3.4). Ook DNB hoeft niet veel gewicht in de schaal te leggen om de boetebalans in haar voordeel te doen doorslaan, waardoor het beeld ontstaat van een betrekkelijk beperkte belangenafweging.

De medewerkers van DNB wijzen er op dat de belangenafweging bij het opleggen van een bestuurlijke boete uit de aard der zaak nu eenmaal een beperkte is. Zij zien dat niet als een probleem, zolang de procedure maar zorgvuldig verloopt. Dat betrokkenen DNB niet op andere gedachten hebben weten te brengen, schrijven zij toe aan het type zaak en de kwaliteit van de besluitvorming (respondent 11).

'In feite zijn de gevallen waarin een boete wordt opgelegd, ook de serieuze zaken. Daar is door verschillende medewerkers goed naar gekeken, twijfelgevallen zijn al eerder afgevallen. Als een zaak aan de boetefunctionaris wordt voorgelegd, kan die ook worden doorgezet.'

Zij omschrijven hun afweging dan ook als 'streng, maar rechtvaardig' (respondent 7 resp. 6).

'Wij stellen hoge eisen aan de professionaliteit van de onder toezicht gestelden. Men wordt geacht de norm te kennen. Er is weinig consideratie met onder toezicht gestelden die naar voren brengen dat de norm onduidelijk is of dat ze hun bedrijfsvoering nog niet op orde hebben. Het belang van de integriteit van de sector noopt tot deze strenge opstelling. Het doel van het toezicht en de handhaving is het waarborgen van de reputatie van het Nederlandse financieel stelsel.'

'Het is de eigen verantwoordelijkheid van de onder toezicht staande instelling om zich te informeren over de regelgeving en de wijze waarop die kan worden nageleefd. Bij twijfel kan men altijd contact opnemen met DNB. Veel instellingen hebben een eigen contactpersoon bij DNB. (...) Als een instelling er niet in slaagt te voldoen aan de normstelling, dan hoort die eigenlijk niet thuis in het financieel stelsel en zouden de werkzaamheden moeten worden beëindigd.'

Een aantal van de geïnterviewde advocaten ziet de belangenafweging echter wel als problematisch. Zij hebben de ervaring dat de toezichthouder maar moeilijk van de eenmaal ingeslagen koers is af te brengen. Het geven van een zienswijze op een voorgenomen boete heeft volgens hen dan ook weinig effect (respondent 28).

'Mijn beeld is dat als de toezichthouder eenmaal het boete pad inslaat, het maar zelden gebeurt dat die daar op terug komt. [...] Na het boetevoornemen kun je over het algemeen hoog of laag springen, de boete wordt opgelegd. [...] Ik zie geen echte belangenafweging. Het pad is uitgestippeld en dat bewandelt men.'

'AFM en DNB vinden het altijd een ernstige zaak. Een overtreding van de kernbepaling is ernstig, maar het is wel ernstig in abstracto. De vraag die aan de orde is, of de ernst in concreto in het geding is. Daar zou het om moeten gaan, daarom vind ik de belangenafweging te beperkt. De persoon van de overtreder en de omstandigheden van het geval wegen nauwelijks mee. [...] Ik voer daar ook geen verweer meer op [op de ernst, AM]. Alleen op de verwijtbaarheid, een avas-verweer [afwezigheid van alle schuld, AM]. Maar ook dat is lastig, het wordt vaak niet gehonoreerd. Alleen de hoogte van de boete is nog te beïnvloeden.'

Een andere advocaat schetst het volgende beeld (respondent 22).

'Als de overtreding eenmaal vaststaat, heb je een boete te pakken. Het is daardoor ook willekeurig, want niet iedereen krijgt een boete. [...] Als je een-

maal op het bureau van de boetefunctionaris ligt, ben je het bokje. Als advocaat kan je alleen nog maar sturen op de hoogte en de publicatie van tafel proberen te krijgen.'

'Mijn zienswijze is weggemotiveerd in het uiteindelijke boetebesluit.'

'Je kan beter praten met het OM dan met de toezichthouder. Met de officier kan je soms nog wel een schikking regelen, dat doet de toezichthouder nooit. In wezen is er geen afweging van opportuniteit, dat onderbouwt de toezichthouder niet. Het handhavingsbeleid wekt wel die suggestie. Het wekt de suggestie van een belangenafweging.'

Weer andere advocaten zijn echter weer minder geneigd de belangenafweging te problematiseren (respondent 29 en 30).

'De belangenafweging is vrij pragmatisch en instrumenteel, maar ik zie daar geen probleem in. Het besluitvormingsproces als zodanig is zorgvuldig verlopen. Er zijn veel mensen bij betrokken en er is een toets door de rechtbank.'

'Dit is een fact of life, het hoort bij moderne handhaving.'

#### *Onvoldoende tegenkracht*

Net als in het geval van de AFM speelt de boetefunctionaris een rol bij dit proces doordat de nadruk sterk ligt op een rechtmatigheidstoetsing van de voorgenomen boetebesluiten (zie verder paragraaf 4.3.4). Het is dan ook de vraag in hoeverre ook de boetefunctionaris van DNB in deze constellatie voldoende tegenwicht biedt.

#### **5.3.5 De rechterlijke toetsing van het besluit om een boete op te leggen**

Net als in het hoofdstuk over de AFM, sta ik in het kader van deze paragraaf, in kwantitatief opzicht, kort stil bij de rechterlijke toetsing van het opleggen van de bestuurlijke boete door DNB.

Over de boetebesluiten van DNB heb ik op de website rechtspraak.nl over de periode 2007-2013 17 uitspraken kunnen vinden van de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam (zie hoofdstuk 1). In zes van die zaken is het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard (circa 43%). In vijf van die zaken is het beroep gegrond verklaard omdat er in de ogen van de rechtbank geen sprake was van een overtreding, op basis van de feiten en/of een onjuiste toepassing

van de wet.<sup>451</sup> In één zaak is het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard wat betreft de hoogte van de boete. Die komt in paragraaf 5.4 over de hoogte van de boete aan de orde.

Van de 11 uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zijn er vier geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard (circa 23%). In drie zaken werd het beroep om 'inhoudelijke' redenen gegrond verklaard.<sup>452</sup> In één zaak werd het beroep (gedeeltelijk) gegrond verklaard wat betreft de hoogte. Ook die komt in de paragraaf over de hoogte van de boete aan de orde.

#### **5.4 Het bepalen van de hoogte van de boete**

In deze paragraaf ga ik in op de factoren die een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de boete. Eén en ander in het licht van het handhavingsbeleid en hetgeen betrokkenen naar voren hebben gebracht in het kader van hun zienswijze op het voorgenomen boetebesluit. Waar mogelijk sta ik ook stil bij de beoordeling van de betreffende of een vergelijkbare zaak door de rechtbank Rotterdam of het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Eerst geef ik een cijfermatige indruk. In 8 van de 13 beschikbare boetebesluiten is de boete gematigd of in de terminologie van de nieuwe, flexibele boetesystematiek: 'afgestemd op' of 'bijgesteld in verband met'. Het betreft doorgaans boetes uit de hoogste boetecategorie, die merendeels zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de markttoegang.

Uit de beschikbare boetebesluiten die zijn gebaseerd op de oude, vaste boetesystematiek komt naar voren dat DNB er in beginsel van uit gaat dat de hoogte van de boete evenredig is, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Het is dan ook aan betrokkene om het tegendeel aan te tonen, in het bijzonder op basis van zijn draagkracht.<sup>453</sup> In de boetebesluiten die zijn gebaseerd op de nieuwe, flexibele boetesystematiek weegt DNB per besluit standaard en systematisch de ernst, verwijtbaarheid en draagkracht af.

---

<sup>451</sup> Rb Rotterdam, 5 april 2007, *LJN* BA3126 (onderdeel overtreding niet komen vast te staan), 15 februari 2008, *LJN* BC4884 (onbevoegd genomen boetebesluit ivm wetswijziging en ontbreken tariefnummer), 18 maart 2008, *LJN* BC7265 en *LJN* BC7308 (standpuntwijziging ten aanzien van toelaatbaarheid activiteiten niet vooraf kenbaar gemaakt) en 13 juli 2009, *LJN* BJ3770 (motiveringsgebrek).

<sup>452</sup> CBb, 1 april 2008, *LJN* BC8271 (deel overtreding wel komen vast te staan), 26 juni 2008, *LJN* BD5340 (wettelijke grondslag voor boete aan feitelijk leidinggevende ontbreekt) en 20 januari 2009, *LJN* BH3324 (rechtbank is buiten grenzen geschil getreden).

<sup>453</sup> Zo ook Sluiter, e.a. (2009, p. 212).

Zoals betrokkenen een beroep doen op één of meer wegingsfactoren uit het handhavingsbeleid (om zo de ernst en verwijtbaarheid ter discussie te stellen) in het kader van hun verweer tegen het besluit om een boete op te leggen, doen zij dat ook in hun verweer tegen de hoogte van de boete. Daarnaast doen zij een beroep op hun draagkracht. In het onderstaande ga ik in op de wijze waarop DNB de ernst, verwijtbaarheid, draagkracht weegt, in het licht van haar handhavingsbeleid en het verweer van betrokkenen.<sup>454</sup>

#### 5.4.1 De ernst

Uit de boetebesluiten blijkt dat betrokkenen de ernst van de overtreding ter discussie stellen, door aan te voeren dat de maatschappelijke gevolgen van hun handelen (*in concreto*) gering zouden zijn.

##### *De maatschappelijke gevolgen van de overtreding*

Zo voerde een aantal trustkantoren, beboet wegens overtreding van de vergunningplicht (artikel 2,1 Wtt), aan dat hun werkzaamheden slechts een incidenteel en marginaal karakter zouden hebben gehad. Zo zou hun omzet en het genoten voordeel gering zijn geweest. Met andere woorden, de overtreding zou geen bedreiging hebben opgeleverd voor de integriteit van het financiële stelsel of de reputatie van de financiële sector.<sup>455</sup> DNB ging niet mee in het verweer dat de overtreding geen gevaar of risico zou hebben opgeleverd. Volgens DNB levert het opereren zonder vergunning per definitie concurrentievervalsing op en brengt dit de integriteit van het financiële stelsel in gevaar. Niettemin matigde DNB de boetes gelet op eerdergenoemde bijzondere omstandigheden (het marginale karakter van de overtredingen) (2008/2 en 2009/1). In de overige gevallen zag DNB geen aanleiding tot matiging van de hoogte van de boete gelet op de ernst van de overtreding.

In de drie overtredingen van de vergunningplicht voor bankieren (artikel 2:11, eerste lid, Wft), die zijn beboet op basis van het nieuwe boetestelsel, zag DNB in de ernst en duur van de overtreding geen aanleiding om het basisbedrag bij te stellen.<sup>456</sup>

---

<sup>454</sup> Opgemerkt zij dat in de beschikbaar gestelde boetebesluiten gegevens omtrent de draagkracht, bijvoorbeeld omzetgegevens, evenals het uiteindelijke bedrag waartoe de boete is gematigd onleesbaar zijn gemaakt.

<sup>455</sup> Bijvoorbeeld 2008/2 en 2009/1.

<sup>456</sup> Bijvoorbeeld dhr. Jacobs (2012/1, p. 21), Zeuven Meeren Hotelfonds BV (2012/2, p. 10) en dhr. Van der Kooij (2012/3, p. 29). Het basisbedrag bedroeg € 2.000.000,-.

De ernst is hoofdzakelijk gelegen in de maatschappelijke gevolgen van de overtreding: het zich onttrekken aan het toezicht, waardoor de doelstelling van de wet wordt doorkruist evenals in de duur en omvang van de overtreding (het aantal transacties en de transactiestromen) (2012/1, p. 14, 2012/2, p. 9 en 2012/3, p. 16-17).

#### 5.4.2 De verwijtbaarheid

Daarnaast stellen betrokkenen de verwijtbaarheid ter discussie, hoofdzakelijk door zich te beroepen op hun op *compliance* gerichte houding en gedrag (overtreding zelf beëindigd, medewerking verleend aan onderzoek).<sup>457</sup>

##### *Op compliance gericht gedrag*

Betrokkenen voerden in dit verband aan dat zij het nodige zouden hebben ondernomen om de overtreding te beëindigen of dat de overtreding al geruime tijd geleden zou zijn beëindigd en het nooit de bedoeling was geweest om het publiek te misleiden.<sup>458</sup> Anderen voerden aan dat zij alle medewerking zouden hebben verleend aan het onderzoek, onder meer door de onwettige situatie zelf te melden bij DNB.<sup>459</sup> In geen van de gevallen vormde dit voor DNB aanleiding om de hoogte van de boete te matigen. De belangrijkste redenen daarvoor zijn dat betrokkenen niet eigener beweging en tijdig de overtreding zouden hebben beëindigd, maar pas nadat zij daarop waren aangesproken door DNB (2009/2) of dat betrokkenen de overtreding veel te laat DNB zouden hebben gemeld (2009/1). Bovendien zijn betrokkenen gehouden tot medewerking aan het onderzoek, aldus DNB (2009/2). Het College van Beroep voor het bedrijfsleven onderschrijft deze benadering door DNB.<sup>460</sup>

---

<sup>457</sup> Over de verwijtbaarheid als grond voor matiging merkte de rechtbank Rotterdam op (Rb Rotterdam, 27 april 2009, *LJN* BI2850, r.o. 2): 'Van een zeer beperkte verwijtbaarheid die aanleiding kan geven voor matiging is evenmin sprake. Het had voor eiseres als professionele marktpartij duidelijk moeten zijn dat het stelselmatig via PNB NL aantrekken van gelden van het publiek in Nederland niet valt onder de geldtransactieactiviteiten waarop de Wet inzake de geldtransactiekantoren ziet.' In een zaak waarin het verbod van artikel 2, eerste lid, Wtt werd overtreden, zag het College van Beroep voor het bedrijfsleven evenmin aanleiding tot matiging vanwege het ontbreken van de verwijtbaarheid. In tegendeel, het feit dat de overtreding ruim vier jaar had voortgeduurd terwijl betrokkene ervan op de hoogte was dat dit niet was toegestaan, maakte de overtreding juist zeer verwijtbaar. CBb, 15 juni 2012, *LJN* BW9248. Zie Rechtbank Rotterdam, 3 juni 2010, *LJN* BM6733 en in hoger beroep CBb, 15 juni 2012, *LJN* BW9248.

<sup>458</sup> Bijvoorbeeld 2008/2, 2008/3 en 2009/2.

<sup>459</sup> Bijvoorbeeld 2009/1 en 2009/2.

<sup>460</sup> Vergelijk CBb, 1 september 2011, *LJN* BS7874 (r.o. 6.4.1): 'Gelet op (...) ziet het College in de door X gestelde feiten en omstandigheden geen grond voor het oordeel dat DNB de boete

Zo stelde DNB in één van deze zaken, waarin een boete was opgelegd wegens overtreding van het verbod op het gebruik van het woord 'bank' (artikel 83, eerste lid, Wtk en 3:7, eerste lid, Wft) (2008/3, p. 4).

'De omstandigheid dat de overtreding is gestaakt, vermindert de verwijtbaarheid niet. DNB neemt daarbij in aanmerking dat X pas ruim twee maanden nadat DNB bij brief [...] had verzocht de overtreding zo spoedig mogelijk te beëindigen, de overtreding daadwerkelijk heeft gestaakt. Dat X het publiek niet heeft willen misleiden, vermindert de verwijtbaarheid evenmin.'

In twee van eerdergenoemde overtredingen van de vergunningplicht voor bankieren, die zijn beboet op basis van het nieuwe boetestelsel, zag DNB in de verwijtbaarheid van de overtreding wél aanleiding om het basisbedrag bij te stellen. De verminderde verwijtbaarheid is gelegen in de mate van onduidelijkheid die er bestond over de norm en de mate waarin betrokkenen zich zouden hebben ingespannen om die onduidelijkheid weg te nemen (2012/1, p. 14 en 19 en 2012/3, p. 17 en 27).<sup>461</sup>

### 5.4.3 De draagkracht

Tenslotte doen betrokkenen een beroep op hun verminderde draagkracht, in een poging om DNB ervan te overtuigen de hoogte van de boete bij te stellen. Zij onderbouwen dit met stukken waaruit hun penibele financiële situatie zou blijken. Mits deugdelijk onderbouwd, is DNB wel geneigd dit verweer te honoreren (2009/1, 2 en 3, 2009/3 en 2010/1).

De rechtbank Rotterdam onderschrijft deze benadering door DNB.<sup>462</sup>

---

had moeten matigen. In het bijzonder acht het College van belang dat X in de periode van 2 september 2005 tot 5 september 2007 ervan bewust waren dat zij stelselmatig handelden in strijd met de Wtt en geen enkele haast hebben gemaakt hieraan een einde te maken, zelfs niet nadat zij bij brief van DNB van 24 januari 2007 werden geconfronteerd met een nader onderzoek'.

<sup>461</sup> DNB matigde het basisbedrag met 25%.

<sup>462</sup> Vergelijk Rb Rotterdam, 29 maart 2012, LJV BW1744 (r.o. 7): 'Tevergeefs betoogt (A) dat DNB de boete verdergaand had moeten matigen. [...] De rechtbank is van oordeel dat DNB met een matiging tot € 25.000,- voldoende rekening heeft gehouden met de draagkracht van (A). [...] Ten tweede valt uit de door (A) overlegde financiële stukken over 2011 en 2012 niet af te leiden dat zij een boete van € 25.000,- niet kan dragen. Zij heeft weliswaar gesteld dat haar netto resultaat niet rooskleurig is, maar gelet op de omzet en de hoogte van de personeelskosten, moet worden aangenomen dat zij een dergelijke boete kan dragen. In dit verband kan er voorts



Net als bij de AFM, is een (dreigend) faillissement geen reden om de boete te matigen op grond van de draagkracht. Waar betrokkene, aan de hand van zijn jaarrekeningen, stelde dat de boete zijn faillissement zou betekenen, reageerde DNB afwijzend (2008/3, p. 4).

‘DNB heeft deze jaarrekeningen bekeken en ziet daarin geen aanleiding de boete te matigen. Mede gelet op de uitstaande vorderingen is DNB niet van oordeel dat een boete van € X een faillissement van het bedrijf tot gevolg zal hebben. Betaling van de boete kan overigens ineens maar ook, na overleg, in termijnen plaatsvinden.’

In dit verband werd ook nog een beroep gedaan op bijzondere omstandigheden, waaronder de proportionaliteit. Zo voerden enkele accountants, die waren beboet wegens overtreding van de vergunningplicht voor trustkantoren (artikel 2, eerste lid, Wtt), aan dat de boete zou moeten worden gematigd omdat die niet proportioneel zou zijn.<sup>463</sup> De boete wordt namelijk aangemerkt als een zogenoemd toezichthouders-antecedent, wat negatieve gevolgen zou kunnen hebben voor het behouden van de wettelijk voorgeschreven betrouwbaarheidsverklaring in het kader van de toetsing van beleidsbepalers van accountantsorganisaties. Zij voelden zich dan ook dubbel gestraft. Volgens DNB staan de mogelijke consequenties van de boete voor de betrouwbaarheidstoetsing door de AFM, formeel gezien geheel los van deze zaak (2008/1, p. 8).

‘Het verkrijgen van een antecedent is volgens wet- en regelgeving onvermijdelijk gevolg van het opleggen van bepaalde sancties en kan om die reden reeds niet leiden tot disproportionaliteit. Bovendien maken de gevolgen van een antecedent zoals bijvoorbeeld de weging daarvan door een andere toezichthouder, geen onderdeel uit van de onderhavige zaak.’

Een tweede accountant voerde in dit verband nog aan dat de boete zou moeten worden gematigd omdat die onevenredige gevolgen voor hem zou hebben (2009/1, p. 11). Zo zou DNB hebben miskend dat hij de toezichthouder zelf zou hebben geattendeerd op de trustwerkzaamheden in verband met het verkrijgen van een vergunning. Daarnaast zou het opleggen van een boete in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel, nu de vereiste vergunning inmiddels is verleend. Hierdoor is er voor het opleggen van een boete geen plaats meer, aldus betrokkene en zou een minder ingrijpende maatregel voor de hand liggen. Dit verweer

---

niet aan voorbij worden gegaan dat sprake is van recidive, hetgeen met zich brengt dat van het boetebedrag een meer afschrikwekkende werking dient uit te gaan dan wanneer sprake is van een eerste (incidentele) overtreding.’

<sup>463</sup> Bijvoorbeeld 2008/1, 2008/2 en 2009/1.

kon DNB echter niet op andere gedachten brengen. Zo beaamde DNB dat betrokkene haar weliswaar eigener beweging zou hebben geattendeerd op de trustwerkzaamheden, maar dit pas na jaren deed in het kader van zijn vergunningaanvraag. Op *compliance* gericht gedrag kan op zichzelf genomen dus wel gewicht in de schaal leggen, aldus DNB (2009/1, p. 13).

‘Het feit dat X zelf DNB hebben benaderd in verband met het verkrijgen van een vergunning en zelf DNB hebben geattendeerd op de reeds verrichte trustdiensten, wordt betrokken bij de beoordeling van de verwijtbaarheid, zoals in dit geval is gebeurd [...], maar de weging daarvan kan van geval tot geval verschillen.’

Echter, in welke mate verschilt van geval tot geval. In dit geval wogen de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding kennelijk zwaarder.

In diezelfde zaak stelde DNB verder nog dat haar optreden geheel in lijn zou zijn met het handhavingsbeleid, dat formeel voorschrijft dat tegen een overtreding wordt opgetreden. Dat de overtreding inmiddels is beëindigd, doet daar niet aan af. Gelet op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding, is er nog voldoende ruimte voor een punitieve maatregel, aldus DNB (2009/1, p. 12-13).<sup>464</sup>

‘Gelet op het handhavingsbeleid geeft dit [de overtreding, AM] voor DNB aanleiding tot het treffen van handhavingsmaatregelen. Omdat de overtreding in dit geval is beëindigd, is het opleggen van herstelmaatregelen niet aan de orde. Zoals ook neergelegd in de handhavingsnota, wordt naast het eventueel treffen van een herstelmaatregel overwogen of er aanleiding is om de overtreder een punitieve sanctie op te leggen.’

Bovendien ging het hier om een illegale instelling, waartegen ingevolge het handhavingsbeleid sneller wordt opgetreden, zo vervolgt DNB (p. 13).

‘Zoals onder meer uit [...] de handhavingsnota blijkt, overweegt DNB bij niet onder toezicht staande instellingen allereerst maatregelen die gericht zijn op het beëindigen van de overtreding en wordt vervolgens bezien of er aanleiding is tot punitieve maatregelen. Dit kan niet zo worden opgevat dat er geen punitieve maatregelen zullen worden opgelegd indien de illegale activiteiten

---

<sup>464</sup> Over de vraag of het verlenen van de vergunning in de weg staat aan het opleggen van een boete, oordeelde de rechtbank Rotterdam in een vergelijkbare zaak uit 2008 ontkennend: ‘Dat de overtreding reeds is beëindigd doordat thans een vergunning is verleend heeft niet tot gevolg dat geen boete meer opgelegd kan worden.’ Rb Rotterdam, 8 juli 2010, *LJN* BN0769 (r.o. 2.7.4).

inmiddels zijn beëindigd. In dat geval zou immers de consequentie zijn dat indien een bepaalde situatie wordt gelegaliseerd, een overtreding nooit meer punitief gesanctioneerd zou kunnen worden.’

In het geval van de drie eerdergenoemde overtredingen van de vergunningplicht voor bankieren, die zijn beboet op basis van het nieuwe boetestelsel, stelde DNB het basisbedrag bij in verband met de proportionaliteit en evenredigheid, onder meer gelet op de omvang van de aangetrokken gelden en de overige feiten en omstandigheden van het geval (2012/1, p. 21, 2012/2, p. 10 en 2012/3, p. 27).<sup>465</sup>

#### **5.4.4 De belangenafweging nader beschouwd**

Uit de beschikbare boetebesluiten komt naar voren dat DNB er in beginsel van uit gaat dat de hoogte van de boete evenredig is aan de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding. Eén en ander tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die matiging van de boete rechtvaardigen, zoals bijvoorbeeld de beperkte draagkracht van betrokkene. Uit de onderbouwing van de boetebesluiten, zowel die op basis van het vaste als het flexibele stelsel, komt naar voren dat de volgende wegingsfactoren een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de boete: de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding, de draagkracht van de overtreder en de evenredigheid.

##### *De ernst van de overtreding*

Net als in het geval van het besluit tot het opleggen van de boete, komt de ernst tot uitdrukking in de maatschappelijke gevolgen van het handelen van betrokkenen. In het bijzonder gaat het dan om de mate waarin de integriteit van het financiële stelsel zou zijn bedreigd dan wel de reputatie van de financiële sector in gevaar zou zijn gebracht.

Net als bij de AFM, blijkt ook hier dat naarmate de ernst in *concreto* meevalt, bijvoorbeeld als gevolg van het marginale karakter van de (illegale) werkzaamheden, er meer ruimte lijkt voor matiging. Wat betreft het flexibele boetestelsel valt op dat de ernst op zichzelf genomen geen aanleiding vormt voor DNB om het basisbedrag bij te stellen.

---

<sup>465</sup> DNB stelde het boetebedrag op € 150.000,- (2012/1 en 2012/3) respectievelijk € 200.000,- (2012/2). Ondanks het feit dat ze flink zijn gematigd, liggen deze boetes, net als bij de AFM, aanzienlijk hoger dan de boetes die zijn opgelegd op basis van het oude boetestelsel.

#### *De verwijtbaarheid van de overtreding*

De verwijtbaarheid komt in dit stadium tot uitdrukking in de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkenen. Dat wil zeggen de mate waarin zij zich hebben ingespannen om de overtreding te beëindigen of anderszins medewerking zouden hebben verleend aan het onderzoek van DNB. Samengevat, naarmate in dit verband het initiatief meer uitgaat van betrokkenen en de medewerking de minimale wettelijke verplichting overstijgt, lijkt er meer ruimte voor matiging. Wat betreft het flexibele boetestelsel blijkt de verminderde verwijtbaarheid wel aanleiding te vormen voor DNB om het basisbedrag bij te stellen en wel naar beneden. Voor zover uit de beschikbare boetebesluiten kan worden opgemaakt, gaat het dan om de mate waarin betrokkenen zich inspanningen hebben getroost om aan de norm te voldoen.

#### *De draagkracht en andere, bijzondere omstandigheden van het geval*

Waarin de draagkracht tot uitdrukking komt, laat zich minder gemakkelijk reconstrueren uit de beschikbare boetebesluiten. De afweging die DNB op dit punt maakt wordt sterk gekleurd door de financiële omstandigheden waarin betrokkenen zich bevindt en is doorgaans vrij summier. Dit geldt zowel voor de boetes die zijn opgelegd op basis van het vaste als het flexibele boetestelsel. Bij de bijgestelde boetes die zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel gaven de bijzondere omstandigheden van het geval mede aanleiding tot aanpassing van de boetehoogte. Bovendien ging het om feitelijk leidinggevendenden.

#### *Een ruimhartige afweging*

Waar betrokkenen er aanvankelijk, bij de belangenafweging in het kader van het opleggen van de boete, nauwelijks in slaagden invloed uit te oefenen op de belangenafweging, lijken zij in dit stadium van de besluitvorming over de hoogte van de boete succesvoller. Hun zienswijze, waarin zij een beroep doen op verminderde ernst of verwijtbaarheid (*in concreto*) of een verminderde draagkracht, vindt meer weerklank. Voor zover uit de beschikbare boetebesluiten valt na te gaan, stelt DNB zich in deze fase van de besluitvorming, net als de AFM, minder formeel en streng op en is zij meer geneigd om rekening te houden met de persoon van de overtreder en de omstandigheden van het geval.

Waar bij het opleggen van de boete de normschending formeel-juridisch wordt gemarkeerd, is er bij het bepalen van de hoogte van de boete meer ruimte voor een weging van de omstandigheden van het geval en de persoon van de overtreder, wat tot uitdrukking wordt gebracht in een bijstelling van de hoogte van de

boete.<sup>466</sup> Net als in het geval van de AFM, lijkt het evenredigheidsbeginsel hier, conform wet en jurisprudentie, mitigerend te werken.

*Flexibele boetestelsel: hoge boetes, forse bijstelling*

De boetes die zijn opgelegd op basis van het nieuwe, flexibele boetestelsel liggen substantieel hoger dan de boetes die zijn opgelegd op basis van het oude, vaste stelsel. Hoewel er ten tijde van het onderzoek nog maar drie boetes zijn opgelegd op basis van het flexibele stelsel, valt op dat DNB de hoogte fors en grofmazig moest bijstellen, net als de AFM. Wat dit betreft gaapt er een diepe kloof tussen de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (afschrikking financiële conglomeraten) en de waardering van de feiten en omstandigheden door de financiële toezichthouder. Jammer genoeg biedt de motivering van de boetebesluiten vooralsnog weinig inzicht in de overwegingen van DNB.<sup>467</sup> De onderbouwing is bepaald niet uitvoeriger dan verwacht mocht worden, gelet op de verruiming van de discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder (De Groot & Nuyten, 2006, p. 78; Van Eersel, 2013, p. 86).

#### **5.4.5 De rechterlijke toetsing van de hoogte van de boete**

In het kader van deze paragraaf sta ik, in kwantitatief opzicht, kort stil bij de rechterlijke toetsing van de boetebesluiten, in dit geval op het punt van de hoogte van de opgelegde boete.

Zoals gezegd, is van de 17 uitspraken van de meervoudige kamer van de rechtbank Rotterdam, die ik heb kunnen vinden over de periode 2007-2013 (zie hoofdstuk 1), in zes zaken het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard, waarvan in één zaak wat betreft de hoogte van de boete.<sup>468</sup> Van de 11 uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zijn er vier geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard, waarvan één wat betreft de hoogte.<sup>469</sup>

---

<sup>466</sup> Deze systematiek is ook zichtbaar in de jurisprudentie. Vergelijk CBb 12 januari 2010, *LJN* BL3127, waarin het College stelt: 'Dat het voor appelante ten tijde van haar bemiddeling niet zonneklaar was dat de Planproducten moesten worden aangemerkt als het aantrekken van opvorderbare gelden van het publiek, is een omstandigheid die de rechtbank terecht niet betrokken heeft bij de beoordeling of DNB in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van de bevoegdheid om een boete op te leggen [zij had zich immers beter moeten informeren, AM], maar bij de beoordeling van de hoogte van de boete' (r.o. 5.4.1).

<sup>467</sup> Zo ook Voerman, *JOR* 2013/137, p. 1447-1448.

<sup>468</sup> Rb Rotterdam, 29 oktober 2007, *LJN* BB6936 (hoogte boete onevenredig gelet op verminderde ernst: korte tijd actief als bemiddelaar en uit eigen beweging gestopt).

<sup>469</sup> CBb, 28 maart 2013, *LJN* BZ6866 (overschrijding redelijke termijn in hoger beroep, matiging 10%).

## 5.5 De openbaarmaking van de boetebesluiten

In deze paragraaf ga ik in op het openbaar maken van de boetebesluiten door DNB. Ik verwijs naar mijn algemene opmerkingen hierover in paragraaf 4.5.

### *Doelstelling openbaarmaking*

De openbaarmaking van de boetebesluiten van DNB heeft tot doel het waar-  
schuwen van het publiek en het verschaffen van inzicht in de handhavingsprak-  
tijk van DNB. Daarnaast heeft het een meer algemene, preventieve functie, zo  
blijkt uit de onderbouwing van de beschikbare boetebesluiten.

Echter, anders dan de AFM, maakt DNB zijn boetebesluiten slechts bij uitzonde-  
ring openbaar, omdat dat al gauw in strijd is of zou komen met het doel van het  
toezicht dat DNB uitvoert (artikel 1:97, vierde lid, Wft).

Dat doel is immers het bevorderen van de soliditeit van financiële ondernemin-  
gen en de stabiliteit van het financiële stelsel. Dit staat ook met zoveel woorden  
in het Handhavingsbeleid van DNB (paragraaf 4c) (vergelijk hoofdstuk 3).<sup>470</sup>

In de onderzochte periode heeft DNB vijf boetebesluiten openbaar gemaakt op  
basis van de Wet op het financieel toezicht. Deze boetes zijn opgelegd aan Cen-  
turon Capital Holland, in verband met het aantrekken van opvorderbare gelden  
(artikel 3:5, eerste lid, Wft) (2009/3), aan Tirion Hypotheken in verband met mis-  
bruik van het woord 'bank' (artikel 3:7, eerste lid, Wft) (2010/1) en aan dhr. Ja-  
cobs, het Zeuven Meeren Hotelfonds en dhr. Van der Kooij in verband met ban-  
kieren zonder vergunning (artikel 2:11, eerste lid, Wft) (2012/1-3).

### *De belangenafweging*

Zoals gezegd, maken de financiële toezichthouders hun boetebesluiten in be-  
ginsel openbaar, tenzij dat in strijd is of zou komen met het doel van toezicht.  
Het afwegingskader dat ten grondslag ligt aan de openbaarmaking is dus zeer  
beperkt. In het geval van de door DNB openbaar gemaakte boetebesluiten, be-  
staat de belangenafweging dan ook uit niet meer dan een toelichting waarom  
niet afgeweken hoeft te worden van de hoofdregel tot openbaarmaking.<sup>471</sup>

In één van die boetebesluiten, aan Centuron Capital Holland, licht DNB dit als  
volgt toe (2009/3, p. 13).

---

<sup>470</sup> Zo ook Voerman (*JOR* 2013/137, p. 1447-1448).

<sup>471</sup> Betrokkenen hebben geen specifiek verweer gevoerd tegen de openbaarmaking, zo blijkt uit  
de beschikbare boetebesluiten.

'De informatie dat een bestuurlijke boete is opgelegd aan een niet onder toezicht staande instelling wegens overtreding van artikel 3:5, eerste lid, Wft, heeft normaliter niet tot gevolg dat de stabiliteit van de financiële sector of de soliditeit van de financiële ondernemingen in gevaar komt of zou kunnen komen, zodat openbaarmaking in beginsel geen strijd oplevert met het doel van prudentieel toezicht. In het onderhavige geval is DNB niet van bijzondere omstandigheden gebleken op grond waarvan openbaarmaking van het besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete aan Centurion achterwege zou moeten blijven. Mogelijk heeft de openbaarmaking gevolgen voor de financiële soliditeit van Centurion. Het beschermen van de financiële soliditeit van een instelling die illegaal actief is op de financiële markten behoort echter niet tot de doelstelling van de Wft. Gelet op het bovenstaande is DNB van oordeel dat openbaarmaking van de bestuurlijke boete niet in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door DNB uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft.'

Met betrekking tot de wijze van openbaarmaking overweegt DNB verder nog (p. 15).

'Het waarschuwen van het publiek is in dit geval in het bijzonder van belang omdat Centurion een niet onder toezicht staande onderneming is en DNB niet met voldoende zekerheid kan vaststellen of Centurion niet langer actief is met het aantrekken van opvorderbare gelden van niet professionele marktpartijen. Gelet hierop zal DNB eveneens mededeling doen van de bestuurlijke boete in Het Financieel Dagblad en De Telegraaf.'

De voorzieningenrechter in Rotterdam volgt DNB in deze redenering.<sup>472</sup>

De openbaar gemaakte boetes zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de markttoegang, ze betreffen niet onder toezicht staande instellingen. Mogelijk verklaart dat waarom de boetes openbaar zijn gemaakt. Openbaarmaking van dit type boetes zal de stabiliteit van de financiële sector of de soliditeit van de financiële ondernemingen immers niet snel in gevaar brengen.<sup>473</sup> Het is dan ook nog te vroeg om te spreken van een trendbreuk in het openbaarmakingsbeleid

---

<sup>472</sup> VZr Rb Rotterdam, 24 januari 2013, LJV BZ5156 (r.o. 8.): 'Nu de boete naar verwachting in bezwaar stand zal kunnen houden, komt de voorzieningenrechter toe aan de vervolgvraag of DNB niettemin zou moeten afzien van openbaarmaking van de boeteoplegging. Die vraag beantwoordt de voorzieningenrechter op grond van het volgende ontkennend. De voorzieningenrechter vermag niet in te zien dat publicatie van het boetebesluit in strijd zou kunnen komen met de doelstelling van het prudentieel toezicht van DNB.'

<sup>473</sup> Zo ook Van Eersel (2013, p. 59).

van DNB, als gevolg van eerdergenoemde cultuuromslag binnen DNB (paragraaf 5.2.2.3).<sup>474</sup>

## 5.6 Samenvatting en tussenconclusie

### *Het gebruik van de boetebevoegdheid door DNB*

In dit hoofdstuk heb ik de boetepraktijk van DNB over de periode 2007-2012 beschreven. Om te beginnen heb ik het gebruik van de boetebevoegdheid door DNB belicht. Hieruit komt naar voren dat DNB heeft gekozen voor het voeren van een terughoudend boetebeleid. Het aantal opgelegde boetes is relatief laag en vertoont over de loop der jaren een wisselend beeld; wisselingen die samenhangen met beleidsmatige accenten die zijn gelegd in het toezicht. De meeste boetes zijn opgelegd aan niet onder toezicht staande instellingen (illegale trust- en geldtransactiekantoren), wegens overtreding van de markttoetredingsregels. In het kader van het traditionele prudentieel toezicht zijn minder boetes opgelegd. Niet veel boetes zijn openbaar gemaakt, voor zover daartoe de wettelijke mogelijkheid bestond.

Voor zover valt op te maken uit de beschikbare boetebesluiten, valt op dat DNB vooral bestuurlijke boetes oplegt voor relatief ernstige overtredingen van de financieel toezichtwetgeving (de markttoetredingsvoorschriften). Gelet op de voorgeschiedenis van de bestuurlijke boete, lijkt die zich in handen van DNB in een geheel andere richting te hebben ontwikkeld dan werd voorzien. Oorspronkelijk was de bestuurlijke boete immers bedoeld als antwoord op veelvoorkomende en lichte overtredingen van het sociaaleconomisch orderingsrecht (de 'onderkant' van het sociaaleconomisch orderingsrecht).

De praktijk wijst uit dat DNB op dit type overtredingen reageert met het opleggen van een last onder dwangsom. DNB lijkt de bestuurlijke boete min of meer te hebben gereserveerd voor de 'bovenkant' van het sociaaleconomisch orderingsrecht, nevens geschikt aan een strafrechtelijke interventie.

Een ander punt dat opvalt, is dat DNB streng lijkt op te treden tegen illegale financiële ondernemingen (geen normoverdragend gesprek, vaker een boete), in het kader van het bewaken van de markttoegang, en voorzichtiger tegen legale financiële ondernemingen (minder boetes, meer overleg en overreding), in het kader van het traditionele prudentieel toezicht. Met andere woorden, DNB lijkt streng aan de grenzen van de markt (tegen de *outsiders*) en voorzichtiger binnen de markt (tegen de *insiders*). Een uitzondering hierop zijn overtredingen van de integriteitsvoorschriften voor trustkantoren en geldtransactiekantoren, die

---

<sup>474</sup> Zie hierover Aelen (2013, p. 60).



overtredingen worden wel beboet. Dit verschil in benadering is te verklaren in het licht van de belangen die op het spel staan in het kader van het prudentieel toezicht, namelijk het behoud van het vertrouwen in het financieel stelsel. Het hangt ook samen met het streven van DNB tot behoud van de toezichtrelatie, als voorwaarde om effectief toezicht te kunnen uitoefenen. Het gebruik van de bestuurlijke boete zou voor DNB als ongewenst neveneffect kunnen hebben dat die afbreuk doet aan de toezichtrelatie. Zo beschouwd lijkt de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument minder goed te passen bij het prudentieel toezicht. Daarnaast confronteert de beschikbaarheid van de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen DNB ook nog eens nadrukkelijk met het zogenoemde toezichthouderdilemma: te vroeg toegepast kan 'prudentiële schade' opleveren, te laat toegepast kan reputatieschade opleveren voor de toezichthouder zelf.

Vervolgens heb ik het besluitvormingsproces, meer in het bijzonder de belangenafweging, in kaart gebracht. Dit heb ik gedaan ten aanzien van drie aspecten: het opleggen van de boete, het bepalen van de hoogte van de boete en het openbaar maken van de boetebesluiten.

#### *De belangenafweging bij het opleggen van de boete*

Uit de beschikbare boetebesluiten komt naar voren dat DNB bij het opleggen van de boete de ernst, verwijtbaarheid en de proportionaliteit meeweegt. De ernst komt tot uitdrukking in de maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Dat wil zeggen de mate waarin het marktevenwicht is verstoord of het vertrouwen in de markt is geschonden. Meer in algemene zin gaat het om de mate waarin de doelstelling van de wet is doorkruist (het algemeen belang). De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de mate waarin betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte zijn of zouden moeten zijn van de geldende voorschriften. Daarbij geldt dat van professionele marktpartijen mag worden verlangd dat zij op de hoogte zijn van de geldende voorschriften. Daarnaast blijkt de verwijtbaarheid uit de mate waarin er sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkenen.

Voor zover uit de beschikbare boetebesluiten valt op te maken, blijken, als de overtreding eenmaal is komen vast te staan, de ernst en verwijtbaarheid de doorslag te geven in het kader van de belangenafweging bij het opleggen van de boete. Net als de AFM, hoeft DNB niet veel gewicht in de schaal te leggen om de boetebalans in haar voordeel te doen doorslaan. De ernst is immers verdisconteerd in het wettelijk boetetarief en de verwijtbaarheid is gegeven, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt. Hierdoor ontstaat het beeld van een betrekkelijk beperkte belangenafweging. DNB lijkt, net als de AFM, in dit stadium van de besluitvorming weinig geneigd rekening te houden met de persoon van

de overtreder en de omstandigheden van het geval. De handhaving van de letter van de wet staat voorop. Net als in het geval van de AFM, speelt de boetefunctionaris een rol bij dit proces doordat de nadruk sterk ligt op een rechtmatigheidstoetsing van de voorgenomen boetebesluiten. Het is dan ook de vraag in hoeverre ook de boetefunctionaris van DNB in deze constellatie voldoende tegenwicht biedt.

#### *Het bepalen van de hoogte van de boete*

Bij het bepalen van de hoogte van de boete weegt DNB de ernst, verwijtbaarheid, draagkracht en evenredigheid mee, voor zover valt op te maken uit de beschikbare boetebesluiten. Ook in dit stadium van de besluitvorming komt de ernst van de overtreding tot uitdrukking in de maatschappelijke gevolgen. Naarmate de ernst *in concreto* meevalt, lijkt er meer ruimte voor matiging, zo blijkt uit de onderbouwing van de beschikbare boetebesluiten. De verwijtbaarheid van de overtreding komt tot uitdrukking in de mate waarin er sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkenen. Ook hier geldt, hoe sterker dit zich manifesteert (de aantoonbare nalevingsbereidheid), hoe meer ruimte er lijkt voor matiging. De draagkracht en evenredigheid spelen eveneens een rol bij het bepalen van de hoogte van de boete, waarbij de concrete invulling van deze wegingsfactoren sterk afhankelijk is van de concrete casus.

In dit stadium van de besluitvorming lijken betrokkenen, net als bij de AFM, meer gewicht in de schaal te kunnen leggen. Hun zienswijze, waarin zij een beroep doen op persoonlijke omstandigheden en/of de omstandigheden van het geval, lijkt meer weerklank te vinden. DNB stelt zich in deze fase van de besluitvorming minder formeel en streng op. In dit stadium van de besluitvorming lijkt dan ook een ruimhartiger belangenafweging plaats te vinden. Daarbij lijkt het evenredigheidsbeginsel mitigerend te werken en maatwerk af te dwingen.

De boetes die zijn opgelegd op basis van het nieuwe, flexibele boetestelsel liggen substantieel hoger dan de boete die zijn opgelegd op basis van het oude, vaste stelsel. Hoewel er ten tijde van het onderzoek nog maar drie boetes zijn opgelegd op basis van het flexibele stelsel, valt op dat DNB de hoogte fors en grofmazig moest bijstellen, net als de AFM.

#### *Het openbaar maken van het boetebesluit*

Bij de besluitvorming over de openbaarmaking van het boetebesluit is slechts zeer beperkt ruimte voor belangenafweging. De wet verplicht immers tot openbaarmaking, tenzij sprake is van een uitzonderingsgrond. In de boetebesluiten die openbaar zijn gemaakt omvat die afweging dan ook niet meer dan een toelichting waarom die uitzonderingsgrond zich niet voordoet. Dat hangt samen met

het feit dat de boetes zijn opgelegd in het kader van het bewaken van de grenzen van de markt en niet in het kader van het traditionele prudentieel toezicht.

## 6. Analyse en conclusie

In dit hoofdstuk maak ik de balans op van het gebruik van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht. Daarvoor ga ik eerst terug naar de aanleiding tot mijn onderzoek en roep ik mijn onderzoeksvragen en onderzoeksopzet in herinnering. Vervolgens zet ik de belangrijkste bevindingen uit mijn onderzoek op een rij, in het licht van die onderzoeksvragen. Tot slot reflecteer ik op mijn bevindingen en geef ik aan wat mijn onderzoek zou kunnen betekenen voor de bestuurlijke boetepraktijk.

### 6.1 De bestuurlijke boete: doelmatig en evenwichtig?

Sinds 2000 beschikken de financiële toezichthouders AFM en DNB over de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen voor overtredingen van diverse financieel toezichtwetten.<sup>475</sup> Hiermee werd hun sanctiearsenaal uitgebreid met een punitieve sanctie (te weten een geldboete).

#### *Het handhavingstekort*

De introductie van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht maakte deel uit van een opmars van de bestuurlijke boete door de sociaaleconomische ordeningswetgeving. De bestuurlijke boete was het beleidsmatige antwoord op het zogenoemde handhavingstekort ten aanzien van die wetgeving. Dit handhavingstekort werd in de beleids- en kamerstukken uit de jaren negentig van de vorige eeuw beschouwd als een probleem, omdat het afbreuk zou doen aan het gezag van de overheid en de nalevingsbereidheid van burgers en bedrijven.<sup>476</sup> Het handhavingstekort kon ontstaan onder meer doordat overtredingen van de sociaaleconomische ordeningswetgeving onvoldoende werden aangepakt. In het bijzonder werd de strafrechtelijke afdoening van dit type voorschriften als minder urgent ervaren door het toch al overbelaste Openbaar Ministerie. In meer algemene zin werd het relatief arbeidsintensieve strafrechtelijke systeem als minder passend beschouwd voor de afhandeling van de relatief lichte en veelvoorkomende overtredingen van het sociaaleconomische ordeningswetgeving.

---

<sup>475</sup> Per 1 augustus 2009 is het boetestelsel gewijzigd, in die zin dat het bestaande gefixeerde boetesysteem is vervangen door een flexibel boetesysteem, met aanzienlijk hogere boetes (*Stb.* 2009, 327). In de loop van deze paragraaf kom ik daarop terug.

<sup>476</sup> Dat zijn de nota's *Recht in beweging (Kamerstukken II, 1989/90, 21 829, 2, p. 7 en 18)*, *Met vaste hand (Kamerstukken II, 1990/91, 22 045, 2, p. 7 en 8)*, het rapport *Rechtshandhaving van de WRR, 1988*, p. 21 en 62 en het rapport van de commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving (de *cie Korthals Altes*), 1995, p. 9 en 101.

Het strafrecht moest voortaan, als *ultimum remedium*, worden gereserveerd voor ernstiger en meer bewerkelijke zaken. Tegelijkertijd werd het bestuur geacht zijn verantwoordelijkheid te nemen voor de handhaving van de ordeningswetgeving; de boetebevoegdheid moest het daartoe in staat stellen. Bovendien zou de handhaving van deze 'technische en specialistische' wetgeving in betere handen zijn bij hooggespecialiseerde toezichhouders, dan bij het generalistischer ingestelde Openbaar Ministerie (Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, 1994).

#### *Een doelmatige oplossing*

Doordat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd door het betreffende bestuursorgaan zelf, zonder rechterlijke toetsing vooraf ('lik op stuk'), werd het door beleidsmakers en wetgevingsjuristen gezien als een aantrekkelijk, doelmatig alternatief voor de strafrechtelijke handhaving, waar in beginsel de strafrechter de boete oplegt. De introductie en grootschalige toepassing van de bestuurlijke boete kan dan ook worden beschouwd als een belangrijke systeemoorzaak in de rechtshandhaving.<sup>477</sup>

De introductie van de bestuurlijke boete past dan ook binnen het gangbare bedrijfs- of doelmatigheidsdenken binnen de overheid. Daarnaast moet de bestuurlijke boete worden gezien in het licht van een punitief maatschappelijk klimaat (een 'veiligheidscultuur'), waarin van de overheid een actief optreden wordt verlangd. Intensivering van toezicht en bestuurlijke handhaving nemen daarbij een belangrijke plaats in. Gemeenschappelijk kenmerk is een meer instrumentele benadering van het recht: een nieuwe, wettelijke bevoegdheid wordt in het leven geroepen om bepaalde beleidsdoelen te realiseren, waaronder het terugdringen van het handhavingstekort.

#### *Kritiek op doelmatigheid als dominant perspectief*

Tegelijkertijd riep de introductie van de bestuurlijke boete de nodige kritiek op onder rechtswetenschappers.<sup>478</sup> Zij wezen op het eenzijdige karakter van het doelmatigheidsdenken en vroegen aandacht voor de in hun ogen noodzakelijke zorgvuldigheid en evenredigheid. Zo uitten zij kritiek op de vermeende geringere kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming over het opleggen van een boete

---

<sup>477</sup> Verhey en Verheij noemen de bestuursrechtelijke handhaving van het sociaaleconomisch ordeningsrecht (in plaats van het strafrecht) één van de meest ingrijpende veranderingen in ons recht van de laatste vijftien jaar (2005, p. 253). Overigens kan de introductie van de OM-afdoening, door middel waarvan een bulk aan strafzaken buitengerechtelijk kan worden afgedaan, eveneens worden beschouwd als zo'n doorbraak.

<sup>478</sup> Belangrijke critici waren onder andere Michiels (1994 en 1999), Corstens (1995 en 2000), Doorenbos (2000), Albers (2002 en 2006), Mevis (2004 en 2006) en Kwakman (2006).

(minder professionele distantie dan de strafrechter) en de kwaliteit van de rechtsbescherming (minder vergaand dan de strafrechter). Verder zou het gebruik van de bestuurlijke boete een negatieve invloed kunnen hebben op de relatie met de onder toezicht gestelde, wat uiteindelijk afbreuk zou doen aan de effectiviteit van het toezicht.

*Introductie en toepassing bestuurlijke boete roept vragen op*

De kritiek is na verloop van tijd echter verstomd en het gebruik van de bestuurlijke boete heeft een hoge vlucht genomen. Ook in het kader van het financieel toezicht, in het bijzonder door de AFM. Dit roept de vraag in hoeverre die kritiek terecht was. Was de bestuurlijke boete dus wèl in goede handen bij de financiële toezichthouders en de bestuursrechter? Het valt op dat de bestuurlijke boete door beleidsmakers en wetgevingsjuristen ogenschijnlijk vrij vanzelfsprekend werd aanvaard als het doelmatige alternatief voor het strafrecht. Hebben zij daar, achteraf gezien, goed aan gedaan? Welke verbeteringen zijn mogelijk? Kortom, in hoeverre heeft de bestuurlijke boete zich ontwikkeld tot een doelmatig en evenwichtig instrument om het handhavingstekort ten aanzien van de financiële toezichtwetgeving terug te dringen?

Deze vragen vormen de aanleiding tot dit onderzoek naar de boetepraktijk van de AFM en DNB.

Het betreft een empirisch-juridisch onderzoek naar de boetepraktijk in de context van het financieel toezicht. Hiermee voeg ik vanuit de rechtspraktijk een dimensie toe aan de discussie over de bestuurlijke boete als alternatief voor strafrechtelijke handhaving. De invoering van de bestuurlijke boete betekende een majeure systeemwijziging in de sfeer van de rechtshandhaving. De verwachte voordelen en aangekondigde nadelen waren echter vooral gebaseerd op theoretische uitgangspunten. Het onderzoek moet inzicht verschaffen in de werking van de bestuurlijke boete in de praktijk. Het betreft geen werklust, kosten/baten- of effectonderzoek naar de bestuurlijke boete. Het onderzoek brengt een opmerkelijke discrepantie aan het licht tussen de beoogde doelen en werking enerzijds (*law in the books*) en de toepassing in de praktijk anderzijds (*law in action*). Dit werpt vervolgens nieuw licht op een deel van de 'vergeten' bezwaren tegen de bestuurlijke boete, namelijk de noodzaak tot het bieden van adequaat tegenwicht en transparantie. Het onderzoek maakt duidelijk dat bij de introductie van nieuwe bevoegdheden evenwicht moet worden bewaard tussen functionele eisen en waarborgen.

## 6.2 Vraagstelling onderzoek

In het onderzoek staat centraal de wijze waarop de financiële toezichthouders, AFM en DNB, gebruik maken van hun boetebevoegdheid, in het licht van oorspronkelijke doelen en kritiek op de bestuurlijke boete. Het accent ligt daarbij op het proces van belangenafweging en straftoemeting, zoals dat blijkt uit de openbare boetebesluiten.

Gelet op het voorgaande luidt de centrale onderzoeksvraag als volgt.

*Hoe maken de financiële toezichthouders gebruik van hun bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen en hoe verhoudt zich dat tot de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete?*

De hoofdvraag omvat een zestal deelvragen, die de context of een aspect van het afwegings- en besluitvormingsproces in beeld moeten brengen.

1. Welke doelen werden beoogd met de invoering van de bestuurlijke boete (in het kader van het financieel toezicht) en hoe luidde daarop de kritiek?
2. Hoe heeft de financiële toezichthouder het boeteproces ingericht, in het bijzonder met het oog op het waarborgen van de objectiviteit en professionele distantie?
3. In welke gevallen legt de financiële toezichthouder een boete op en op grond van welke overwegingen?
4. Welke belangen weegt de financiële toezichthouder af bij het opleggen van de bestuurlijke boete en op welke wijze?
5. Welke factoren weegt de financiële toezichthouder mee bij het bepalen van de hoogte van de boete en op welke wijze?
6. Hoe verhoudt de boetepraktijk van de financiële toezichthouder zich tot de oorspronkelijke doelen en kritiek van destijds?

### *Methode*

Om deze vragen te beantwoorden heb ik om te beginnen relevante beleids- en kamerstukken bestudeerd, om zo de oorspronkelijke verwachtingen en kritiek te reconstrueren. In dat verband heb ik ook gesproken met enkele beleidsadviseurs/wetgevingsjuristen en experts uit de wetenschap (7). Daarnaast heb ik relevante rechtswetenschappelijke publicaties bestudeerd. Op basis daarvan heb ik een referentiekader opgesteld, dat ik heb gebruikt als hulpmiddel bij de analyse en beoordeling van mijn bevindingen over de boetepraktijk (vergelijk hoofdstuk 2). Vervolgens heb ik beschikbaar gestelde en openbaar gemaakte boetebesluiten van de AFM (165 van de in totaal door de AFM 232 opgelegde boetes) en DNB (13 van de in totaal 87 door DNB opgelegde boetes) bestu-

deerd over de periode 2004-2012. In het verlengde hiervan heb ik vraaggesprekken gevoerd met medewerkers van de AFM (9) en DNB (8), dat wil zeggen toezichthouders en boetefunctionarissen. Ter completering van dit beeld, heb ik vraaggesprekken gevoerd met in het financieel toezicht gespecialiseerde advocaten (13) en vertegenwoordigers van relevante branche- en beroepsorganisaties (4). Om de beoordeling door de bestuursrechter te analyseren, heb ik tot slot relevante jurisprudentie geanalyseerd over de periode 2007-2013. Het betrof 122 uitspraken naar aanleiding van boetebesluiten van de AFM en DNB. Ook heb ik gesproken met een expert verbonden aan de rechtbank Rotterdam. In totaal heb ik 42 vraaggesprekken gevoerd.

Doordat ik boetebesluiten heb gekozen als vertrekpunt voor mijn onderzoek, moest ik uitgaan van de openbaar gemaakte boetebesluiten en de uitzonderingen die de toezichthouders bereid waren te maken op hun openbaarmakingsbeleid. DNB heeft betrekkelijk weinig boetebesluiten openbaar gemaakt en was bereid daar een slechts beperkte uitzondering op te maken, zo blijkt uit het geringe aantal beschikbare boetebesluiten. Daarnaast geven de beschikbare boetebesluiten uit de aard der zaak slechts een deel van het besluitvormingsproces weer, namelijk waar dat heeft geleid tot het opleggen van een boete. Ik heb geen inzage gekregen in de zaken waarvan de toezichthouder, bij nader inzien, heeft afgezien van het opleggen van een boete. Ik beschik dus niet over een volledig beeld van de boetepraktijk van de financiële toezichthouders, met name niet van DNB. Mede om die reden heb ik eerdergenoemde vraaggesprekken gevoerd met advocaten en vertegenwoordigers van beroeps- en belangenorganisaties die uit hoofde van hun functie een beeld hebben van de boetepraktijk, om zo mijn beeld te verifiëren en aan te vullen. Ik heb in dit verband afgezien van het voeren van vraaggesprekken met financiële ondernemingen die zijn beboet door de AFM of DNB en/of met gedupeerden van financiële ondernemingen die zijn beboet. De vraag was in hoeverre zij in staat en bereid zouden zijn objectief te reflecteren op de boetepraktijk. Als alternatief heb ik gekozen voor hun raadslieden, die uit hoofde van hun functie op een geaggregeerd niveau kunnen reflecteren op de boetepraktijk.

Als gevolg van de keuze om de boetebesluiten als vertrekpunt te kiezen voor mijn onderzoek, ligt het accent op de belangenafweging en straftoemeting. De voorvraag die aan het opleggen van de bestuurlijke boete voorafgaat, komt minder nadrukkelijk aan de orde. Dat wil zeggen de keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke afdoening en in geval van het laatste, de keuze of de samenhang tussen een waarschuwing, een herstelsanctie of een boete. Ik heb er in dit verband ook van afgezien de boetepraktijk van andere toezichthouders, zoals de ACM en de NZa in het onderzoek te betrekken. Ik meende alleen al van de AFM voldoende boetebesluiten te hebben verzameld om verantwoorde uit-



spraken te kunnen doen. Bovendien rechtvaardigt de aard en omvang van het mededingingsrecht en het aantal boetebesluiten van de NMa en OPTA c.q. de ACM een op zichzelf staand onderzoek. Een vergelijkend (empirisch) onderzoek zou wel een interessante volgende stap kunnen zijn.

Ik volg in dit hoofdstuk de systematiek die volgt uit de onderzoeksvragen: allereerst zet ik de doelen en kritiekpunten op de bestuurlijke boete op een rij (onderzoeksvraag 1, paragraaf 6.3). Vervolgens schets ik een beeld van de praktijk (onderzoeksvragen 2 tot en met 5, vervolg paragraaf 6.3). Als laatste zet ik mijn bevindingen af tegen de oorspronkelijke doelen en kritiek (onderzoeksvraag 6, paragraaf 6.4).

## **6.3 De boetepraktijk van de financiële toezichthouders**

### **6.3.1 De verwachtingen van en kritiek op de bestuurlijke boete**

Wat werd beoogd met de invoering van de bestuurlijke boete? De bestuurlijke boete moest het zogenoemde handhavingstekort ten aanzien van de sociaal-economische ordeningswetgeving helpen terugdringen. Dit type regelgeving had in de tweede helft van de vorige eeuw een explosieve groei doorgemaakt, waarbij de noodzaak tot handhaving onvoldoende was onderkend. Dat kennelijk onvoldoende kon worden opgetreden tegen overtredingen van dit type regelgeving, werd in toenemende mate als een probleem ervaren. Zoveel is duidelijk. De onderliggende redenen voor de bestuurlijke boete zijn echter minder duidelijk: principiële en pragmatische argumenten liepen door elkaar.

#### *Het bestuur moet zijn verantwoordelijkheid nemen voor de handhaving*

Aanvankelijk werden voor de invoering van de bestuurlijke boete vooral principiële argumenten aangevoerd. Het strafrecht moest worden beschouwd als *ultimum remedium* en zou voortaan, als zwaarste handhavingsmiddel, moeten worden gereserveerd voor ernstige en meer complexe overtredingen en misdrijven, met een zware normatieve lading. Als spiegelbeeld hiervan zou het bestuur nadrukkelijk verantwoordelijkheid moeten nemen voor de handhaving van 'zijn eigen' regelgeving. Het bestuur was immers al belast met de uitvoering van de sociaaleconomische ordeningswetgeving en zou in het verlengde daarvan, in plaats van of naast het Openbaar Ministerie, ook belast moeten worden met de handhaving daarvan. Het bestuur zou hierdoor zijn eigen handhavingsbeleid kunnen gaan voeren en niet meer afhankelijk zijn van het Openbaar Ministerie (de 'alles in een hand'-gedachte). Kortom, met de bestuurlijke boete zou het sanctiearsenaal van het bestuur worden uitgebreid en versterkt. Deze redenering werd ontvouwd in het advies van de commissie voor de toetsing van wetge-

vingsprojecten (de commissie Kortmann, 1994), die daarvoor teruggreep op eerdere beleidsnotities.<sup>479</sup> Het kabinet nam deze redenering over.<sup>480</sup>

#### *Het strafrecht moet worden ontzien*

In de ontstaansgeschiedenis van de bestuurlijke boete werden gaandeweg steeds meer pragmatische argumenten aangevoerd. Het handhavingstekort zou niet meer kunnen worden teruggedrongen met behulp van het strafrecht. Intensivering van de strafrechtelijke handhaving zou geen uitkomst bieden, omdat het bewerkelijke strafrecht minder passend werd geacht voor de afhandeling van relatief lichte en veelvoorkomende overtredingen van het ordeningswetgeving en het strafrechtelijk systeem bovendien al zwaar zou zijn overbelast. Daarnaast zou het bijzondere karakter van de ordeningswetgeving afhandeling door specialistische bestuursorganen rechtvaardigen. Het bestuur werd namelijk beter in staat geacht de handhaving van de specialistische sociaaleconomische ordeningswetten op zich te nemen, in plaats van het generalistisch ingestelde Openbaar Ministerie.<sup>481</sup> Deze redenering kwam eveneens terug in het advies van de commissie Kortmann en later ook in zekere zin in de adviezen van de commissie Korthals Altes en de commissie Michiels.<sup>482</sup> Ook deze redenering werd door het kabinet overgenomen.<sup>483</sup> In de vraaggesprekken wonden betrokken beleidsadviseurs er geen doekjes om: er moest dringend een alternatief worden gevonden voor het overbelaste strafrecht en het Openbaar Ministerie dat minder openstond voor de strafrechtelijke handhaving van het sociaaleconomische ordeningswetgeving. Dat werd gevonden in het bestuursrecht, dat een aantrekkelijk alternatief leek te bieden, mede doordat de bestuurlijke boete door het bestuur zelf kon worden opgelegd, zonder rechterlijke tussenkomst.

Overigens is het doelmatigheidsvoordeel dat aan de bestuurlijke boete werd toegeschreven, inmiddels wel enigszins verbleekt als gevolg van de introductie

---

<sup>479</sup> Onder andere *Recht in beweging (Kamerstukken II, 1989/90, 21 829, 2)*, *Met vaste hand (Kamerstukken II, 1990/91, 22 045, 2)* en het rapport *Rechtshandhaving van de WRR, 1988*. De commissie oogstte wel kritiek op de magere onderbouwing van haar advies (Mulder, 1994; Corstens, 1995).

<sup>480</sup> Getuige onder meer het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de commissie Kortmann (*Kamerstukken II, 1993/94, 23 400 VI, 48*) en later de *Memorie van Toelichting van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, 3)*.

<sup>481</sup> Daarbij werd destijds in het bijzonder gedacht aan hooggespecialiseerde toezichthouders zoals de AFM, DNB en de NMa.

<sup>482</sup> De commissie *heroverweging instrumentarium rechtshandhaving (1995)* resp. de commissie *bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (1998)*.

<sup>483</sup> Zie het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de advies van de commissie Michiels (*Kamerstukken II, 1999/00, 26 800 VI, 67*).

van de bestuurlijke strafbeschikking. Die moest, nota bene naar het voorbeeld van de bestuurlijke boete, een doelmatigheidsverbetering binnen de strafrechtspleging tot stand brengen. Hierdoor zou het handhavingstekort ook binnen het strafrechtelijk kader aangepakt kunnen worden (Kwakman, 2006).<sup>484</sup> Uiteindelijk gaven de pragmatische argumenten de doorslag.

Het eerder aangevoerde *ultimum remedium*-argument bleek achteraf vooral een 'quasi-principieel' argument, bedoeld om de bestuurlijke boete een normatieve legitimatie te verschaffen. Bovendien heeft het na verloop van tijd aan zeggingskracht verloren. Het strafrecht wordt steeds meer gezien als het eerst aangewezen middel om maatschappelijke problemen het hoofd te bieden (Van de Bunt, 1999; Kwakman, 2006; Crijns, 2013).

#### *Geen duidelijk kader voor de ontwikkeling van de bestuurlijke boete*

De introductie van de bestuurlijke boete verliep enigszins willekeurig, nu weer in de ene wet, dan weer in de andere. Een duidelijk richtinggevend, normatief kader voor de ontwikkeling van de bestuurlijke boete ontbrak (Rikmenspoel, 1994; Michiels, 1995; Albers, 2002; De Vries, 2005; Hartmann, 2011). Dat wil zeggen een afwegingskader aan de hand waarvan zou kunnen worden bepaald voor welke feiten handhaving door middel van een bestuurlijke boete is aangewezen en waarom. Dat is opvallend, want de invoering van de bestuurlijke boete, die bestraffing door het bestuur impliceert in plaats van door de onafhankelijke strafrechter, kan immers worden beschouwd als een majeure systeemverandering in de rechtshandhaving.<sup>485</sup>

#### *De bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht*

Met de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (Wet IDBB) in 2000 werd wat betreft de zogenoemde financieel toezicht wetgeving het accent verschoven naar bestuursrechtelijke handhaving. Het strafrecht werd nog wel, als *ultimum remedium*, achter de hand gehouden voor zware overtredingen en misdrijven of in het geval de behoefte zou bestaan aan het gebruik van dwangmiddelen. De invoering van de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht sloot naadloos aan bij het toenmalige beleid ten aanzien van de rechtshandhaving. Ook de strafrechtelijke handhaving van de financieel toezichtwetten zou haperen.<sup>486</sup> In de vraagge-

---

<sup>484</sup> Vooralsnog heeft dit niet geleid tot een inruilen van de bestuurlijke boete voor de strafbeschikking, beide handhavingssystemen bestaan naast elkaar.

<sup>485</sup> In de rechtswetenschappelijke literatuur en de beleidspraktijk zijn daartoe wel pogingen ondernomen, maar de 'steen der wijzen' bleek vooralsnog onvindbaar (vergelijk hoofdstuk 2).

<sup>486</sup> Aldus de beleidstukken, waaronder de Memorie van Toelichting bij de Wet IDBB (*Kamerstukken II*, 1997/98, 25 821, 3). Onder meer Doorenbos relateert overigens het haperen van

sprekken gaven medewerkers van de financiële toezichthouders te kennen dat zij zich sterk afhankelijk voelden van het Openbaar Ministerie, dat slechts beperkt capaciteit zou inruimen voor dit type overtredingen. Als het al tot handhaving kwam, wreekte zich de, in hun de ogen, minder sterk ontwikkelde deskundigheid bij het Openbaar Ministerie en de relatief milde opstelling van de strafrechter. De financiële toezichthouders meenden dat veel beter zelf te kunnen, bijvoorbeeld door middel van het bestuursrecht. Op dat moment beschikten zij slechts over een beperkt bestuursrechtelijk alternatief: een waarschuwing of een aanwijzing en het intrekken van een vergunning. Het één werd vaak als te licht ervaren, het andere als te zwaar. De bestuurlijke boete zou de financiële toezichthouders bij uitstek in staat stellen de handhaving zelf krachtiger ter hand te nemen (de 'alles in een hand'-gedachte). Zij juichten de komst van de bestuurlijke boete dan ook toe.

#### *De kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming en rechtsbescherming*

Waar de bestuurlijke boete in kringen van beleidsadviseurs, wetgevingsjuristen en toezichthouders leek te zijn omarmd als doelmatig alternatief voor het strafrecht, riep het in kringen van (straf)rechtswetenschappers fikse kritiek op. De kritiek had over het algemeen een rechtsstatelijke inslag: critici hielden vast aan de in hun ogen sterkere waarborgen van het straf(proces)recht.

Zo richtte die kritiek zich in de eerste plaats op het wezenskenmerk van de bestuurlijke boete: bestraffing door het bestuur in plaats van door de strafrechter (onder andere Corstens, 2000). Critici zagen in de concentratie van bevoegdheden bij het bestuur, als gevolg van de bestuurlijke boete (de 'alles in één hand'-gedachte), een bedreiging voor de vereiste objectiviteit en professionele distantie bij de besluitvorming. In het verlengde hiervan maakten zij bezwaar tegen de in hun ogen gebrekkige transparantie en geringe controleerbaarheid van het proces van boeteoplegging. In het strafproces stond de openbaarheid immers sterker centraal. Bovendien zou van berechting in het kader van een openbaar strafproces een sterkere preventieve werking uitgaan. Verder werd gevreesd voor een mogelijke verslechtering van de relatie tussen de toezichthouder en onder toezicht gestelde als gevolg van het gebruik van de bestuurlijke boete, wat uiteindelijk afbreuk zou doen aan de effectiviteit van het toezicht (Michiels, 1994; Corstens, 2000; Doorenbos, 2000).

Andere critici richtten zich op de grondslagen van de bestuurlijke boete en de geboden rechtsbescherming (Albers, 2000 en 2002; Mevis, 2004 en 2005). Zij stelden ten principale de bevoegdheid van het bestuur om een punitieve sanctie

---

strafrechtelijke handhaving. Volgens hem is die nooit echt van de grond gekomen wegens een gebrek aan expertise bij de recherche (2000).

op te leggen ter discussie. De boete is en blijft een punitieve sanctie en die hoort volgens hen dan ook binnen een strafrechtelijk kader te worden afgedaan. In samenhang met dit kritiekpunt zou de rechtsbescherming die binnen het strafprocesrecht wordt geboden sterker zijn dan die binnen het bestuursrecht. Het bestuursrecht zou uit de aard der zaak minder geschikt zijn voor de normering van het gebruik van een bevoegdheid als de bestuurlijke boete (Albers 2002; Albers & Schlössels, 2006).

Bij deze kritiek kan in mijn ogen wel een relativerende kanttekening worden geplaatst. De critici baseerden zich op een enigszins ideaaltypisch beeld van het strafrecht en de rol van de strafrechter. In het economisch strafrecht was buitengerechterlijke afdoening door middel van een transactie toen ook niet ongebruikelijk (Wladimiroff, 1990). Inmiddels is het hoofdregel geworden binnen het strafrecht. Meer in het algemeen is de klassieke tegenstelling tussen het strafrecht en het bestuursrecht vervaagd, mede als gevolg van de invoering van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht en de opstelling door de bestuursrechter (Hartmann, 2011; Stijnen, 2011).

#### *De beoogde doelmatigheid*

Voorts werden vraagtekens geplaatst bij de beoogde doelmatigheidswinst die met de bestuurlijke boete zou moeten worden geboekt. Vooralsnog was onduidelijk welke winst de bestuurlijke boete zou moeten opleveren en waarop die positieve verwachtingen waren gebaseerd (Corstens, 1995; Michiels, 1999 en 2005; Den Houdijker, 2006). In het verlengde hiervan wees Michiels er ook nog op dat het handhavingstekort niet zozeer zou worden veroorzaakt door het ontbreken van bevoegdheden, maar eerder door een gebrek aan professionaliteit in de handhaving (1999 en 2005). Een beter gebruik van de bestaande mogelijkheden zou de oplossing van het handhavingstekort ook naderbij kunnen brengen.

In dit kader wezen critici er op dat een ver doorgevoerde specialisatie zou kunnen leiden tot eenzijdigheid in denken en doen van de toezichthouder evenals een gebrek aan professionele distantie. Een vergaande specialisatie vereist dan ook een krachtig tegenwicht (Roording, 1994; Wiewel, 2001; Van der Meulen, 2003; De Vries 2005).

#### *De hoogte van de boetes op basis van de Wet op het financieel toezicht*

Tot zover de kritiek die naar voren werd gebracht rond de introductie van de bestuurlijke boete. Per 1 augustus 2009 is het boetesysteem in de Wet op het financieel toezicht gewijzigd door een flexibilisering en aanzienlijke verhoging van de boetes. Dat leidde tot een nieuwe golf van kritiek, vooral op de hoogte van het boete. De verhoging was voornamelijk ingegeven door de beleidsmatige

wens de preventieve werking van het boete-instrument te verhogen.<sup>487</sup> Het flexibele boetesysteem werd weliswaar verwelkomd omdat daardoor passender (in de zin van proportioneel) boetes opgelegd zouden kunnen worden. Maar het werd ook bekritiseerd omdat het nog onvoldoende aanknopingspunten zou bieden om de hoogte van de boete vast te stellen en dat goed te motiveren (Doorenbos & Doets, 2008; Sluimers e.a., 2009). In het bijzonder werd de sterke verhoging van de boete bekritiseerd vanwege de magere beleidsmatige onderbouwing van het nut en de noodzaak evenals het uit de pas lopen met het strafrechtelijk systeem (Doorenbos & Doets, 2008; Doorenbos, 2009).<sup>488</sup> De hoge boetes zouden dan wel passen bij grote financiële conglomeraten, maar hun doel voorbij schieten in het geval van middelgrote en kleinere financiële instellingen, meenden critici.

### **6.3.2 Organisatorische waarborgen: scheiding onderzoek en beoordeling**

Zoals gezegd, maakten critici bezwaar tegen de concentratie van bevoegdheden bij het bestuur als gevolg van het toekennen van de boetebevoegdheid aan het bestuur en de beperkte externe controleerbaarheid van het boeteproces. In het boeteproces is, mede in het licht van artikel 6 EVRM, een aantal waarborgen ingebouwd, waarvan in het kader van dit onderzoek de zogenoemde functiescheiding een belangrijke is.<sup>489</sup> Dat wil zeggen dat de oordeelsvorming over het opleggen van een boete naar aanleiding van een overtreding in organisatorische en personele zin gescheiden plaatsvindt van het verzamelen van informatie op basis waarvan een overtreding is geconstateerd.<sup>490</sup>

De functiescheiding moet garanderen dat eerdergenoemde oordeelsvorming onbevangen plaatsvindt. Het moet de ontstane concentratie van bevoegdheden weer enigszins doorbreken door die te spreiden binnen de organisatie en zo het beeld wegnemen dat de toezichthouder rechter in eigen zaak is.<sup>491</sup>

---

<sup>487</sup> Aldus de beleidsstukken, waaronder de Memorie van Toelichting bij de Boetewet (*Kamerstukken II*, 2008/098, 31 458, 3).

<sup>488</sup> Doorenbos spreekt in dit verband van zelfs 'draconische boetebedragen' (2009, p. 545).

<sup>489</sup> Andere waarborgen zijn onder meer het zwijgrecht, de cautieplicht, de hoorplicht en een anticumulatieregeling, zoals geregeld in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht.

<sup>490</sup> Aanvankelijk was dit geregeld in de Wet IDBB, om later te worden opgenomen in de Wft (artikel 1,88) en in de Algemene wet bestuursrecht in de vorm van een mandaatverbod (artikel 10:3, vierde lid, Awb). Overigens bepleitte de cie Kortmann ook al een functiescheiding.

<sup>491</sup> Aldus de Memorie van Toelichting bij de Wet IDBB (*Kamerstukken II*, 1997/98, 25 821, 3).

Uit de rechtswetenschappelijke literatuur komt naar voren dat de functiescheiding, als intern controlemechanisme, in het bijzonder bij toezichthouders zoals de AFM en DNB van groot belang moet worden geacht (onder andere Van der Meulen, 2003). Juist bij die bestuursorganen ontbreekt het aan sterk tegenwicht, onder meer als gevolg van hun betrekkelijk zelfstandige en onafhankelijke positie, hoge specialisatiegraad, geslotenheid en een rechterlijke controle achteraf. Van der Meulen ziet de functiescheiding dan ook als 'het zelfreinigend vermogen' van de toezichthouder (2003, p. 88-89 en 92)

In de praktijk blijkt de functiescheiding ook daadwerkelijk te worden aangehouden binnen de organisatie van de financiële toezichthouders. De boetefunctionaris(sen) van de AFM en DNB zijn organisatorisch op een andere plaats ondergebracht dan de toezichthouders en vervullen een op zichzelf staande functie binnen het boeteproces. De toezichthouders dragen hun boeterapport over aan de boetefunctionaris, die de zaak vervolgens zelf verder afhandelt. In de regel door het, op basis van het rapport, opstellen van concept-boetebesluit dat met een advies wordt voorgelegd aan het bestuur/de directie. De boetefunctionaris beoordeelt het aangeboden boeterapport in het licht van de regelgeving, het handhavingsbeleid, de beginselen van behoorlijk bestuur en de jurisprudentie. Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat de boetefunctionaris slechts bij uitzondering zou adviseren om af te zien van het opleggen van een boete.

### **6.3.3 De bestuurlijke boete in handen van de AFM en DNB**

Hoe hebben de financiële toezichthouders vorm en inhoud gegeven aan hun nieuwe bevoegdheid? De AFM en DNB hebben daar elk op eigen wijze vorm en inhoud aan gegeven. Waar de AFM actief gebruik maakt van haar boetebevoegdheid en haar boetes openbaar maakt, stelt DNB zich terughoudender op, zo blijkt uit de tabellen in hoofdstuk 4 en 5. Wel vertoont het aantal opgelegde boetes jaarlijks een wisselend beeld, mede als gevolg van veranderende beleidsinzichten.

#### *Accenten in de boetepraktijk*

In het geval van de AFM blijkt, wat betreft het gebruik van de bestuurlijke boete, het accent te liggen op overtredingen van de gedragsregels voor financiële ondernemingen, meer in het bijzonder de adviesregels voor financiële dienstverleners en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders.<sup>492</sup> Dit hangt samen met de thematische of risico gestuurde benadering van het toezicht door de AFM. De

---

<sup>492</sup> 98 van de 165 openbaar gemaakte boetes (59%) zijn opgelegd voor overtreding van de gedragsregels voor financiële ondernemingen, 58 daarvan zijn er in de periode 2009-2011 opgelegd specifiek wegens overtreding van de advies- en kredietverstrekkingregels.

AFM heeft zich, op basis van een analyse van de mate waarin eerdergenoemde normen werden nageleefd evenals maatschappelijke signalen, ten doel gesteld de kwaliteit en professionaliteit van de financiële dienstverlener te verbeteren, één en ander in het belang van de consument. Deze keuze staat duidelijk in het teken van het waarborgen van het belang van de kwetsbare consument. In mindere mate ligt het accent op overtredingen van de gedragsregels voor financiële markten. Hier is het aantal opgelegde boetes relatief laag en door de loop der jaren meer constant.<sup>493</sup> Dit betreft doorgaans meer complexe zaken, zoals marktmanipulatie en misbruik van voorwetenschap. In dit marktsegment vervult de AFM met de boetebevoegdheid de rol van marktmeester, zij intervenueert primair om het marktevenwicht te herstellen.

In het geval van DNB blijkt het accent te liggen op overtredingen van de markttoetredingsvoorschriften, voornamelijk door illegale trustkantoren en geldtransactiekantoren. Ook in het geval van DNB hangt dit samen met een thematische of risico gestuurde benadering van het toezicht. DNB richtte het vizier op illegale trustkantoren en geldtransactiekantoren. In het kader van het prudentieel toezicht zijn relatief weinig boetes opgelegd. Binnen het prudentieel toezicht blijkt het accent te liggen op het treffen van informele maatregelen zoals overleg, overreding of een waarschuwing en op reparatoire maatregelen, zoals een last onder dwangsom. Uit de vraaggesprekken komt naar voren dat het gebruik van de bestuurlijke boete de voor het prudentieel toezicht van belang geachte toezichtrelatie zou kunnen verstoren. Dit zou afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van het toezicht.

#### *Boete vooral voor ernstige overtredingen*

Het valt op dat de AFM en DNB de bestuurlijke boete anders zijn gaan inzetten dan oorspronkelijk bedoeld. Oorspronkelijk was de bestuurlijke boete bedoeld voor relatief lichte en veelvoorkomende overtredingen, de 'onderkant' van de sociaaleconomische ordeningswetgeving. Het onderzoek laat echter zien dat de AFM en DNB de boete merendeels opleggen voor relatief ernstige overtredingen, althans overtredingen die vallen in de hoogste boetecategorieën, de 'bovenkant' van de financiële toezichtwetten.<sup>494</sup> Zo blijkt de AFM in de onderzochte periode net iets meer dan de helft van haar boetes te hebben opgelegd voor overtredingen van verbods- en andere kernbepalingen in het kader van het gedragstoezicht. DNB heeft de meeste van haar boetes opgelegd voor overtredingen van verbodsbepalingen in het kader van de markttoetreding. Aldus lijkt de

---

<sup>493</sup> 42 van de 165 openbaar gemaakte boetes (25%) zijn opgelegd voor overtreding van de gedragsregels voor financiële markten.

<sup>494</sup> Het onderzoek bevestigt wat dit betreft het beeld dat in de rechtswetenschappelijke literatuur werd geschetst (Tillema, 2000; Verhey & Verheij, 2005; Stijnen, 2011).



bestuurlijke boete zich in het kader van het financieel toezicht te hebben ontwikkeld tot een *alternatief* voor het strafrecht, waar het aanvankelijk *additioneel* werd bedoeld. De bestuurlijke boete was immers bedoeld voor lichte en veelvoorkomende overtredingen, om ruimte te maken voor de strafrechtelijke afdoening van zwaardere overtredingen.

#### *De opstelling door de financiële toezichthouder*

Hoe kan de opstelling van de financiële toezichthouders ten aanzien van het gebruik van de bestuurlijke boete worden gekenschetst? Voor welke stijl hebben zij gekozen? De opstelling door de AFM kan worden getypeerd als activistisch en instrumenteel. Dat wil zeggen dat de AFM veelvuldig gebruik maakt van haar boetebevoegdheid om potentiële overtreders af te schrikken en de kwaliteit en professionaliteit van de financiële dienstverlener te verbeteren. Sterker nog, zij gebruikt de boete om zwakke broeders van de markt te weren. De AFM volgt, wat genoemd zou kunnen worden, een marktsaneringsstrategie. Daarbij lijkt de AFM zich, in tegenstelling tot DNB, minder te bekommeren om de toezichtrelatie: het is 'verbeteren of vertrekken'.

Op zichzelf genomen past deze opstelling goed in de huidige 'punitieve' tijdgeest, waarin alertheid wordt verwacht van de toezichthouder. Het sluit ook aan bij het gedragstoezicht, dat onder meer in het teken staat van consumentenbescherming. De keerzijde van deze instrumentele opstelling is echter dat het gebruik van de bestuurlijke boete een doel op zichzelf dreigt te worden, waardoor de toezichthouder de concrete context waarbinnen de overtreding is gepleegd uit het oog verliest. De instrumentele benadering van de AFM vraagt dan ook om voldoende tegenkracht en tegenspraak, om het gebruik van de boetebevoegdheid in balans te houden. Met andere woorden, de toezichthouder moet de 'instrumentele dimensie' van het toezicht in evenwicht zien te houden met de 'waarborgdimensie'. Meer concreet: de effectiviteit en efficiëntie in balans met de rechtmatigheid en behoorlijkheid (Ottow & de Cock Buning, 2013, p. 33-35).<sup>495</sup>

De opstelling van DNB kan worden gekenschetst als streng aan de grenzen van de markt, tegen de *outsiders*, en gematigd binnen de markt, tegen de *insiders*. DNB treedt namelijk relatief streng op tegen illegale financiële instellingen, die zich niet houden aan de markttoetredingseisen en is doorgaans gematigder en voorzichtiger tegen financiële instellingen die reeds over een vergunning beschikken. Een uitzondering geldt in geval van overtredingen van de voorschriften voor een integere bedrijfsvoering voor trustkantoren en geldtransactiekantoren. Bij eerstgenoemden is het opleggen van een boete al vrij snel aan de orde (repressief toezicht), bij laatstgenoemden ligt een normoverdragend gesprek, een

---

<sup>495</sup> Zo ook Aelen (2014, p. 13-15) en Lamp (2014, pp 22-23).

waarschuwing of een reparatoire maatregel eerder in de rede (curatief toezicht). Dit onderscheid hangt samen met het type toezicht dat aan de orde is. Het bewaken van de markt vraagt om een ander type maatregelen, dan het prudentieel toezicht dat in het teken staat van het behoud van de stabiliteit van de financiële sector. Deze stijlkeuze door DNB bleek echter in toenemende mate onhoudbaar, zo wezen onder meer de Icesave- en DSB-affaire uit. In deze gevallen werd DNB immers een te sterke terughoudendheid verweten. Naar aanleiding hiervan heeft DNB dan ook recent gekozen voor een assertievere stijl.

Ook in hun opstelling en stijl ten aanzien van het gebruik van de boetebevoegdheid blijken de AFM en DNB sterk te contrasteren, zo komt naar voren uit het onderzoek. Dit is terug te voeren op het type toezicht en daarmee samenhangende cultuurverschillen tussen die organisaties. Waar het gedragstoezicht vraagt om een extraverte opstelling, door het openlijk markeren van de norm, is het prudentieel gebaat bij een meer introverte opstelling, door interventies achter de schermen (Scheltema & Scheltema, 2010; Van Eersel 2013). Recent lijkt dit contrast enigszins te vervagen. Waar de AFM enigszins terugkomt op het gebruik van de bestuurlijke boete en kiest voor een meer informele en stimulerende beïnvloedingsstrategie, kiest DNB juist voor een offensievere stijl (Van Eersel, 2013).

#### **6.3.4 De belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen**

Uit de onderzochte boetebesluiten van de AFM komt naar voren dat de onderbouwing van de boetebesluiten primair in het teken staat van het kwalificeren van het feitencomplex als een overtreding. Een belangenafweging, waarbij de wegingsfactoren uit het handhavingsbeleid een rol van betekenis spelen, is minder duidelijk herkenbaar. De boetebesluiten hebben daardoor een sterk normatief en instrumenteel karakter. Bij DNB ligt dat anders. DNB verwijst in de onderbouwing van haar boetebesluiten naar het handhavingsbeleid en betreft in haar afweging expliciet de ernst en verwijtbaarheid.

*Welke belangen spelen een rol?*

Niettemin kan in het geval van de AFM uit de beschikbare boetebesluiten, in het bijzonder uit het verweer van betrokkenen, wel worden afgeleid dat bij de belangenafweging hoofdzakelijk de ernst en de verwijtbaarheid een rol spelen. De ernst komt tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Dat wil zeggen de mate waarin derden zijn benadeeld of betrokkene zich heeft verrijkt respectievelijk de mate waarin het marktevenwicht is verstoord of het vertrouwen in de markt is geschonden. Meer in algemene zin gaat het hier om het algemeen belang, dat in het geding zou zijn. De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de mate waarin betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte zijn of zouden moeten zijn van de geldende voorschriften. De intentie van betrokkenen blijkt voor de AFM bij dit soort overtredingen niet van belang. Het vormt ook geen bestanddeel van de overtreding. De verwijtbaarheid komt verder tot uitdrukking in de mate waarin sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkene, dat wil zeggen de mate waarin medewerking is verleend aan het onderzoek of herstelmaatregelen zijn getroffen ter voorkoming van herhaling.

De boetes die door de AFM zijn opgelegd voor overtredingen van de zorgplicht voor financiële dienstverleners, leveren veel discussie op over de verwijtbaarheid vanwege de kenbaarheid van de open geformuleerde norm. Temeer daar de AFM bij het opleggen van boetes wegens overtreding van de zorgplicht, tegen de achtergrond van haar activistische en instrumentele opstelling, vrij ver gaat in haar invulling van die zorgplicht en hoge eisen stelt aan de professionaliteit van de financiële dienstverlener. Dit roept het beeld op dat zij op de stoel van de financiële dienstverlener gaat zitten en optreedt als rechter in eigen zaak. Betrokkenen hebben tot nu toe echter geen gehoor kunnen krijgen met hun verweer dat de norm onvoldoende kenbaar zou zijn, ook niet bij de rechter.

Net als bij de AFM, komt in het geval van DNB de ernst tot uitdrukking in de maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Dat wil zeggen de mate waarin het marktevenwicht is verstoord of het vertrouwen in de markt is geschonden. Meer in algemene zin gaat het om de mate waarin de doelstelling van de wet is doorkruist, dat wil zeggen een schending van het algemeen belang. De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de mate waarin betrokkenen uit hoofde van hun functie op de hoogte zijn of zouden moeten zijn van de geldende voorschriften. Ook voor DNB is de intentie van betrokkenen in dit verband niet relevant, het verlangt van professionele marktpartijen dat die op de hoogte zijn van de geldende voorschriften. Daarnaast blijkt de verwijtbaarheid uit de mate waarin er sprake is van een op *compliance* gerichte houding en gedrag van betrokkenen.

### *Hoe wegen de financiële toezichthouders die belangen?*

Uit de onderbouwing van de boetebesluiten komt naar voren dat, nadat is komen vast te staan dat de overtreding is gepleegd, het algemeen belang de doorslag geeft om de boete op te leggen. Dat wil zeggen het algemeen belang zoals dat tot uitdrukking komt in de ernst van de overtreding. Betrokkenen blijken in het kader van hun verweer er doorgaans niet in te slagen de financiële toezichthouders van het tegendeel te overtuigen; dat wil zeggen dat de overtreding, gegeven de concrete omstandigheden, minder ernstig zou zijn.<sup>496</sup> De verwijtbaarheid, althans het ontbreken daarvan, doet de balans vervolgens niet terugslaan. Betrokkenen blijken er namelijk evenmin in te slagen de toezichthouder te overtuigen dat de overtreding hen, gegeven de omstandigheden, niet of minder zou zijn te verwijten, door de afwezigheid van alle schuld of het innemen van een pleitbaar standpunt. Daarbij speelt een belangrijke rol dat de financiële toezichthouders voor *professionals* de lat hoog leggen ten aanzien van hun kennis van wetten en regelgeving of de invulling van de zorgplicht. Een beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder de subsidiariteit en proportionaliteit) stuit af op het betrekkelijk formele standpunt van de AFM dat er nu eenmaal een overtreding is begaan en dat het haar beleidsmatig vrijstaat een passende sanctie te kiezen.

Dit geheel wekt de indruk van een betrekkelijk beperkte, eendimensionale belangenafweging, waardoor vrij gemakkelijk en mechanisch een boete wordt opgelegd. Het is de overtreding die voorop staat, de overtreder en de omstandigheden van het geval komen in dit stadium van de besluitvorming minder goed over het voetlicht.<sup>497</sup> De opportuniteit van het opleggen van de boete, dat wil zeggen de geschiktheid en noodzaak, lijkt nauwelijks een rol te spelen. Deze werkwijze vloeit voort uit de systematiek van de financieel toezicht wetgeving, waarbij de ernst al is verdisconteerd in het wettelijke tariefstelsel voor de boete en de intentie van de overtreder in beginsel geen rol speelt, tenzij het tegendeel blijkt. Dit wezenskenmerk van de bestuurlijke boete verklaart mede de aantrekkingskracht van de bestuurlijke boete als beleidsinstrument.

De boetefunctionaris van de AFM en DNB versterkt dit verschijnsel. Die draagt door de gehanteerde werkwijze onbedoeld bij aan een verdere juridisering van de besluitvorming. Uit het onderzoek komt immers naar voren dat het zwaartepunt ligt op een rechtmatigheidstoetsing van het voorgenomen boetebesluit, met

---

<sup>496</sup> Waar zij op dat punt wel een overtuigend verweer voeren, laat de financiële toezichthouder, en ook de rechter, dat meewegen bij het bepalen van de hoogte van de boete, zoals uit de volgende paragrafen zal blijken.

<sup>497</sup> Althans in dit stadium van de besluitvorming, anders ligt dat bij het bepalen van de hoogte van de boete.

een schuin oog naar de rechter. De boetefunctionaris onthoudt zich echter van een toetsing van de opportuniteit: is een boete, gegeven de omstandigheden van het geval en de overtreder, wel passend en noodzakelijk? Hierdoor komt het bieden van het noodzakelijke tegenwicht, zoals beoogd met het aanbrengen van een functiescheiding, minder goed uit de verf. Met andere woorden, de boetefunctionaris vervult naar mijn idee wel een *check*, maar streeft onvoldoende naar *balance*.

### **6.3.5 Het bepalen van de hoogte van de boete**

#### *Welke belangen spelen een rol?*

Bij het bepalen van de hoogte van de boete wegen de financiële toezichthouders niet alleen opnieuw de ernst en verwijtbaarheid mee, maar ook de draagkracht. De ernst komt tot uitdrukking in de financiële en maatschappelijke gevolgen van de overtreding. Daarbij lijkt het er op dat naarmate die gevolgen van de overtreding *in concreto* meevallen, er meer ruimte is voor matiging. De verwijtbaarheid komt tot uitdrukking in de mate waarin er sprake is van een menselijke fout, de mate waarin er sprake is van op *compliance* gericht gedrag of de mate van onduidelijkheid (kenbaarheid) over de norm. Naarmate er meer sprake is van een niet-toerekenbare fout, er onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de norm of van een aantoonbare, substantiële nalevingsbereidheid, lijkt er navenant ruimte voor matiging. De draagkracht komt tot uitdrukking in de financiële omstandigheden van betrokkene of de onderneming. Daarbij geldt dat hoe beter onderbouwd, hoe groter de kans dat dit verweer wordt gehonoreerd.

#### *Hoe wegen de financiële toezichthouders die belangen?*

De belangenafweging geeft een ander beeld. In dit stadium van besluitvorming lijken betrokkenen, aan de hand van hun zienswijze, meer invloed te kunnen uitoefenen op de besluitvorming. Hun beroep op persoonlijke omstandigheden en de omstandigheden van het geval lijkt meer weerklank te ondervinden, onder invloed van het evenredigheidsbeginsel. De financiële toezichthouders lijken zich in dit stadium dan ook flexibeler en milder op stellen. Waar het besluit om een boete op te leggen kan worden vergeleken met de aan- en uitknop van een radio, kan het bepalen van de hoogte worden vergeleken met de volumeknop, waarmee het die op een 'draaglijk' niveau kan worden afgestemd. Eén en ander conform wet en jurisprudentie. Daar staat echter tegenover dat er bij het matigen van de hoogte van de boete minder op het spel staat voor de toezichthouder. De overtreding is al formeel gemarkeerd met het opleggen van de boete als zodanig. Ook is de precedentwerking minder groot, door het casuïstische karakter van de matiging.

Wat betreft de boetes die door de financiële toezichthouders zijn opgelegd op basis van het flexibele boetestelsel, valt op de dat de toezichthouders zich, na aanvankelijke verhoging van de boete op basis van de verwijtbaarheid, genoopt zagen die ingrijpend te matigen gelet op de concrete omstandigheden van het geval. Dit leidt tot een merkwaardig jojo-effect, dat wil zeggen eerst omhoog of omlaag op basis van de ernst en/of de verwijtbaarheid en dan weer omlaag in verband met draagkracht. Dit beeld roept de vraag op of de wetgever de boetelast, tegen de achtergrond van het punitieve handavingsklimaat, niet veel te hoog heeft gelegd.

### **6.3.6 Het openbaar maken van het boetebesluit**

De financiële toezichthouders beschikken op basis van de Wet op het financieel toezicht over de bevoegdheid tot openbaarmaking van het boetebesluit.<sup>498</sup> In het geval van zware overtredingen dient het boetebesluit binnen vijf werkdagen na bekendmaking aan betrokkene te worden openbaar gemaakt. Dit wordt vroegtijdige openbaarmaking genoemd, omdat het boetebesluit nog niet onherroepelijk is geworden (Roth, 2013a). In die periode kan betrokkene de voorzieningenrechter bij de rechtbank Rotterdam vragen de openbaarmaking op te schorten. Daarnaast worden alle boetebesluiten in een later stadium openbaar gemaakt, nadat die onherroepelijk zijn geworden. De openbaarmaking is een gebonden bevoegdheid, dat wil zeggen dat de toezichthouder hiervan alleen afziet als dit in strijd is of zou komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht (Grundmann-van de Krol, 2012).<sup>499</sup>

Zoals gezegd, maakt de AFM haar boetebesluiten veelvuldig vroegtijdig openbaar en is DNB terughoudender. Dit hangt samen met eerdergenoemde uitzonderingsbepaling op de openbaarmaking, die eerder aan de orde is bij DNB dan de AFM. Bij de AFM is openbaarmaking dan ook hoofdregel, bij DNB uitzondering. In het beperkte aantal gevallen dat DNB haar boetebesluiten openbaar heeft gemaakt, deed die uitzondering zich niet voor, omdat het ging om boetes in het kader van het bewaken van de markttoegang.

De openbaarmaking, vooral de vroegtijdige, sluit aan bij de doelen van het gedragstoezicht dat aan de AFM is toevertrouwd, zoals consumentenbescherming en transparantie. De vroegtijdige openbaarmaking maakt de bestuurlijke boete in de praktijk tot een gevreesd instrument, misschien nog wel meer dan de hoogte

---

<sup>498</sup> Op basis van artikel 1:97 en 1:98 Wft.

<sup>499</sup> Artikel 1:97, vierde lid, Wft. Per 1 augustus 2014 is deze bepaling zodanig gewijzigd dat de financiële toezichthouder moet afwegen of anonieme openbaarmaking geïndiceerd is; dit is het geval als volledige openbaarmaking onevenredige gevolgen zou hebben voor betrokkenen.

van de boete. De (beginsel)plicht tot openbaarmaking laat echter weinig ruimte voor belangenafweging. Dat blijkt ook uit de in hoofdstuk 4 geanalyseerde boetebesluiten. Betrokkenen vinden bij de AFM geen gehoor met hun bezwaren tegen de voorgenomen openbaarmaking; bij de rechter iets vaker.<sup>500</sup> In het bijzonder ervaren zij de mogelijke reputatieschade als gevolg van de openbaarmaking als onevenredig. Als gevolg van het beperkte wettelijke kader voor de belangenafweging, werkt de openbaarmaking zo goed als een automatisme.

#### **6.4 Reflectie: de boete uit balans?**

Voor dit onderzoek heb ik me de tweeledige vraag gesteld hoe de financiële toezichthouders gebruik hebben gemaakt van hun boetebevoegdheid en hoe zich dat verhoudt tot de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete.

In de voorgaande paragraaf heb ik een antwoord gegeven op het eerste deel van die vraagstelling.

In het onderstaande zet ik mijn bevindingen af tegen de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete (het tweede deel van mijn vraagstelling). Ik doe dat aan de hand van het in hoofdstuk 2 opgestelde referentiekader.

In het referentiekader heb ik de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete samengevat in vier kernpunten.

1. De versterking van de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor handhaving:
  - a. De financiële toezichthouder neemt met de bestuurlijke boete de handhaving van de financieel toezichtwetgeving actief ter hand.
  - b. De bestuurlijke boete voorziet in een lacune in de handhaving van de financieel toezichtwetgeving.
2. De verbetering van de doelmatigheid van de handhaving:
  - a. De bestuurlijke boete voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving sluit aan bij het type overtredingen (licht en veelvoorkomend).
  - b. De bestuurlijke boete voor de handhaving van de financieel toezichtwetgeving sluit aan bij het specialisme van de financiële toezichthouder.
  - c. De bestuurlijke boete doet geen onverantwoorde afbreuk aan de relatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde.

---

<sup>500</sup> Van 43 uitspraken van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam die ik heb aangetroffen over de periode 2007-2013, is in 14 gevallen (circa 33%) het verzoek om een voorlopige voorziening toegewezen.

3. De kwaliteit van de besluitvorming omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete (incl. het bepalen van de hoogte daarvan):
  - a. In de organisatie van de financiële toezichthouder is een functiescheiding aangebracht.
  - b. De financiële toezichthouder betracht bij de besluitvorming over het gebruik van de bestuurlijke boete de nodige objectiviteit en professionele distantie.
  - c. De belangenafweging van de financiële toezichthouder is transparant en controleerbaar.
  - d. De financiële toezichthouder neemt bij de belangenafweging de nodige zorgvuldigheid en evenredigheid in acht
  
4. De kwaliteit van de geboden rechtsbescherming:
  - a. De rechtsbescherming is adequaat.

*Versterking bestuurlijke verantwoordelijkheid en doelmatigheid handhaving*

Om te beginnen kan worden gesteld dat de financiële toezichthouders met behulp van de bestuurlijke boete hun verantwoordelijkheid voor de handhaving van het financieel toezichtrecht hebben waargemaakt. Zij hebben de hun toegeworpen handschoen opgenomen en actief vorm en inhoud gegeven aan hun boetebevoegdheid, elk op een eigen wijze die aansluit bij de toezichttaken die aan hen zijn toevertrouwd. Waar uit de evaluatie van de Wet IDBB in 2003 naar voren kwam dat de bestuurlijke boete aanvankelijk nog schoorvoetend werd gebruikt, heeft die zich in de loop der jaren (2007-2012) een vaste plaats verworven in de handhavingspraktijk van de financiële toezichthouders. Hun sanctiearsenaal is met de bestuurlijke boete uitgebreid en versterkt, zoals beoogd.

De financiële toezichthouders zijn, als gespecialiseerde toezichthouders, in professioneel opzicht zeer wel in staat gebleken overtredingen van de specialistisch-technische financieel toezichtwetgeving af te handelen. In professioneel opzicht is de boetebevoegdheid hun toevertrouwd. Zo zijn zij niet 'teruggefloten' door de bestuursrechter, wegens een onzorgvuldige of disproportionele uitoefening van hun nieuwe bevoegdheid. Wel heeft de bestuursrechter incidenteel geoordeeld dat *in casu* geen sprake was van een overtreding, dan wel de hoogte van de boete gematigd gelet op de evenredigheid, zoals beschreven in paragraaf 4.3.5 en 4.4.6.

Niettemin is mij wel een aantal 'uitschieters' opgevallen, waarbij de vraag kan worden gesteld of het opleggen van een boete in dat geval opportuun was. Zo heeft de AFM een viertal boetes opgelegd voor marktmisbruik, waar het handelen van betrokkenen op mij een vrij amateuristische indruk maakt. Het gaat om twee particulieren die zijn beboet overtreding van het verbod op marktmanipula-



tie (2010/ 30 en 31, artikel 5:58 Wft), een particulier die is beboet wegens het verbod op gebruik van voorwetenschap (2011/18, artikel 5:56 Wft) en een individuele medewerker van een beleggingsonderneming die is beboete wegens overtreding van het verbod op het meedelen van voorwetenschap (2012/11, artikel 5:57 Wft). Het minder professionele optreden van betrokkenen, waardoor de ernst en de impact van de overtreding lijkt mee te vallen, en het feit dat zij niet of nauwelijks voordeel zouden hebben behaald, roept de vraag op of het opleggen van een, in elk geval voor een particulier relatief hoge, boete in deze gevallen wel een noodzakelijke en evenredige sanctie was.<sup>501</sup> Dit geldt ook voor een tweetal boetes dat is opgelegd terwijl de aanleiding daarvoor inmiddels zou zijn weggenomen of in welk geval de nodige verbetermaatregelen zouden zijn getroffen. Zo is een boete opgelegd aan een financiële dienstverlener wegens overtreding van de vergunningplicht voor bemiddelen (2008/3, artikel 2:80 Wft), kort nadat de ontbrekende vergunning was afgegeven. Ook is een boete opgelegd aan een financiële instelling wegens overtreding van de zorgplicht, terwijl de nodige maatregelen ter verbetering zouden zijn getroffen of in het vooruitzicht werden gesteld (2009/14, artikel 4:23 Wft).<sup>502</sup> Een vergelijkbaar geval is de boete die DNB oplegde aan een accountant wegens overtreding van de vergunningplicht voor trustkantoren, terwijl de ontbrekende vergunning eerder was afgegeven (2009/1, artikel 2,1 Wft).<sup>503</sup> Het zijn er maar een handvol, maar de boetes zijn wel exemplarisch voor een in mijn ogen tamelijk legalistische opstelling van de financiële toezichthouders. De boete dreigt in deze gevallen een doel op zichzelf te worden, in plaats van een middel ter bevordering van naleving.

---

<sup>501</sup> In het geval van de eerste van de twee particuliere beleggers (2010/30) matigde de AFM de boete van € 96.000,- naar € 24.000,-. De rechtbank Rotterdam matigde die boete vervolgens tot € 10.000,-, gelet op de geringe ernst van de overtreding (17 november 2011, *LJN* BU4962). Wel meende de rechtbank dat de AFM in redelijkheid gebruik kon maken van haar bevoegdheid en dat een normoverdragend gesprek niet in de rede lag. In het geval van de particulier die handelde met voorwetenschap (2011/18), stemde de AFM de hoogte van de boete (basisbedrag € 2.000.000,-) neerwaarts bij op basis van de geringe ernst en het feit dat hij een particuliere, onervaren belegger was tot € 1.000.000,- om de boete vervolgens te verlagen met 10%, vermeerderd met het behaalde voordeel (bepaald op € 14.000,-). In het geval van de medewerker van de beleggingsonderneming (2012/11) stemde de AFM de hoogte van boete (basisbedrag € 2.000.000,-) neerwaarts bij op basis van de ernst, verhoogde die weer op basis van de verwijtbaarheid en paste die vervolgens weer ingrijpend aan op basis van het vermogen, de draagkracht en bijzondere omstandigheden van het geval tot € 2.500,-.

<sup>502</sup> Naar het oordeel van de rechter was het opleggen van een boete in deze gevallen echter niet onredelijk (Vzr Rb. Rotterdam, 8 april 2010, *LJN* BM 0507 en 12 december 2009, *LJN* BK3958).

<sup>503</sup> Volgens de rechtbank Rotterdam stond het verlenen van de vergunning ook in dit geval niet aan het opleggen in de weg (Rb Rotterdam, 8 juli 2010, *LJN* BN0769).

Critici vreesden dat het gebruik van de bestuurlijke boete afbreuk zou doen aan de voor een effectief toezicht noodzakelijke werkrelatie tussen toezichthouder en onder toezicht gestelde. Dit punt deed aanvankelijk vooral opgeld voor DNB en minder voor de AFM. DNB was er, in het kader van het prudentieel toezicht op gespist de toezichtrelatie niet te zeer te verstoren, gelet op de effectiviteit van het toezicht. De laatste tijd voert DNB echter een assertievere koers. De AFM daarentegen liet zich ogenschijnlijk veel minder gelegen liggen aan de toezichtrelatie, gelet op haar instrumenteel en activistisch gebruik van de bestuurlijke boete, bijvoorbeeld ten aanzien van financiële dienstverleners. Daarbij zij aangekend dat de AFM de laatste tijd weer iets terug lijkt te komen op het gebruik van de bestuurlijke boete en kiest voor een meer informele beïnvloeding van de onder toezicht gestelden.

Wat vervolgens opvalt is dat de bestuurlijke boete zich in handen van de AFM en DNB anders heeft ontwikkeld dan oorspronkelijk bedoeld. Waar de bestuurlijke boete oorspronkelijk was bedoeld voor de afhandeling van lichte en veelvoorkomende overtredingen, en blijkens de evaluatie van de Wet IDBB aanvankelijk ook zo werd gebruikt, is de bestuurlijke boete geëvolueerd tot een instrument dat door de AFM en DNB merendeels wordt toegepast voor relatief ernstige overtredingen.<sup>504</sup> De bestuurlijke boete heeft zich aldus een plaats hoog in het handhavingsspectrum verworven, als alternatief voor het strafrecht in plaats van additioneel. Er heeft zich een vorm van *function creep* (doelverschuiving) voorgedaan. Mogelijk is hieraan debet het ontbreken van een richtinggevend criterium voor de keuze tussen strafrechtelijke- of bestuursrechtelijke afdoening.

Tegelijkertijd lijkt de strafrechtelijke handhaving van de Wet op het financieel toezicht niet sterk te zijn aangetrokken, voor zover kan worden nagegaan.<sup>505</sup> Zo blijkt uit een steekproef getrokken uit het Justitieel Documentatiesysteem (okt. 2012) in het kader van het onderzoek van Beckers (2015) dat het Openbaar Ministerie (het Functioneel Parket) in het bijzonder in het kader van de aanpak van fraude hoofdzakelijk vervolging instelt voor valsheid in geschrifte en niet of nauwelijks zelfstandig op basis van de Wet op het financieel toezicht, ook niet subsidiair. Het geeft kennelijk de voorkeur aan vervolging van commune strafba-

---

<sup>504</sup> Te denken valt aan overtredingen van de diverse vergunningplichten, het kredietvertrekingsbeleid, de meldingsplichten ten aanzien van wijzigingen in kapitaal en stembelang, verschillende vormen van marktmisbruik, verboden colportage en misleidende handelspraktijken en de beroepsregels voor accountants. Deze overtredingen zijn ingedeeld in de hoogste boetecategorieën.

<sup>505</sup> Het CBS beschikt niet over gedetailleerde gegevens over veroordelingen op basis van de WED/Wft evenmin als het WODC. Ook het Functioneel Parket kon desgevraagd geen uitsluitel geven.

re feiten. Die zouden gemakkelijker te onderzoeken en te bewijzen zijn, zo komt naar voren uit interviews met officieren van justitie en parketsecretarissen in eerdergenoemd onderzoek. Zij zijn hiermee vertrouwd en houden daar aan vast. In tegenstelling tot de Wet op het financieel toezicht, die zij onbruikbaar achten gelet op de complexiteit van die wetsbepalingen en omdat de jurisprudentie daaromtrent nog niet zou zijn uitgekristalliseerd (Beckers, 2015). Aan de andere kant moet het echter niet uitgesloten worden geacht dat ernstige overtredingen van de Wet op het financieel toezicht deel uitmaken van hetzelfde materiële feitencomplex als eerdergenoemde strafvervolging. Niettemin lijken de bestuurlijke boete en het strafrecht zich ten aanzien van het financieel toezichtrecht autonoom te hebben ontwikkeld, getuige ook het verloop van het afstemmingsoverleg tussen de financiële toezichthouders en het Openbaar Ministerie (het TPO).

Verder valt op dat de financiële toezichthouders in de onderzochte periode op zichzelf genomen niet zoveel boetes hebben opgelegd (de AFM gemiddeld circa 26 boetes per jaar, DNB gemiddeld circa 10 per jaar). Dit kan samenhangen met eerdergenoemd verschijnsel dat vooral boetes voor zwaardere overtredingen zijn opgelegd. Het relatief geringe aantal opgelegde boetes staat echter wel in contrast met het beweerde handhavingstekort ten aanzien van de financieel toezichtwetgeving. Daar komt nog eens bij dat het begrip handhavingstekort op zichzelf genomen weinig houvast biedt. Dat er een zeker handhavingstekort bestaat is nog wel aannemelijk, maar hoe groot dat is en of het is opgeheven blijft onduidelijk. Strikt genomen is er altijd wel een handhavingstekort. Het begrip is weliswaar zeer geschikt gebleken om de rechtshandhaving te problematiseren, maar is minder goed bruikbaar als maatstaf om het effect van de bestuurlijke boete te meten (Corstens, 1995; Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, 1998). De vraag dringt zich dan ook op: is de bestuurlijke boete hier voor opgetuigd?

Als de bestuurlijke boete vooral is opgelegd voor zwaardere overtredingen, is vervolgens de vraag wat er dan is gebeurd met de lichte en veelvoorkomende overtredingen, waarvoor de bestuurlijke boete oorspronkelijk was bedoeld? Zijn die er nauwelijks, blijven die nog steeds liggen of worden die op andere wijze afgedaan, bijvoorbeeld door middel van een waarschuwing of normoverdragend gesprek?<sup>506</sup> Het aantal gesprekken dat de AFM in de onderzochte heeft periode gevoerd (gemiddeld circa 500 per jaar) doet dit vermoeden.<sup>507</sup> Dit roept wederom

---

<sup>506</sup> Zo zijn er geen boetes opgelegd voor overtredingen in categorie 1 van de Wft (oud/nieuw) of de voorlopers daarvan. Voor overtredingen die vallen in categorie 2 van de Wft of 2a van de Wte (oud) zijn achttien boetes opgelegd, onder andere artikel 4:34 Wft (zie bijlage 3 en 4).

<sup>507</sup> Van DNB zijn hierover geen gegevens beschikbaar.

de vraag op in hoeverre de bestuurlijke boete nu noodzakelijk was ten behoeve van de handhaving van het financieel toezichtrecht. Blijft over dat de enkele, louter symbolische beschikbaarheid van het boete-instrument al voldoende zou kunnen zijn om effectiever toezicht te kunnen uitoefenen. Immers, de enkele dreiging van een boete werpt zijn schaduw al vooruit en versterkt de onderhandelingspositie van de toezichthouder.

Wat wel is gebeurd, is dat de AFM actief is opgetreden tegen overtredingen van de adviesregels voor financiële dienstverleners en de kredietverstrekkingregels voor aanbieders. Deze overtredingen vallen wat betreft ernst in de 'middencategorie' van het wettelijke boetetarief. De AFM heeft zich op dit punt sterk gemaakt voor de 'achtergestelde' consument en zich ten doel gesteld dit marktsegment te saneren. De boetebevoegdheid bood de AFM daartoe een geschikt beleidsinstrument. Maar als de AFM zou willen saneren, waarom gebruikt het dan niet eerder en vaker haar bevoegdheid om de vergunning in te trekken, een bevoegdheid waarover de AFM altijd al beschikte?<sup>508</sup>

Wat ook is gebeurd, is dat de hoogte van de opgelegde boetes, met name die van de AFM, op een hoger peil is komen te liggen.<sup>509</sup> Dit is toe te schrijven aan de invoering van het nieuwe, flexibele boetestelsel. Waar de hoogste boetes opgelegd op basis van het oude, vaste boetestelsel, na matiging, tussen de € 108.905,- en de € 192.000,- lagen, liggen die op basis van het nieuwe, flexibele boetesystematiek tussen de € 114.000,- en € 500.000,-, waarbij deze laatste boete een eenmalige uitschieter lijkt.<sup>510</sup> Het gaat dan vooral om boetes voor misbruik van voorwetenschap en marktmanipulatie.<sup>511</sup>

Tot slot valt op dat, hoewel ik geen werklasmeting heb uitgevoerd, de werkwijze die de financiële toezichthouders hanteren (veel aandacht voor de kwalificatie van de feiten in het licht van het recht) en de sterk gejuridiseerde procedure die wordt gevolgd (uitgebreid feitenonderzoek, horen, beoordelen) bij het opleggen van een bestuurlijke boete niet minder arbeidsintensief lijkt dan die in het klassieke strafrecht. De financiële toezichthouders hebben zich ontpopt tot een zogenoemd boeteatelier, waarin kwalitatief relatief hoogwaardige boetebesluiten

---

<sup>508</sup> De AFM heeft in de onderzochte periode gemiddeld circa 30 keer per jaar een vergunning ingetrokken, met een sterke piek in 2011 en 2012.

<sup>509</sup> Over de ontwikkeling van de hoogte van de door DNB opgelegde boetes valt, gelet op de beschikbare boetes, niet zoveel te zeggen.

<sup>510</sup> Als die boete niet wordt meegerekend, ligt de eerstvolgende boete op € 240.000,-.

<sup>511</sup> De boetes die zijn opgelegd op basis van de Pensioenwet en de Wet/het Besluit toezicht accountantsorganisaties liggen nog hoger dan die zijn opgelegd op basis van de Wet op het financieel toezicht. Eerstgenoemde boetes liggen tussen de € 200.000,- en € 217.810,-.

tot stand komen (Jansen & Hazewindus, 1995). Dit terwijl de bestuurlijke boete werd geacht te worden geproduceerd in een zogenoemde boetefabriek, die als typering beter past voor lichte en veelvoorkomende overtredingen.

#### *Kwaliteit bestuurlijke besluitvorming en rechtsbescherming*

In de kern meenden de critici van de bestuurlijke boete dat die bevoegdheid niet aan het bestuur zou kunnen worden toevertrouwd. Zij hebben wat dit aangaat meer vertrouwen in het Openbaar Ministerie en de strafrechter. Dit onderzoek lijkt deze verwachting te logenstraffen, althans wat betreft de gebleken professionaliteit van de toezichthouder. Het punt van kritiek dat echter niet aan kracht heeft ingeboet is de door critici gesignaleerde noodzaak tot het bieden van passende tegenkracht en transparantie, om het gebruik van de boetebevoegdheid in balans te houden.

De noodzaak tot tegenkracht en transparantie is des te meer van belang nu de bestuurlijke boete blijkt te worden opgelegd voor ernstiger overtredingen. Bij dit type overtredingen is de feitenvaststelling veelal complex (bijvoorbeeld in geval van marktmisbruik) en vaak ook nog eens gebaseerd op een open norm, waarvan de kenbaarheid niet onomstreden is (bijvoorbeeld in geval van de zorgplicht voor financieel dienstverleners).<sup>512</sup> In mijn ogen schiet voor deze gevallen de betrekkelijk beperkte en eendimensionale belangenafweging tekort, zoals die voortvloeit uit de systematiek van de instrumentele financieel toezichtwetgeving en waardoor vrij gemakkelijk en mechanisch een boete wordt opgelegd. Een dergelijke beperkte belangenafweging past beter bij de afdoening van lichte overtredingen, waarvoor de bestuurlijke boete oorspronkelijk was bedoeld. Daar komt bij dat de opgelegde sanctie als zodanig relatief ingrijpend is als gevolg van de vroegtijdige openbaarmaking en de aanzienlijke hoogte ervan.<sup>513</sup> Het gebruik van de bestuurlijke boete door de financiële toezichthouders, althans voor ernstiger overtredingen, vereist dan ook een evenwichtiger en beter kenbare belangenafweging, mede met het oog op de aanvaardbaarheid en controleerbaarheid van het besluit.

Wat betreft de geboden rechtsbescherming valt allereerst op dat slechts een beperkt aantal zaken aan de bestuursrechter is voorgelegd. Enkele advocaten hebben in dit verband wel gesuggereerd dat het geringe aantal (hoger) beroepzaken samenhangt met een inschatting van de kans van slagen van het beroep in relatie tot de kosten en het mogelijke negatieve effect daarvan op de relatie

---

<sup>512</sup> Vgl. in dit verband Bröring & Van Vorselen (2013, p. 117).

<sup>513</sup> Het is in ieder geval niet de *pepperspray* van het financieel toezicht gebleken, zoals minister Zalm zich destijds voorstelde tijdens de kamerbehandeling van het wetsvoorstel IDBB (*Handelingen II*, 1998/99, 73-4293 en 4295).

met de toezichthouder. Ik heb geen onderzoek gedaan naar de toetsing door de strafrechter; uit de beschikbare bestuursrechtelijke uitspraken blijkt niettemin dat de bestuursrechter kritisch (intensief) toetst of sprake is van een overtreding en of de hoogte van de boete in overeenstemming is met de ernst, verwijtbaarheid en overige omstandigheden van het geval. Het besluit als zodanig om een boete op te leggen toetst de bestuursrechter op redelijkheid (marginaal). Zij het dat die toetsing ook 'volle elementen' kent, aldus de jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam.<sup>514</sup>

In het geval van de AFM leidde deze werkwijze er toe dat in iets meer dan de helft van de onderzochte (hogere) beroepszaken het beroep geheel of gedeeltelijk gegrond werd verklaard, omdat de overtreding niet was komen vast te staan of omdat de hoogte niet in verhouding stond tot de ernst, verwijtbaarheid, draagkracht of vanwege overschrijding van de redelijke termijn.<sup>515</sup> Van de onderzochte verzoeken om een voorlopige voorziening werd de meerderheid afgewezen.<sup>516</sup> In het geval van DNB werd het beroep in de meerderheid van de onderzochte gevallen ongegrond verklaard door de rechtbank en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

De rechter oefent dus wel enig tegenwicht uit op het gebruik van de boetebevoegdheid van de financiële toezichthouders. Echter, eerdergenoemde relatief beperkte belangenafweging bij het besluit om een boete op te leggen, waartegen ik nu juist mijn bedenkingen heb geuit, wordt in beginsel slechts marginaal getoetst door de rechter.

*Per saldo: toename punitieve druk*

Terugblikkend op de ontwikkeling van de bestuurlijke boete, mede in relatie tot het strafrecht, valt het ontbreken van samenhang op. Elk stelsel lijkt zich autonoom, in een eigen richting te hebben ontwikkeld. De bestuurlijke boete was oorspronkelijk bedoeld als alternatief voor strafrechtelijke afdoening van overtredingen aan de 'onderkant' van het financieel toezichtrecht. Dit zou ruimte moe-

---

<sup>514</sup> Bijvoorbeeld Rb Rotterdam, 8 april 2010, *LJN* BM0507. Het gaat dan om rechtvaardigingsgronden, de afwezigheid van alle schuld of een beroep op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel. Eén zaak waarin het opleggen van de boete als zodanig wordt getoetst aan het gelijkheidsbeginsel (en verbod op willekeur) is CBb 12 januari 2010, *LJN* BL3172 (het CBb achtte de oplegging van de boete niet in strijd met dat beginsel). Zie hierover ook Stijnen (2014, p. 72-73).

<sup>515</sup> In ruim 60% van de gevallen (23 van de 37) werd het beroep door de rechtbank geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard, voornamelijk vanwege de hoogte van de boete. Idem CBb (9 van de 15).

<sup>516</sup> In ruim 30% van de gevallen werd het verzoek om een voorlopige voorziening toegekend, voornamelijk omdat niet werd voldaan aan de zogenoemde voorlopige rechtmatigheidstoets.

ten creëren voor strafrechtelijke handhaving aan de 'bovenkant' van het financieel toezichtrecht. Het proces dat zich echter lijkt te voltrekken is dat beide handhavingssystemen het midden opzoeken. De handhavingssystemen vervangen elkaar niet bij wijze van communicerende vaten, maar lijken elkaar eerder aan te jagen. Zo blijkt de bestuurlijke boete goeddeels te worden ingezet voor ernstige overtredingen, terwijl het strafrecht ook voor minder ernstige overtredingen weer binnen handbereik is gekomen, mede dankzij de (bestuurlijke) strafbeschikking. Waar het strafrecht aanvankelijk leek te zijn voorbestemd voor de ernstigste overtredingen die de samenleving zouden kunnen ondermijnen, is het weer helemaal terug op het toneel als breed inzetbaar handhavingsinstrument. Tegelijkertijd is de bestuurlijke boete nog niet van het handhavingstoneel teruggedroepen. Het gevolg is wel dat, geheel in de tijdgeest, de punitieve druk op de samenleving per saldo is toegenomen.

## 6.5 Consequenties voor de boetepraktijk

Wat leert het onderzoek voor de boetepraktijk? In mijn ogen nopen de bevindingen allereerst tot een heroverweging van het gebruik van de boetebevoegdheid. Vervolgens tot het vergroten van de transparantie en het organiseren van sterker tegenwicht.

### *Heroverweging gebruik boetebevoegdheid*

Om te beginnen zouden de financiële toezichthouders zich nog eens moeten beraden op het gebruik van de bestuurlijke boete. Uit het onderzoek komt immers naar voren dat de bestuurlijke boete zich anders heeft ontwikkeld dan bedoeld of voorzien. Dit roept de vraag op voor welk handhavingprobleem de bestuurlijke boete nu een oplossing is.

Als de financiële toezichthouders er vervolgens voor zouden kiezen de bestuurlijke boete te blijven gebruiken zoals zij dat nu doen, dan is in mijn ogen meer transparantie en tegenwicht geboden om de boetebevoegdheid in balans te houden. Transparantie over de belangenafweging en tegenwicht door een kritischer toetsing door boetefunctionaris en rechter. Hierdoor komt de waarborgfunctie van het financieel toezichtrecht beter in balans met de instrumentele functie (Ottow & de Cock Buning, 2013; Aelen, 2014).<sup>517</sup>

---

<sup>517</sup> Aelen beschrijft in haar dissertatie de inherente spanning, in de vorm van dilemma's, tussen de instrumentele- en waarborgfunctie van het economisch bestuursrecht. Zij beredeneert dat deze tegenstelling zou kunnen worden overbrugd met behulp van de *checks and balances*-benadering. Voor het financieel toezicht zou dit met zich meebrengen dat de sterke onafhankelijkheid van de financiële toezichthouder wordt gecompenseerd door een actieve verantwoording door de toezichthouder aan publiek, parlement en een kritische rechter evenals een trans-

### *Transparantie*

De verlangde transparantie heeft betrekking op twee aspecten van de boetepraktijk van de financiële toezichthouders. In de eerste plaats het handhavingsbeleid en in de tweede plaats de reikwijdte van de belangenafweging. Dit moet er aan bijdragen dat het boetebesluit beter kenbaar, navolgbaar en controleerbaar wordt. Ook moet het er aan bijdragen dat het besluit meer aanvaardbaar wordt voor betrokkenen, omdat zij hun belangen beter herkennen in de afweging van de financiële toezichthouders.

Zo zouden de financiële toezichthouders hun handhavingsbeleid nader moeten uitwerken, bij voorkeur in de vorm van een beleidsregel. Niet alleen door de wegingsfactoren te verduidelijken evenals het gewicht dat daaraan wordt toegekend, maar door aan te geven hoe de inzet van de boete zich verhoudt tot andere maatregelen (bijvoorbeeld het normoverdragend gesprek), dan wel het strafrecht. Het huidige handhavingsbeleid geeft weliswaar inzicht in de wegingsfactoren die in beginsel worden betrokken bij de belangenafweging, maar die factoren zijn vrij algemeen geformuleerd, waardoor het handhavingsbeleid een erg vrijblijvende indruk maakt. Ze lijken dan ook geen belangrijke rol te spelen in de onderbouwing van de boetebesluiten, zo komt naar voren uit het onderzoek. Hoe groot moet bijvoorbeeld de benadeling van derden of het verkregen voordeel zijn, wanneer is sprake van beëindiging van de overtreding uit eigen beweging, wanneer is er sprake van een dusdanige medewerking aan het onderzoek dat dit gewicht in de schaal legt, anders dan de gebruikelijke, wettelijke plicht tot medewerking? Een nadere uitwerking c.q. verduidelijking van het handhavingsbeleid zal het speelveld voor de toezichthouder weliswaar verkleinen, maar bakent het gebruik van de boetebevoegdheid nader af, biedt betrokkenen meer houvast en komt de rechtszekerheid ten goede.<sup>518</sup>

---

parante opstelling, onder meer door een verantwoorde openbaarmaking (2014, p. 13-15 en 207-211). Zie ook De Werd die, op basis een studie naar de mate van rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen, stelt dat wel hoge[re] eisen mogen worden gesteld aan de rechtsstatelijkheid van wetgeving en bestuur. Zeker in het licht van de 'wildgroei' aan bestuursorganen dat tot straffen bevoegd is (2014, p. 183).

<sup>518</sup> Het sluit ook aan bij de 'Criteria voor goed toezicht' van het zogenoemde Markttoezichthoudersberaad (april 2013). Daarin is aangegeven dat goed toezicht effectief, efficiënt en professioneel moet zijn (p. 2). Onder professionaliteit wordt onder meer transparant verstaan, dat wil onder meer zeggen dat de toezichthouder aantoonbaar dat zij in haar taakuitoefening consistent, zorgvuldig en rechtmatig handelt (criterium C.2.2, p. 11). Het sluit ook aan op de eerdere Kaderstellende visie op toezicht (2005), waarin zes principes voor goed toezicht zijn geformuleerd, waaronder transparantie en professionaliteit (p. 5-6).



Daarnaast zouden de financiële toezichthouders hun belangenafweging moeten verrijken, althans indien zij de bestuurlijke boete blijven toepassen voor ernstiger overtredingen. Dat zouden zij kunnen doen door in die gevallen in de onderbouwing van het boetebesluit niet alleen stil te staan bij het feit dat het opleggen van een boete proportioneel is (gelet op de ernst *in abstracto*), maar ook passend en noodzakelijk (*in concreto*). Hierdoor komt de opportuniteit van het opleggen van de boete meer op de voorgrond te staan.<sup>519</sup>

### *Tegenwicht*

Zoals gezegd, de financiële toezichthouders zijn betrekkelijk autonome, hooggespecialiseerde organisaties. Zij worden gekenmerkt door een concentratie aan bevoegdheden (de 'alles in één-gedachte'). Dat draagt bij aan hun doelmatigheid, maar het kan ook leiden tot een zekere eenzijdigheid. De functiescheiding tussen onderzoek en boeteoplegging evenals de rol die de boetefunctionaris daarbij speelt, is dan ook bedoeld ter compensatie van deze onevenwichtigheid. Met andere woorden, de boetefunctionaris moet intern tegenwicht bieden.

De vraag is echter of de boetefunctionaris hierin voldoende voorziet, nu het zwaartepunt daar vooral ligt op een rechtmatigheidstoetsing van het voorgenomen boetebesluit. De boetefunctionaris zou zijn rol wel ruimer en kritischer mogen opvatten, bijvoorbeeld door nadrukkelijker stil te staan bij de passendheid en noodzaak van de voorgenomen boete (de opportuniteit naast de rechtmatigheid), wat dan ook expliciet tot uitdrukking zou moeten komen in de onderbouwing van het boetebesluit. Dit zou kunnen bijdragen aan de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van het besluit en de legitimiteit van de toezichthouder.

In het verlengde hiervan zou ook het externe tegenwicht dat de bestuursrechter biedt, verder mogen worden versterkt.<sup>520</sup> Mogelijk zou dat kunnen als de rechter zijn gebruikelijke terughoudendheid in het toetsen van het boetebesluit, in het geval van ernstiger overtredingen, wat verder laat varen. Bijvoorbeeld door nog meer 'volle elementen' toe te voegen aan die toetsing, op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. De toezichthouder zal hierop naar verwachting anticiperen en zich nog meer rekenschap geven van de onderbouwing van het boetebesluit.

---

<sup>519</sup> Dit komt neer op een ruimere toepassing van het evenredigheidsbeginsel zoals gesuggereerd door Gerards (2010). Zij suggereerde om elementen van deze 'driedelige evenredigheidsformule' (geschikt, noodzakelijk en proportioneel), die wordt toegepast door de Europese rechter, ook te benutten bij de beoordeling van (reguliere) bestuursbesluiten door de Nederlandse rechter. Dit zou ten goede kunnen komen aan de begrijpelijkheid van de rechterlijke argumentatie, aldus Gerards.

<sup>520</sup> Vergelijk Verhey en Verheij (2005, p. 314-316).

Voorwaarde is overigens wel dat er veel vaker beroep wordt ingesteld. Betrokkenen moeten zich niet laten weerhouden door de vermeende weerslag hiervan op de relatie met de toezichthouder.

#### *Terug naar het strafrecht?*

Menig criticus van de bestuurlijke boete hanteerde het strafrecht als referentiekader voor beoordeling van de bestuurlijke boete. Niettemin ben ik niet geneigd de oplossing, voor de door mijn geconstateerde tekortkomingen in de wijze waarop de bestuurlijke boete wordt toegepast, te zoeken binnen het strafrecht. Zo zal ik niet voorstellen de boetebevoegdheid weer onder te brengen binnen het strafrecht. Daarbij ben ik mij bewust van de aantrekkingskracht die uitgaat van de bestuurlijke strafbeschikking, die vergelijkbare doelmatigheidsvoordelen biedt als de bestuurlijke boete.

Waar het om gaat is dat de noodzakelijke compensatoire maatregelen worden getroffen om het gebruik van de boetebevoegdheid weer in balans te brengen. Deze maatregelen zijn zeer wel te treffen binnen de kaders van het bestuursrecht, door de financiële toezichthouders zelf. Daarvoor hoeft niet te worden teruggegrepen naar het strafrecht. Bovendien is het nog maar de vraag of afdoening door middel van de bestuurlijke strafbeschikking wél zo transparant is en in hoeverre binnen dat systeem wél voldoende tegenwicht wordt geboden, bijvoorbeeld door de officier van justitie.<sup>521</sup> Daarnaast komt uit het onderzoek niet zonder meer naar voren dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tekort schiet. Daarbij komt nog dat naar mijn inschatting het rechtspolitieke *point of no return* wat betreft de toepassing van de bestuurlijke boete al ruimschoots gepasseerd.

Kortom, de bestuurlijke boete kan een aanwinst zijn in de handhaving van het financieel toezichtrecht, mits doordacht en evenwichtig toegepast.

---

<sup>521</sup> Zo wordt de officier van justitie, in geval van verzet tegen bestuurlijke strafbeschikkingen voor milieu- en keurfeiten geacht zich terughoudend op te stellen en eerst te overleggen met het bevoegd gezag voordat hij een bestuurlijke strafbeschikking wijzigt of intrekt (Richtlijn bestuurlijke strafbeschikking milieu- en keurfeiten, *Stcr.* 2012, 8342, p. 14).

## Geraadpleegde publicaties

Aelen, M. (2012). De geheimhouding op scherp? *Tijdschrift voor Toezicht*, 2012/4, p. 65-71.

Aelen, M. (2013a). Voorzieningenrechter keurt opleggen van een persoonlijke boete door DNB aan een bestuurder goed. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2013/2, p. 59-64.

Aelen, M. (2013b). Terugkerende vragen bij naming en shaming door toezicht-houders. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2013/3, p. 91-98.

Aelen, M. (2014). *Beginnelsen van goed toezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op financiële markten* (dissertatie). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Aelen, M. & Van den Broek, M. (2014). De dubbele rol van het recht bij de effectiviteit van het financieel toezicht. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2014/1-2, p. 12-22.

Albers, C.L.G.F.H. (2000). De bestuurlijke boete. Magische lijn of hellend vlak? *JB Plus*, 2000/4, p. 138-152.

Albers, C.L.G.F.H. (2002). *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (dissertatie). Den Haag: SDU.

Albers, C.L.G.F.H. (2006). De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraving van een goede strafvordering. *Delikt en Delinkwent*, 2006/2, p. 17-38.

Albers, C.L.G.F.H. (2007). De Awb en het bestuursstrafrecht: de eenheid heeft haar grenzen. Over geforceerde rechtseenheid en wildgroei van boetestelsels. In: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, A.G.A. Nijmeijer & L.J.M. Timmermans (red.). *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing* (p. 383-402). Den Haag: Sdu,

Albers, C.L.G.F.H. (2014). Bestraffend bestuur 2014. In: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* Preadviezen voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 7-108). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Albers, C.L.G.F.H. & Schlössels, R.J.N. (2002). De bestuurlijke boete: een koe-koeksei in het bestuursprocesrecht? *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2002/7, p. 187-198.

Algemene Rekenkamer (2005). *Handhaven en gedogen*. Den Haag.

Appelman, M., Veldhuis, R. Sonneveld, J. Geleijnse, A. Veer, L. van 't & Gus-siko, K. (2013). *Boete-inkomsten ACM*. Den Haag: SIRM.

Autoriteit Financiële Markten (2008). *Jaarverslag 2007*, Amsterdam: AFM.

Autoriteit Financiële Markten (2009). *Jaarverslag 2008*, Amsterdam: AFM.

Autoriteit Financiële Markten (2010). *Jaarverslag 2009*, Amsterdam: AFM.

Autoriteit Financiële Markten (2011). *Jaarverslag 2010*, Amsterdam: AFM.

Autoriteit Financiële Markten (2012a). *Jaarverslag 2011*, Amsterdam: AFM.

Autoriteit Financiële Markten (2012b). Interview met Theodor Kockelkoren, be-stuurder AFM. *Inzicht*, 28, p. 2.

Autoriteit Financiële Markten (2013). *Jaarverslag 2012*, Amsterdam: AFM.

Batting, M.L, Boorsma, A.J. & Bruijn, de F.E. (2013). Rechtspraak (financieel) toezicht en handhaving in vogelvlucht. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2013/12, p. 425-432.

Beck, U. (1992) *Risk Society. Towards a new modernity*. London: Sage Publica-tions.

Beijering-Beck, A.C. (2012). Naming en shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht. In: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*. Preadviezen Jonge VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 53-110). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Beckers, J.J.H. (te verschijnen in 2015). *Tussen ideaal en werkelijkheid. Over de strafrechtelijke afdoening van organisatiecriminaliteit in Nederland* (dissertatie).

Beckers, J.J.H. & Erp, J. van (2012). Mediaberichten over witteboordencriminali-teit. *Tijdschrift voor Toezicht* 2012/1, p. 22-39.

Belinfante, A.D. (1957). Strafrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties. Preadvies. In: *De verhouding van administratieve sancties en straffen* (p. 7-44). Preadviezen VAR. Haarlem: Tjeenk Willink.

Berghuis, A.C. (2005). De bestuurlijke boete en het verlangen naar handhaving. *Justitiële verkenningen*, 31 (6), p. 30-34.

Bierens, B. (2012). Drie generaties zorgplichten. In: F.G.B. de Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.). *Gedurfde essays over financieel toezicht-recht* (p. 153-166). Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht. Deventer: Kluwer.

Blad, J.R. (2012). Handhaving van het recht. De oratie van L.H.C. Hulsman. *Strafblad*, 2012/6, p. 424-430.

Blotwijk, M.J. (2007). De bestuurlijke boete en de last onder dwangsom in de Wft. *Onderneming & Financiering*, 2007/75, p. 15-22.

Boer, Ph. & Kok, D. de (2009). Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties. Een toelichtende beschouwing bij de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel. *Nederlands Juristenblad*, 2009/11, p. 671-676.

Boorsma, A.J. & Wilkeshuis, K. (2011). Actuele ontwikkelingen op het terrein van de bestuurlijke boete. Een jurisprudentieoverzicht. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2011/1-2, p. 18-26.

Boorsma, A.J. & Bruijn, F.E. de (2012). Van informatievorderingen tot vroegtijdige publicatie; nieuwe ontwikkelingen in de jurisprudentie op het terrein van (financieel) toezicht en de bestuurlijke boete. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2012/9, p. 313-320.

Boots, M.P, Eisma, S.E. & Schoenmaker, D. (2010). De doelstellingen van de wet. In: D. Busch, D.R. Doorenbosch, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P Nieuwe Weme & W.A.K. Rank (red.). *Onderneming en Financieel toezicht* (p. 5-22). Deventer: Kluwer.

Borgers, M.J. (2009). Regulering en bestrijding van ondergronds bankieren. In: H. van de Bunt, H. & D. Siegel (red.). *Ondergronds bankieren in Nederland*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Bos, J.T.K. (1995). De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht. In: *Handhaving van het bestuursrecht* Preadviezen voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 119-168). Alphen aan de Rijn: Samsom Tjeenk Wilink.

Boutellier, J.H.J. (2002). *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangingen rond misdaad en straf*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Brants-Langeraar, C.H. (1990) Is economische criminaliteit wel criminaliteit? In: M. Wladimiroff (red.). *Facetten van economisch strafrecht* (p. 25-44). Arnhem: Gouda Quint.

Bröring, H.E. & Naves, H.K. (2010). Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht. In: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.). *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (p. 449-467). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Bröring, H.E. (2005). *De bestuurlijke boete*. Deventer: Kluwer.

Bröring, H.E. & Jurgens, G.T.J.M. (2006). De bestuurlijke boete is zo gek nog niet! *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2006/48, p. 340-348.

Bröring, H.E., Uijl, M. den, Tollenaar, A., Kwakman, N.J.M., & Keulen, B.F. (2012). *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*. Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, faculteit rechtsgeleerdheid.

Bröring, H.E. & van Vorselen, E.M. (2013). Lex certa en het financieel bestuursrecht. *JB Plus* 2013/3, p. 102-128.

Bunt, H.G. van de (1990). Is het strafrecht in de handhaving van het milieurecht ultimum remedium? In: M. Wladimiroff (red.). *Facetten van economisch strafrecht* (p. 85-104). Arnhem: Gouda Quint.

Bunt, H.G. van de (2006). Toezicht als onderzoeksdomein. In: L.J.J. Rogier & H. de Doelder (red.). *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht* (p. 203-211). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Bunt, H.G. van de (2012). Stilzwijgen onder toezichthouders. *Tijdschrift voor Cultuur & Criminaliteit* 2012/2, p. 47-63.

Bunt, H.G. van de, Spierenburg, P. & Swaaningen, R. van (2007). Toezicht houden. Over de dynamiek tussen criminaliteit en sociale controle in de moderne samenleving (p. 7-16). In: H.G. van de Bunt, P. Spierenburg en R. van Swaaningen. *Drie perspectieven op sociale controle* (oratie). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Buuren, P.J.J. van (1995). De bestuurlijke boete geregeld? In: *Van boeteatelier naar boetefabriek* (p. 41-58). Deventer: Kluwer.

Bijlsma, M., J. Klomp, J. & Duineveld, S. (2010). *Systemic risk in the financial sector*. CPB Document, 210. Den Haag: CPB.

Caria, V.Y.E. & Dijkhuizen, T.C.A. (2012). Bestaan open normen in de Wft nog wel? In: F.G.B. Graaf, R.H. Maatman en L.J. Silverentand (red.). *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht* (p. 183-200). Deventer: Kluwer.

Commissie Bestuursrechtelijke en Privaatrechtelijke Handhaving (1998). *Handhaven op Niveau*. Deventer: Tjeenk Willink.

Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving (1995). *Het recht ten uitvoer gelegd: oude en nieuwe instrumenten van de rechtshandhaving*. Den Haag: Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving.

Commissie onderzoek DSB Bank (2010). Rapport. Den Haag: Commissie onderzoek DSB Bank.

Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (1994). *Handhaving door bestuurlijke boeten*. Den Haag: Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten.

Cortens, G.J.M. (1984). Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving? Preadvies. *Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen Vereniging* (p. 1-126).

Corstens, G.J.M. (1995). *Een stille revolutie in het strafrecht*. Arnhem: Gouda Quint.

Corstens, G.J.M. (2000). Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb. *Nederlands Juristenblad*, 2000/24, p. 1185-1190.

Corstens, G.J.M. (2001). Bestuurlijke boetes, in het bijzonder in het financiële recht. *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 2001/7-8, p. 242-247.

Corstens, G.J.M. & Limborgh, W.M. (2011). Inperkingen van het rechterlijk domein In: F.W. Bleichrodt, F.W., J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.) *De rechter in het geding. Liber amicorum J.P. Balkema*. Deventer: Kluwer.

Crijns, J. (2012). Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum? *Ars Aequi*, 2012/1, p. 11-18.

Crijns, J. (2013). *Stuurloos strafrecht* (oratie). Leiden.

Daalder, E.J. (2011). Interne onafhankelijkheid binnen de boezem van toezicht houdende organisaties. Over de positie van bestuurders bij het nemen van boe-tebesluiten. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2011/3, p. 51-60.

Daalder, E.J. (2012). Juridisering van het toezicht. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2012/1, p. 3-6.

Daalder, E.J. (2013). Reactie op de inleiding van mr G.P. Roth, gehouden bij gelegenheid van het Ondernemingsrecht diner op 6 juni 2013 te Amsterdam. *Ondernemingsrecht* 2013/12, p. 441-444.

Degenkamp, J.Th. (2013). De zegeningen van teugelloos topbankieren. *Nederlands Juristenblad*, 2013/14, p. 887-890.

De Nederlandsche Bank (2006). *Visie DNB toezicht 2006-2010*, Amsterdam – Apeldoorn: DNB.

De Nederlandsche Bank (2008). *Jaarverslag 2007*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2009). *Jaarverslag 2008*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2010a). *Jaarverslag 2009*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2010b). *Van analyse naar actie. Plan van aanpak cultuurverandering toezicht DNB*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2010c). Groot gat tussen wens en werkelijkheid. *DNB Magazine*, 4, p. 27-29.



De Nederlandsche Bank (2011a). *Jaarverslag 2010*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandse Bank (2011b). Interview DNB-president Klaas Knot. *DNB Magazine*, 4, p. 9-13.

De Nederlandsche Bank (2012a). *Jaarverslag 2011*. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2012b). Dossier: Dertig jaar DNB. *DNB Magazine*, 2, p. 13-19.

De Nederlandsche Bank (2012c). ZBO-verantwoording 2011. Amsterdam: DNB.

De Nederlandsche Bank (2013). ZBO-verantwoording 2012. Amsterdam: DNB.

Diekman, P. (2013). Gezocht: legitiem, effectief en vertrouwen wekkend toezicht. In: *Open normen in gevuld. De wetgevende macht van de toezichthouder* (congresbundel) (p. 5-9). Rotterdam: Erasmus Academie, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Van Dijck, G. (2011). Empirical Legal Studies. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 142 (6912). p. 1105-1112.

Docters van Leeuwen, A.W.H. (2010). Wanneer vallen we in de kloof der verwachtingen? *Tijdschrift voor Toezicht*, 2010/2, p. 52-54.

Doelder, H. de (1990). Van strafrecht naar administratief recht In: H. de Doelder, L.J.J. Rogier & P.M. van Russen Groen (red.). *De wet Mulder in perspectief. Van strafrecht naar administratief recht* (p. 85-94). Arnhem: Gouda Quint.

Doelder, H. de (1994). Handhaving door economische regelgeving. In: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (Red). *Opstellen over bestuursstrafrecht* (p. 205-216). Arnhem: Gouda Quint.

Doorenbos, D.R. (2000). Vroeger kon je lachen In: D.R. Doorenbos (red.). *Voor-kennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*. (p. 1-12). Deventer: Kluwer.

Doorenbos, D.R. (2007). *Naming & Shaming* (oratie). Deventer: Kluwer.

Doorenbos, D.R. (2009). Nieuw boetestelsel financiële wetgeving. *Onderne-mingsrecht*, 2009/128, p. 538-545.

Doorenbos, D.R. (2010). Strafrecht baat niet, schaadt wel. *Markt & Mededinging* 2010/5, p. 167-175.

Doorenbos, D.R. & Doets, C.A. (2008). Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – Maximum overdrive. *Ondernemingsrecht*, 2008/147, p. 507-514.

Duijkersloot, A.P.W. (1998). De introductie van de bestuurlijke boete en de dwangsom in de financiële toezichtwetgeving. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 1998/7, p. 199-209.

Duijkersloot, A.P.W. (2007). *Toezicht op gereguleerde markten*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Duyne, P.C. van & Kwanten C.H.N. (2004). *Handhaven: eerst kiezen, dan doen. Juridische grenzen en mogelijkheden*. Den Haag: Expertisecentrum Rechts-handhaving.

Emmerik, M.L. van & Saris, C.M. (2014). Evenredige bestuurlijke boetes In: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* Preadviezen voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 109-204). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Espinosa-Vega, M.A., Kahn, Ch. Malta, R. & Solé, J. (2011). *Systemic Risk and Optimal Regulatory Architecture*. IMF Working Paper 11/193. Te raadplegen via: [www.imf.org](http://www.imf.org).

Eersel, M. van (2013). *Handhaving in de financiële sector*. Deventer: Kluwer.

Erp, J.G. van (2009). *Naming en shaming in het markttoezicht. Een onderzoek naar de openbaarmaking van sancties op de financiële markt*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Erp, J.G. van (2010). Regulatory disclosure of offending companies in the Dutch financial market. *Law & Policy*, 32 (4), p. 407-433.

Erp, J.G. van & Ewijk, M.D. van (2005). *Werklast bestuurlijke boete. Determinanten van de werkbelasting in de bestuursrechtspleging*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers en WODC.

Erp, J., van, Huisman, W. Bunt, H.G. van de & Ponsaers, P. (2008). Toezicht en Compliance. *Tijdschrift voor Criminologie* 50 (2), p. 83-94.

Erp, J.G. van & Mein, A.G. (2013). *Evaluatie actieve openbaarmaking toezicht-rapporten IGZ*. Rotterdam: Erasmus School of Law/Utrecht: Verwey-Jonker Instituut.

Erve, H.T. van de (2011). Zorgplicht en de verplichting tot voorkoming van overkreditering. In: R. Stijnen & R. Kruisdijk (red.). *Zorgplicht en financieel toezicht* (p. 111-122). Deventer: Kluwer.

Es, A.J. van & Verrest, M.E.J. (2013). Besluitvorming omtrent handhaving. In: D.R. Doorenbos, en M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw* (p. 97-112). Deventer: Kluwer.

Evaluatiecommissie nationalisatie SNS Reaal (2014). Rapport. Amsterdam: Evaluatiecommissie nationalisatie SNS Reaal.

Garland, D. (2001). *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Oxford: Oxford University Press.

Gerards, J.H. (2010). Het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, lid 2 Awb en het Europees recht. In: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.). *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht* (p. 73-113). Deventer: Kluwer.

Graaf, F.G.B. & Stegeman, R.A. (2007). *Wet op het financieel toezicht. Tekst & Toelichting*. Deventer: Kluwer.

Gritter, E., Knigge, G. & Kwakman, N.J.M. (2005). *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers/Groningen: Rijksuniversiteit Groningen.

Groot, J.F. de & Nuyten, S.M.C. (2006). Bestuurlijke boete en criminal charge. In: S.C.J.J. Kortmann, F.J.P. van den Ingh & M.P. Nieuwe Weme (red.). *10 jaar JOR. Alsnog geannoteerd* (p. 59-79). Den Haag: Sdu Uitgevers.

Grundmann-Van de Krol (2012). *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Grundmann-van der Krol, C.M. (2013). Preview onderneming en strafrecht. In: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw*. (p. 1-27). Deventer: Kluwer.

Gutwirth, S. & Hert, P. de (2001). Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. *Delikt en Delinkwent*, 2001/31, p. 1048-1087.

Hart, A.C. 't & Foqué, R. (1990). *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*. Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint.

Hartmann, A.R. (2004). Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven? *Nederlands Juristenblad*, 2004/21, p. 1068-1073.

Hartmann, A.R. (2005). Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving? Het straffend bestuur. *Justitiële verkenningen*, 31 (6), p. 84-96.

Hartmann, A.R. (2011). *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*. (oratie). Apeldoorn/Antwerpen: Maklu.

Hartmann, A.R. (2013). De bestuurlijke boete. In: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw* (p. 227-249). Deventer: Kluwer.

Hartmann, A.R. & Russen Groen, P.M. van (1994). Van strafrecht naar bestuursrecht: de derde decriminaliseringsgolf? In: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.). *Opstellen over bestuursstrafrecht*. (p. 61-79). Arnhem: Gouda Quint.

Hartmann, A.R. & Russen Groen, P.M. van (1998). *Contouren van het bestuursstrafrecht* (dissertatie). Gouda Quint.

Hartmann, A.R. & Rogier, L.J.J. (2004). Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb. *Nederlands Juristenblad*, 2004/36, p. 1877-1882.

Hartmann, A.R. & Verloop, P. (2008). Conceptwetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving gewogen. In: J. de Bruin (red.). *Jaarboek Compliance 2008* (p. 79-88). Nieuwerkerk aan de IJssel: Gelling Publishing.

Hartmann, A.R. & Keupink, B.J.V. (2011). Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in de financiële toezichtwetgeving. In: R. Stijnen & R. Kruisdijk (red.). *Zorgplicht en financieel toezicht* (p. 85-110). Deventer: Kluwer.

Heide, M.F.S. ter & Lange, A. de (2009). Een integer financieel verkeer kan niet zonder een strafrechtelijke bescherming. *Strafblad* 2009/6, p. 515-530.

Hildebrandt, M. (2002). *Straf(begrip) en procesbeginsel. Een onderzoek naar de betekenis van straf en strafbegrip en de waarde van het procesbeginsel naar aanleiding van de consensuele afdoening van strafzaken.* (dissertatie). Rotterdam: Sanders Instituut en Kluwer.

Hiskes-Willemsse, M.E.A. (2012). Toezichthouders en de kleinere beleggingsonderneming. *Tijdschrift voor Compliance*, 2012/1, p. 15-17.

Hoff, G.T.J. (2010). Marktmisbruik. In: D. Busch, D.R. Doorenbosch, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P Nieuwe Weme & W.A.K. Rank (red.). *Onderneming en Financieel toezicht* (p. 719-754). Deventer: Kluwer.

Hoogeboom, A.B. (2004). Zeven toezicht- en handhavingsplagen. *Het Tijdschrift voor de Politie*, 65 (5), p. 4-10.

Houdijker, F.M.J. den (2006). Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning? In: *Bestuurlijke punitieve sancties*. Preadviezen voor de jonge VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 11-49). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Hullu, J. de (2009). *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht.* Deventer: Kluwer.

Hulsman, L.H.C. (1965). *Handhaving van het recht* (oratie). Deventer/Antwerpen: Kluwer.

Hurk, A.J.A.D van den (2010). Financiële dienstverleners. In: D. Busch, D.R. Doorenbosch, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P Nieuwe Weme & W.A.K. Rank (red.). *Onderneming en Financieel toezicht* (p. 507-540). Deventer: Kluwer.

Jansen, O.J.D.M.L. (1999). *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (dissertatie). Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Jansen, O.J.D.M.L. (2003). Bestuurlijke leedtoevoeging, duivenhokken en lachen zonder voorwetenschap. Beschouwingen naar aanleiding van drie jaar boeten en dwangsommen in het financieel bestuursrecht. *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht*, 2003/3, p. 63-76.

Jansen, O.J.D.M.L. (2004). Bestraffend bestuursrecht. Voort met de bestuurlijke boete! *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht*, 2004/2, p. 53-61.

Jansen, O.J.D.M.L. & Hazewindus, W.G.A. (1995). De bestuurlijke boete in de derde tranche In: O.J.D.M.L. Jansen & W.G.A. Hazewindus (red.) *Van boeteatelier naar boetefabriek* (p. 1-14). Deventer: Kluwer.

Jasiak, A. & Grimbergen, R. (2011). Naar een eenduidig sanctiestelsel. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2011/6, p. 278-281.

Jong, M.A.D.W. de (2004). De opgetuigde burgemeester. Over de uitbreiding van de bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde. *De Gemeentestem*, 2004/196.

Jong, M.A.D.W. de (2007). De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht? In: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*. Preadvies VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 59-120). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Jong, B. & Olden, P. (2006). Rechtspraak effectenrecht. *Ondernemingsrecht*, 2006/6, p. 246-248.

Jong, A.T.J. de & Feiertag, B.J. (2007). Nieuw boetestelsel in de financieel toezicht wetgeving. *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2007/7-8, p. 224-228.

Jong, C.J. de (2011). *De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke positie van de verzekeringstussenpersoon en de gevolgmachtigd agent, hun rol in het financiële dienstverleningsproces en de voor hen geldende gedragsregels* (dissertatie). Baarle-Nassau: De Jong.

Jurgens, G.T.J.M. (2006). *Harmoniseren of integreren? De strafbeschikking en de bestuurlijke boete vergeleken*. Preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid (p. 21-70). Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Jurgens, G.T.J.M. (2007). *Het wetsvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving*. Preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid (p. 21-76). Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Jurgens, M. & Haentjes, R.C.P. (2011). Opzet in het financiële strafrecht In: M. Jurgens & R.C.P. Haentjes (red.). *Fraude op financiële markten* (p. 3-27). Deventer: Kluwer.

Keulen, B. (2013) Integratie van de bestuurlijke boete in het strafrecht. *Verkeersrecht*, 2013/1, 4-5.

Klap, A.P. (2012). Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid? *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 2012/9, p 322-335.

Knigge, G. (2000). De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2000/3, p. 83-96.

Knigge, G. (2001). De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht. In: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.). *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport onderzoeksprojecten Strafvordering 2001* (p. 93-124). Deventer: Gouda Quint.

Kockelkoren, Th. (2013). Toezicht en Macht. In: *Open normen in gevuld. De wetgevende macht van de toezicht* (Congresbundel) (p. 40-51). Rotterdam: Erasmus Academie, Erasmus Universiteit Rotterdam.

Koning-De Jong, E.M. de (1994). Het rapport 'Handhaving door Bestuurlijke Boeten' op de keper beschouwd. In: H. de Doelder & L.J.J. Rogier (red.). *Opstellen over bestuursstrafrecht*. (p. 61-78). Arnhem: Gouda Quint.

Kortleven, W.J. (2013). *Voorzorg in Nederland. Ontwikkelingen in de maatschappelijke omgang met kindermishandeling, verkeersonveiligheid en genetisch modificatie* (dissertatie). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.

Kraaijeveld, R. (2009). *Publiekrechtelijke handhaving van de Wet op het financieel toezicht. Een onderzoek naar de mogelijkheid om de Wet op het financieel toezicht uitsluitend bestuursrechtelijk te handhaven* (Masterscriptie). Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam.

Kwakman, N.J.M. (2006). De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2006/47, p. 331-339.

Lamp, R.M.I. (2011). De Wet op het financieel toezicht. In: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman (red.). *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaaleconomisch en fiscaal recht in Nederland* (p. 241-274). Den Haag: Boom Lemma uitgevers.

Lamp, R.M.I. (2014). *Denken over toezicht en straf na de financiële crisis* (oratie).

- Lange, A. de (2004). Straffen buiten het strafrecht om. *Strafblad* 2004/3, p. 179-197.
- Leeuw, F. & Willemsen, F. (2006). Toezicht en inspectie: trends, kosten en baten. *Nederlands Juristenblad*, 2006/37, p. 2108-2116.
- Leliveld, J.T.C. (2009). Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2009/5-6, p. 218-223.
- Leliveld, J.T.C. (2011). Nadere toelichting op handhavingsbeleid AFM en DNB. Een duidelijke boodschap en een gemiste kans. *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2011/7-8, p. 237-239.
- Lieverse, C.W.M. (2013). Ongebruikt maakt onbemind: bespiegelingen over nut en noodzaak van de generieke zorgplicht van artikel 4:24a Wft. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2013/7-8, p. 224-226.
- Linden, J. van der (2008). *Zitten, luisteren en schikken. Rechtvaardigheid en doelbereik bij de comparitie na antwoord*. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Markttoezichthoudersberaad (2013). *Criteria voor goed toezicht. Visie Markttoezichthoudersberaad*. ACM, AFM, CPB, DNB, Kansspelautoriteit en NZa.
- Mein, A.G. (2010a). Voorzorg en bestuurlijke handhaving. In: M. Hildebrandt & R. Pieterman (red.). *Zorg om voorzorg* (p. 65-76). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Mein, A.G. (2010b). Uitbreiding bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid. Een versterking of verzwakking van de positie van de burgemeester? *Tijdschrift voor Veiligheid*, 9 (3), p. 34-44.
- Mertens, F.J.H. (2006). *Toezicht in een polycentrische samenleving* (oratie). TU Delft.
- Mertens, F.J.H. (2011). *Inspecteren. Toezicht door inspecties*. Den Haag: Sdu uitgevers.
- Meulen, B.M.J. van der (2003). Marktautoriteiten. Aanzet tot een rechtsvergelijking. In: *Toezicht op markten*. Preadvies VAR, vereniging voor bestuursrecht (p. 13-130). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Mevis, P.A.M. (2004) Strafbeschikking OM, WAHV en kleine ergernissen. *Delikt en Delinkwent*, 2004/24, p. 353-368.



Mevis, P.A.M. (2005). Bestuurlijke boete in Absurdistan. *Ars Aequi*, 2005/7-8, p. 580-587.

Michiels, F.C.M.A. (1994). *De boete in opmars?* Oratie. Zwolle: Tjeenk Willink.

Michiels, F.C.M.A. (1995). Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling. In: *Handhaving van het bestuursrecht* (p. 7-118). Preadvies VAR, vereniging voor bestuursrecht. Alphen aan de Rijn: Samsom Tjeenk Willink.

Michiels, F.C.M.A. (1999). Het handhavingstekort en de bestuurlijke boete. In: H. de Doelder, M.E. de Meijer & D. Otto (red.). *De bestuurlijke boete in perspectief* (p. 63-76). Arnhem: Gouda Quint.

Michiels, F.C.M.A. (2005). De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten. *Justitiële verkenningen* 31 (6), p. 60-72.

Michiels, F.C.M.A. (2007). Naming en shaming in het markttoezicht. *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2007/3, p. 85-95.

Michiels, F.C.M.A. (2009). Bestraffende bestuurlijke handhaving onder Awb-IV. *Trema*, 2009/7, p. 282-288.

Michiels, F.C.M.A. (2012). Bewegingen in het handhavingrecht. *JB Plus* 2002/2, p. 167-179.

Michiels, F.C.M.A. & Waard, B.W.N. de (2007). *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk punitieve sancties*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (2005). *Minder last, meer effect. Zes principes van goed toezicht*. Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken.

Ministerie van Financiën (2010a). *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren. Onderzoek naar de B.W.N. de effectiviteit en doelmatigheid van de wet*. Den Haag: Ministerie van Financiën.

Ministerie van Financiën (2010b). *Doelmatigheid en doeltreffendheid van de toezichthouders AFM en DNB. Verslag op basis van artikel 1:44, eerste lid, Wet op het financieel toezicht*. Den Haag: Ministerie van Financiën.

Ministerie van Financiën (2010c). *Doelmatigheid en doeltreffendheid DNB. Verslag op basis van artikel 1:44, eerste lid, Wet op het financieel toezicht*. Den Haag: Ministerie van Financiën.

Ministerie van Justitie (1990). *Recht in beweging, een beleidsplan voor Justitie in de komende jaren*. Den Haag: Ministerie van Justitie.

Ministerie van Justitie (1991). *Met vaste hand. Verbetering van de kwaliteit van de rechtshandhaving*. Den Haag: Ministerie van Justitie.

Ministerie van Justitie (1993). *Strafvordering in balans*. Den Haag: Ministerie van Justitie.

Moor-van Vugt, A.J.C de (1994). *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief (dissertatie)*. Tilburg: Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken.

Moor-Van Vugt, A.J.C. de, Perron, C.E. du & Krop, P.J. (2009). *De bevoegdheden van DNB inzake Icesave*. Amsterdam: Universiteit van Amsterdam.

Mulder, A. (1957). De verhouding van administratieve sancties en straffen. In: *De verhouding van administratieve sancties en straffen*. Preadviezen VAR (p. 45-85). Haarlem: Tjeenk Willink.

Mulder, A. (1994). De bestuurlijke boete als middel tot bestrijding van economische delicten. *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 1994/4, p. 219-235.

Muller, E.R., Rogier, L.J.J. & Kummeling, H.R.B.M (2007). *Bestuur, recht en veiligheid: bestuursrechtelijke bevoegdheden voor openbare ordehandhaving en terrorismebestrijding*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Nieuwenhuijsen, P. (2012). 'Opsporing begint onderop'. Interview met P. Tops. *Binnenlands Bestuur*, 21 december 2012, p. 24-27.

Nieuwe Weme, M.P. & Stevens, T.M. (2008). Openbaarmaking van koersgevoelige informatie. In: D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann & M.P. Nieuwe Weme (red.). *Handboek Marktmissbruik* (p. 175-276). Deventer: Kluwer.

Nuyten, S.M.C. & Affourtit, V.H. (2004). Over boetes, bestuursdwang en dwangsommen. In: F.B. Falkema, M.E. Koppenol-Laforce & A.T. Ottow (red.). *Markten onder toezicht* (p. 47-62). Deventer: Kluwer.

Onneweer, A.W. (1997). *Effecten van bestuurlijke boetes. Een vergelijking van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving van verkeersvoorschriften* (dissertatie). Deventer: Kluwer.

Opbergen, N.A. van (2013). De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft. *Onderneming en Financiering*, 2013/2, p. 20-32.

Ottow, A. (2009). *De markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht* (oratie). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Ottow, A.T. & Robben, P.B.M. (2012). De toezichthouder als koorddanser. *Tijdschrift voor toezicht*, 2012/3, p. 32-35.

Ottow, A. & Cock Buning, M. de (2013). Juridische ruggengraad toezicht mag niet ontbreken. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2013/4, p. 33-38.

Oude Vrielink, M. & Waard, B. de (2012). Van besluit tot beslechting: ervaringen van burgers met de bezwaarschriftprocedure. *Recht der Werkelijkheid* 32 (1), p. 26-46.

Packer, H.L. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press.

Pasaribu, A.A. (2004). Chinese Walls en de AFM. *Nederlands Juristenblad*, 2004/33, p. 1697-1699.

Pennarts, H.F.T. (2008). *Beginselen van behoorlijk bestuur*. Apeldoorn-Antwerpen: Maklu.

Peppel, R. van de (2006). Het handhavingstekort. In: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller. *Handhaving, bestuurlijk handhaven in Nederland* (p. 163-174). Deventer: Kluwer.

Perrick, S. (2010). Melding van zeggenschap en kapitaalbelang. In: D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme & W.A.K. Rank (red.). *Onderneming en Financieel toezicht* (p. 681-718). Deventer: Kluwer.

Peters, J.A.F. (2006). Functiescheiding als feit of norm? In: S.C.J.J. Kortmann, F.J.P. van den Ingh & M.P. Nieuwe Weme (red.). *10 jaar JOR. Alsnog geannoteerd* (p. 119-126). Den Haag: Sdu Uitgevers.

Peters, R. (2013). *The preventive gaze. How prevention transforms over understanding of the state* (dissertatie). Den Haag: Eleven International Publishing.

Pietermaat, E.C. (2009). Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten. *JB plus*, 2009/4, p. 245-256.

Raas, R.P. (2008). Marktmanipulatie. In: D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann & M.P. Nieuwe Weme (red.). *Handboek Marktmisbruik* (p. 141-174). Deventer: Kluwer.

Reijntjes, J.M. (2004). Bestrafing buiten de rechter om. Wat is er mis met de transactie? *Ars Aequi*, 2004/7-8, p. 552-560.

Rikmenspoel, M.J.H.T. (1994). De bestuurlijke boete: traditie, trend en toekomst. *De Gemeenstem*, p. 321-325.

Rogier, L.J.J. (2001). *Straffend bestuur* (oratie). Arnhem: Gouda Quint.

Rogier, L.J.J. (2006). *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Rogier, L.J.J. (2007). De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van de strafrecht naar bestuursrecht. In: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (p. 7-58). Preadvies VAR, vereniging voor bestuursrecht. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Rogier, L.J.J. (2009). De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking. Twee magische lijnen verschoven. *Nederlands Juristenblad*, 2009/25, p. 1560-1566.

Rogier, L.J.J. (2010). Bestrafende sancties in de Awb. In: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.) *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (p. 519-534). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Roording, J.F.L. (1994). *Sanctierecht in de belastingen en sociale zekerheid* (dissertatie). Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Roording, J.F.L. (2011). Met beleid bestraffen. In: R.C. van Houten (red.) *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete* (p. 7-20). Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Roos, Th. A. de (1987). *Strafbaarstelling van economische delicten* (dissertatie). Arnhem: Gouda Quint.

Roth, G.P. (2006). De publicatie van waarschuwingen en boetes onder de Wft. *Ondernemingsrecht* 2006/4, p. 149-154.

Roth, G.P. (2008). Compliance, een illusie? Over de kenbaarheid van de norm (p. 85-96). In: Jurgens, M. en R. Stijnen (red.). *Compliance in het financieel toezichtrecht*. Rotterdam: Kenniscentrum Financieel en Economisch Recht, Rechtbank Rotterdam

Roth, G.P. (2009). De toezichtbevoegdheden van de AFM en DNB. Op zoek naar de grenzen van de schier teugelloze. *Ondernemingsrecht* 2009/12, p. 492-500.

Roth, G.P. (2013a). Publicatie van sancties. In: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw* (p. 251-268). Deventer: Kluwer.

Roth, G.P. (2013b). Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders. *Ondernemingsrecht*, 2013/12, 438-440.

Ru, H.J. de & Peters, J.A.F. (2000). Toezicht als nieuwe vorm van overheidsbemoediging ingekaderd. In: H.J. de Ru, H.J. & J.A.F. Peters (red.). *Toezicht en regulering van nieuwe markten. Opstellen over de juridische aspecten van regulering* (p. 3-17). Den Haag: Sdu Uitgevers.

Russen Groen, P. van & Wulp, M. van der (2013). Toedeling van handhaving. In: E. Bleichrodt, A. Hartmann, P. Mevis, L. Rogier & B. Salverda (red.). *Onbegrensd strafrecht. Liber Amicorum Hans de Doelder* (p. 225-239). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.

Sachse, H.J. (2013). Normoverdragend gesprek en waarschuwingsbrief. In: D.R. Doorenbos, & M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw* (p. 395-408). Deventer: Kluwer.

Sachse, H.J. & Roepnarain, J.S. (2012). Het leerstuk van het pleitbaar standpunt in het financieel recht. In: F.G.B. de Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.). *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht*. (p. 201-213). Deventer: Kluwer.

Sackers, H.J.B. (2010). *Herder, hoeder en handhaver. De burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht* (oratie). Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen.

Sandee, R. (2009). Hoogleraar biedt tegengas aan wetgever. Interview met H. Sackers, 18 maart 2009. *Staatscourant* 2009/11, p. 2.

Saris, Ch.M. (2012). De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls? *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2012/4, p. 103-110.

Schaffmeister, D. (1995). Handhaving van bestuursrecht door boete of straf? In: O.J.D.M.L. Jansen & W.G.A. Hazewindus (red.). *Van boeteatelier naar boetefabriek* (p. 59-82). Deventer: Kluwer.

Scheltema, A.H. & Scheltema, M. (2009). *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis*. Preadvies voor de Vereniging van Effectenrecht 2009. Kluwer, Deventer.

Scheltema, M. (2010). *Toetsing onderzoek deskundigheid en betrouwbaarheid voormalig bestuurders DSB-Bank*, Den Haag.

Schermer, W.M. (2012). Het handhavingsbeleid, een overzicht. *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2012/12, p. 466-471.

Schlössels, R.J.N. & Zijlstra, S.E. (2010). *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deventer: Kluwer.

Schueler, B.J. (2004). Marktautoriteiten in een democratische rechtsstaat. In: F.B. Falkema, M.E. Koppenol-Laforce & A.T. Ottow (red.). *Markten onder toezicht* (p. 13-28). Deventer: Kluwer.

Schuilenburg, M. & Swaaningen, R. van (2013). Veiligheid in een laatmoderne cultuur. *Tijdschrift voor Cultuur en Criminaliteit*, 2013/2, p. 109-122.

Sillen, J.J.J. (2014). Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet. Rechtsgeleerd magazijn *Themis*, 2014/1, p. 26-37.

Sluiter, I., Vries, F. de & Kraaijeveld, R.P.A. (2009). Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving; flexibel, afschrikwekkend én effectief? *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2009/5-6, p. 210-217.

Spithoven, R., Graaf, G. de & Boutellier, H. (2012). Geen angst, maar onbehagen. *Tijdschrift voor veiligheid*, 11 (3), p. 38-56.

Stijnen, R. (2009). Compliance en de poortwachtersfunctie van trustkantoren. In: M. Jurgens & R. Stijnen (red.). *Compliance in het financieel toezichtrecht* (p. 157-179). Rotterdam: Kenniscentrum Financieel en Economisch Recht, Rechtbank Rotterdam.

Stijnen, R. (2011b). *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (dissertatie). Deventer: Kluwer.

Stijnen, R. (2014). Het nationale recht en de toegang tot de nationale rechter. In: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Etekoven, V. Mul, R. Stijnen & M.F.J.M. de Werd. *Adequate rechtsbescherming bij grondwetbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak* (p. 55-134). Deventer: Kluwer.

Stokkom, B. Van (2004). *Handhaven: eerst kiezen, dan doen. Sociaal-wetenschappelijke mogelijkheden en beperkingen*. Den Haag: Ministerie van Justitie.

Tex, A.E. den & Duijvenbode, M.L. van (2012). De vaagheid van de open normen in de Wft. In: F.G.B. de Graaf, R.H. Maatman & L.J. Silverentand (red.). *Gedurfde essays over financieel toezichtrecht* (p. 167-182). Deventer: Kluwer.

Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel. (2010) *Verloren krediet*. Den Haag: Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel.

Tillema, A.J.P. (2000). Het toezicht op de financiële sector. *Nederlands Juristenblad*, 2000/24, p. 1197-1203.

Tuinstra, H.C. & Giphart, N.M. (2013). Zorgplicht bij hypotheekadvies en hypotheekverstrekking. *Tijdschrift voor financieel recht*, 2013/9, p. 293-301.

Tuyll, C.F.J. van (2012). Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod. *Onderneming en Financiering*, 2012/2, p. 30-38.

Verheij, N. (1999). Het wetgevingsbeleid inzake bestuurlijke boeten. In: H. de Doelder, M.E. de Meijer & D. Otto (red.). *De bestuurlijke boete in perspectief* (p. 21-38). Arnhem: Gouda Quint.

Verhey, L.F.M. & Verheij, N. (2005). De macht van de marktmeesters. Markttoezicht in constitutioneel perspectief. In: *Toezicht*, Preadvis NJV (p. 135-332). Deventer: Kluwer.

Vletter-van Dort, H.M. (2013). Doorlopend toezicht. In: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.). *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wft en Pw* (p. 29-49). Deventer: Kluwer.

Vlies, I.C., van der & Spanje, J.H.P. van (2004). *Checks, balances, public governance* en de AFM. *Nederlands Juristenblad*, 2004/27, p. 1340-1344.

Vries, F. de (2004). Het bestuurlijke sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving. Blijft er nog iets te wensen voor de financiële toezichthouders? *Tijdschrift voor onderneming en strafrecht*, 2004/5, p. 150-158.

Vries, F. de (2005). *De bestuurlijke boete in de Douanewet* (dissertatie). Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer.

Waard, B.W.N. de (2010). De matigende rechter. In: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.) *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (p. 469-486). Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Waarden, F. van (2006). Werk in een wantrouwende wereld. Omvang en oorzaken van een uitdijende controle-industrie. *B en M, Tijdschrift voor Beleid, Politiek en Maatschappij*, 33 (4), p. 232-252.

Wattel, P.J. (1995). Enige opmerkingen over de bestuurlijke boete, mede uit fiscale hoek. In: O.J.D.M.L. Jansen & W.G.A. Hazewindus (red.). *Van boeteatelier naar boetefabriek* (p. 165-184). Deventer: Kluwer.

De Werd, M.F.J.M. (2014). Conclusies en observaties. In: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettehoven, V. Mul, R. Stijnen & M.F.J.M. de Werd. *Adequate rechtsbescherming bij grondwetbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak* (p. 55-134). Deventer: Kluwer.

Wesseling, R. (2010). *De kartelhel* (oratie). Amsterdam: Vossiuspers UvA.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (1988). *Rechtshandhaving. Rapporten aan de Regering*, 35. Den Haag: Staatsuitgeverij.



Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2002). *De toekomst van de nationale rechtsstaat*. Rapporten aan de Regering, 63. Den Haag: Staatsuitgeverij.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2013). *Toe zien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*. Rapporten aan de Regering, 89. Den Haag: Amsterdam University Press.

Wiewel, P.G. (2001). *Rechtsbescherming tegen bestraffing. Een onderzoek naar de rechterlijke toetsingsgronden bij het opleggen van bestuurlijke boeten en de vergelijkbare beslissingen in strafzaken* (dissertatie). Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Wijk, H.D. van, Konijnenbelt, W. & Male, R. van (2011). *Hoofdstukken van bestuursrecht*. Amsterdam: Reed Business.

Willemsen, F., Leeuw, F. & Leeuw, B. (2008). Toezicht en inspectie in maten en soorten. *Tijdschrift voor Criminologie*, 50 (2), p. 96-113.

Wingerde, C.G. van (2012). *De afschrikking voorbij. Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regel naleving in de Nederlandse afvalbranche* (dissertatie). Nijmegen: Wolf Legal Publishers.

Witberg, T. (2011). Sanctiestelsel. Naar een eenduidig handhavingstelsel. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2011/6, p. 274-278.

Wladimiroff, M. (1990). Hoe apart is economisch strafrecht, een evaluatie In: M. Wladimiroff (red.). *Facetten van economisch strafrecht* (p. 183-195). Arnhem: Gouda Quint.

Woude, M.A.H. van der (2012). *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (dissertatie). Den Haag: Boom Juridische uitgever.

Wulp, M.T. van der (2009). *Trustkantoren in Nederland. Trustdienstverlening en misbruik*. Rotterdam: Erasmus Instituut voor Toezicht & Compliance.

Wulp, M.T. van der (2010). Verscherping van het toezicht op trustkantoren. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2010/3, p. 30-50.

Wulp, M.T. van der (2012). *Regulering van de Nederlandse trustsector. Strafrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving betreffende trustkantoren*. (dissertatie). Zeist: Uitgeverij Kerckebosch.

Zwoferink, I. & Pomeroy, M.J. van (2013). De bestuurlijke boete voor marktmisbruik overtredingen; een level playing field? *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2013/5, p. 135-142.

## Summary

### Off-Balance Fines

#### Using administrative fines in financial supervision

The focus of this study is on the use of administrative fines in financial supervision. Administrative fines are punitive sanctions. Since 2000 financial regulators Netherlands Authority for the Financial Markets ['AFM'] and De Nederlandsche Bank ['DNB'] have the power to impose such sanctions for offences against financial regulatory legislation.

#### *Enforcement Deficit Reason for Administrative Fine*

The introduction of the administrative fine was the policy response to the so-called enforcement deficit in socio-economic regulatory legislation, of which financial regulatory legislation might be considered part. Although offences against those laws should be settled under criminal law, they were piling up. Investigating and prosecuting such offences were gradually losing priority. On the whole the comparatively labour-intensive criminal law system was considered less suitable for the minor and frequent offences against these laws. The enforcement deficit, however, had to be made up as it affected public authority and compliance by the government and the corporate sector.

As regulators may impose administrative fines without prior judicial review, the fines were seen as an effective alternative to criminal law, which is more labour-intensive as (in principle) the criminal court judge imposes the fines. The introduction of the administrative fine, therefore, was in line with the government's current ideas on efficiency, with a predominantly instrumental approach to law. As a result, new statutory powers were introduced, primarily to realise policy goals like resolving the enforcement deficit. The administrative fine is also the product of society's punitive climate in which the government is expected to actively fight wrongdoings. Intensified supervision and administrative enforcement are important tools in that fight.

At the same time the introduction of administrative fines met with fierce criticism from criminologists. They condemned the one-sided character of efficiency-driven measures, stressing what they believed to be a need for prudence and proportionality. Their criticism was directed at, for instance, the allegedly inferior quality of administrative decision-making on imposing fines (with less professional distance than the criminal court judge) and the quality of legal protection (less extensive than the criminal court judge). Administrative fines were furthermore said to have a negative impact on the relationship between the regulator and the regulatee, which in turn could harm the effectiveness of supervision.

### *Central Issue*

Criticism has gradually died down while the administrative fine has taken off. This gives rise to the question to what extent the critics were right and whether their expectations about efficiency have come true. In other words: Has the administrative fine grown into an efficient and balanced instrument for reducing the enforcement deficit in financial regulatory legislation? These were the issues that inspired this study of the fining practice of AFM and DNB, with the key question being:

*How do financial regulators exercise their right to impose fines and how does that right relate to the debate about the introduction of administrative fines?*

Emphasis is on the process of weighing interests and determining punishment, as evident from published decisions to fine.

### *Method*

This is an empirical study of the fining practice. The focus is on published decisions of financial regulators, as the reasons for those decisions to fine most clearly show the interests weighed by those regulators. The study analyses 173 penalty decisions over the period 2004-2012, 165 by AFM and 13 by DNB. In addition, interviews were held with 17 members of staff of AFM and DNB (supervisors, legal advisors and special sanctions officers), 9 of AFM and 8 of DNB. For a complete overview interviews were held also with lawyers specialising in financial supervision (13) and representatives of the relevant industry and professional organisations (4). To analyse the appraisal by the administrative court relevant case law over the period 2007-2013 was reviewed, consisting of 122 rulings on fining decisions of AFM and DNB. In addition, an expert of the Court of Rotterdam was consulted. The relevant policy and parliamentary documents were perused to reconstruct the original goals, expectations and criticism. In that context several policy advisors/legislative draftsmen and expert scholars (7) were interviewed. Eventually a reference framework was defined as a tool in the analysis and assessment of the findings about the fining practice.

The study aims at adding another dimension, from legal practice, to the debate about the administrative fine as an alternative to criminal law enforcement. With the introduction of the administrative fine law enforcement has undergone a major system reform. The expected benefits and the predicted drawbacks, however, were based mainly on academic assumptions. Against this background the study should clarify the effect of the administrative fine in practice.

With fining decisions as the chosen starting point, the study relies on published fining decisions and the exceptions regulators were willing to make to their policy

on disclosure. DNB has published comparatively few fining decisions, and was prepared to make a very limited exception only, as the slight number of available fining decisions shows. By their very nature the available fining decisions reflect just a small portion of the decision-making process, i.e. where the process resulted in a fine. No insight could be gained into cases in which the regulator on second thought refrained from imposing fines. The study, therefore, cannot provide a complete overview of the fining practice of financial regulators, and of DNB in particular. This is partly why the interviews were held with lawyers and representatives of industry and professional organisations, who in their professional capacities have come to know the fining practice and could verify and supplement the impressions gained. No interviews were held with financial undertakings penalised by AFM or DNB and/or victims of such undertakings. It is doubtful whether they would be able and willing to look at the fining practice with an objective eye.

#### *Justification and Criticism of Administrative Fines*

As mentioned earlier the expectations and criticism of administrative fines were reconstructed first. The debate about the introduction of administrative fines was most lively in the 1990's. Initially, the arguments in favour of introducing administrative fines were fundamental: in future criminal law should be considered the *ultimum remedium*. In reflection, administrative authorities should take responsibility for enforcing 'administrative' legislation, aided by administrative fines. However, as the debate went on, arguments became increasingly pragmatic. No longer could the enforcement deficit be resolved simply by means of criminal law. The criminal law system was already far too overburdened. In this context administrative fine present an effective alternative, also because they could be imposed by the administrative authorities without judicial intervention. Moreover, the special character of socio-economic regulatory legislation justified settlement by a specialised administrative body in lieu of the more generalist public prosecution service.

Pragmatic arguments eventually prevailed. In retrospect, the *ultimum remedium* argument proved mainly quasi-fundamental, intended to provide a normative legitimacy for the administrative fine. Over time that argument lost its power, as criminal law is increasingly considered the most appropriate means to handle social problems. Admittedly, however, what initially appeared to be benefits of the administrative fine have meanwhile lost their lustre following the introduction of punishment orders in criminal law.

The introduction of the administrative fine also met with criticism, however, of a predominantly constitutional nature. The critics stuck to the safeguards offered by criminal (procedural) law, which in their view were stronger. They saw the

concentration of powers in the administration due to the administrative fine as a threat to the objectivity and professional distance required in the decision-making. By extension they objected to what they felt was poor transparency and inadequate verifiability of the fining process. They furthermore feared that the administrative fine could cause a rift in the relationship between the regulator and the regulee, which in turn could hurt the efficacy of supervision. The critics also questioned the statutory basis for the administrative fine and objected to the protection offered under administrative law. Meanwhile, part of this criticism, which assumes a strong contrast between criminal and administrative law, has been superseded. Criminal law and administrative law, after all, have grown closer following the introduction of the Fourth Tranche of the General Administrative Law Act and the attitude of the administrative court.

Also questioned was the gain in efficiency that the administrative fine was expected to bring. At first it was not clear what that gain should be, and what the basis was for those favourable expectations. Would not a better use of the existing options have a similar effect on the enforcement deficit? The critics, finally, pointed out that over-specialisation could lead to one-sided ideas and actions on the regulator's part, as well as a lack of professional distance. Extreme specialisation calls for a strong counterweight, so the critics held.

A similar debate ensued over the introduction of the administrative fine in financial supervision under the Introduction of Penalty Payments and Administrative Fines (Financial Legislation) Act. In this policy area, too, criminal law enforcement was lacking and the financial regulators preferred taking the enforcement of specialised financial regulatory legislation into their own hands, by exercising their right to impose fines. The subsequent increase of the fines gave rise to new criticism about the amount of the fines and how they should be justified.

#### *Fining Practice of Financial Regulators*

Next, the fining practice of AFM and DNB was charted. First of all the study reveals that the financial regulators have actually taken ownership of their right to impose fines, each in its own way. While AFM imposes and publishes comparatively many fines, DNB exercises more restraint. The number of fines imposed varies every year, also because of shifting policy views.

In exercising its right to impose fines AFM appears to focus on violations by financial undertakings of codes of conduct, and more in particular the rules on advice for financial service providers and the rules on lending for credit providers (98 of the 165 fines published). As evidenced by an analysis of compliance with the above standards and signals from society, AFM aims at improving the quality and professionalism of financial service providers, all in the interest of the

consumers. Another, secondary, focal point is on violations of the codes of conduct for financial markets. Here the number of fines imposed is comparatively lower and more stable over the years (42 of 165). As a rule these are more complex cases like market manipulation and insider trading. In this market segment AFM uses its right to impose fines like a market superintendent: intervening primarily to restore the market balance.

In DNB's case emphasis proves to be on violations of market entry requirements. DNB has turned its sight on the main culprits, namely illegal trust offices and money transaction offices. Comparatively few fines have been imposed in the name of prudential supervision. In prudential supervision emphasis appears to be on informal measures, such as consultations, persuasion or cautions, and on remedial measures such as penalty payments. DNB is more reticent in imposing fines as it does not wish to upset the supervisory relationship without cause and damage the efficacy of supervision.

Remarkably, AFM and DNB have started applying administrative fines differently than intended. Originally, administrative fines were intended for comparatively severe offences, at any rate offences punishable by the highest fine categories. In the period under review AFM turned out to have imposed slightly more than half of its fines for offences against prohibitory and other core provisions in market conduct supervision. DNB has imposed most of its fines for offences against prohibitory provisions related to market entry. It thus appears that administrative fines in financial supervision have evolved into an *alternative* to criminal law, where before they were intended as an *addition*.

Financial regulators also appear to take different positions on the use of administrative fines. While market conduct supervision seems to call for an extrovert attitude by openly marking the standard, prudential supervision appears to benefit from an introvert stance by intervening behind the screens. AFM's attitude could be characterised as activist and instrumental. This means that AFM frequently uses its right to impose fines to deter potential offenders and to enhance the quality and professionalism of financial service providers. AFM pursues a shakeout strategy: weak parties should clear the field. In doing so, AFM seems less concerned about the relationship between regulator and regulee. This attitude in itself suits the punitive spirit of the times, in which regulators are expected to be alert. It is in line also with market conduct supervision that is characterised by consumer protection. The drawback of this instrumental attitude, however, is that the use of administrative fines is at risk of becoming an objective in itself, which might cause regulators to lose sight of the specific context in which the offence has been committed.

DNB's attitude could be described as strict on the market's boundaries, towards outsiders, and more restrained within the market, towards insiders. DNB takes rather stern action against illegal financial institutions that do not comply with the market entry requirements. Towards financial institutions already holding authorisations DNB is more restrained and cautious. While readily imposing fines on the former, DNB tends to resort to standard-conveying meetings, cautions or remedial measures in case of the latter. Monitoring the market calls for another type of measures than prudential supervision, which is directed by preserving the stability of the financial sector. DNB's preferred style, however, appears increasingly untenable, as the Icesave and DSB affairs show. For this reason DNB has recently adopted a more assertive style.

#### *Weighing of Interests in Imposing Fines*

Severity and culpability appear to play key roles in the weighing of interests when deciding to impose administrative fines. They prevail over other factors weighed in DNB's and the AFM's enforcement policies. Severity is reflected in the financial and social consequences of the offence. This means the extent to which third parties have been prejudiced or offenders have enriched themselves, or the degree to which the market balance has been upset or confidence in the market hurt. Culpability is expressed in the degree to which the parties involved, in their respective capacities, were or should be aware of the applicable rules. The intention of the parties involved appears irrelevant and does not form part of the offence. Culpability is furthermore reflected in the degree to which the parties involved are compliance-orientated, i.e. the degree to which they have cooperated in the investigation or have taken corrective action to avoid repetition.

The grounds given for the decisions to fine show that once it has been established that an offence has been committed, public interest is decisive in imposing the fine. The parties involved usually do not succeed in convincing the regulators otherwise; this means that given the specific circumstances the offence would be less severe. Culpability, or rather the absence of culpability, does not tip the scales back. The parties involved hardly ever succeed in convincing regulators that given the circumstances they are not or not as culpable for the offence. Significantly, financial regulators have high expectations of professionals in terms of their knowledge of laws and regulations or compliance with their duty of care.

Overall, there is the impression that the weighing of interests is rather limited and fines are easily imposed. At this stage of decision-making the offence comes first, the offender and the circumstances of the case take less prominent positions. The expediency of imposing fines, i.e. the appropriateness and need, appears to play a minor role. This procedure follows from the system of financial



regulatory legislation in which the severity has been factored into the statutory rate structure for fines and the offender's intentions do not play a role, barring evidence to the contrary. This essential feature of administrative fines largely explains the appeal of administrative fines as a policy instrument.

The special sanctions officers of AFM and DNB only appear to reinforce this impression. The position of special sanctions officer has been created to separate the duties of investigating and imposing sanctions. This officer draws up the decision to fine further to a report drafted by the regulators. With this method these officers unintentionally contribute to the further juridification of the decision-making. The study, after all, has revealed that the focus is on the review of the lawfulness of the proposed decision to fine, with an envious look at the court. Special sanctions officers, however, refrain from reviewing the expediency: is a fine appropriate and necessary, given the circumstances of the case and the offender? As a result the necessary counterweight that the segregation of duties should provide does not come off.

#### *Weighing of Interests in Determining the Amount of the Fine*

In determining the amount of the fine financial regulators not only weigh (again) severity and culpability but also financial ability. The severity is expressed in the financial and social implications of the offence. It appears that the lesser the impact of the specific implications of the offence the more room there is for mitigation. Culpability is expressed in the degree to which a human error has been made, the degree of compliance-orientated conduct or the degree of unclarity (recognisability) about the standards. The more non-culpable the error and the greater the lack of clarity about the scope of the standard and the demonstrable, substantial willingness to comply, the more grounds for mitigation there appear to be. The financial ability is apparent from the financial conditions of the parties involved or the undertaking. As a rule, the better the supporting arguments, the greater the chances of the defence being honoured.

The weighing of interests presents a different picture. At this stage of decision-making the parties involved appear to have more influence on decision-making by presenting their positions. Their reliance on personal circumstances and the circumstances of the case appear to find more response, under the influence of the proportionality principle. At this stage financial regulators appear to take a more flexible and milder stance. In other words, where the decision to fine could be compared to the on/off switch on a radio, setting the amount could be compared to the volume control with which the fine can be tuned to a tolerable level. All in accordance with the law and case law. In mitigating the fine, however, the stakes for the regulator drop. The offence has been marked officially by imposing

the fine as such. The precedent effect also decreases because of the casuistic nature of the mitigation.

#### *Publishing the Decision to Fine*

The Financial Supervision Act requires financial regulators to publish their decisions to fine (five days of notification and after such decisions have become irrevocable) unless publication is or could be contrary to the purpose of supervision by the regulator. Unlike AFM, DNB appears to rely frequently on this exceptional provision. Publication by AFM, especially at an early stage, is in line with the purposes of market conduct supervision with which AFM has been entrusted, such as consumer protection and transparency. Early publication makes the administrative fine a feared instrument in practice, perhaps even more so than the amount of such fine. The (general) duty of disclosure, however, leaves little room for a weighing of interests and the parties involved do not find a willing ear in the AFM for their objections to proposed publication, and only a little more often in the court. The parties involved particularly consider the potential reputational damage due to publication to be disproportionate. Because of the limited framework for the weighing of interests, publication is more or less an automatism.

#### *Reflection*

The study revolves around the question how financial regulators have exercised their right to fine in the light of the debate about the introduction of the administrative fine. Above the first part of the question has been answered, the next section will consider the second part.

#### *Reinforcement of Administrative Responsibility and Efficacy of Enforcement*

First off, with the help of the administrative fine financial regulators have taken their responsibility for enforcing financial regulatory legislation. They have met the challenge and have actively given meaning to their right to fine, each in its own way that does justice to the supervisory duties entrusted to them. As specialised regulatory professionals, financial regulators have proven highly capable of handling offences against specialist financial regulatory legislation. Professionally, the right to fine has been vested in them, and the administrative court has not issued any reprimands for careless or disproportionate exercise of that new right. The administrative court, however, occasionally held that no offence had been committed or mitigated the fine on grounds of proportionality. Along these lines several outliers stand out that raise the question whether imposing a fine was opportune in that particular case.

Strikingly, in the hands of AFM and DNB administrative fines have evolved in another direction than originally intended. Where originally administrative fines

were meant to settle minor and common offences, they have grown into an instrument applied mostly for comparatively serious offences. The administrative fine has thus shot up in the enforcement range, as an alternative to criminal law instead of an addition, like some form of function creep.

At the same time there does not appear to have been a huge upsurge in criminal law enforcement under the Financial Supervision Act, insofar as verifiable. Regarding financial regulatory legislation, administrative fines and criminal law may have developed autonomously, as testified by the progress of the coordination meetings between the financial regulators and the Public Prosecution Service (the TPO). Also striking is that in the period under review financial regulators did not impose that many fines (AFM 26 fines per year on average, DNB around 10 per year on average). This is in sharp contrast with the alleged enforcement deficit in financial regulatory legislation, the fact apart that the term enforcement deficit in itself offers little to go on. This begs the question: were administrative fines designed for this purpose? If administrative fines have been imposed mostly for severe offences, what then was done with minor and common offences for which administrative fines were introduced originally? Are those offences still piling up, or are they settled otherwise, for instance by means of cautions or standard-conveying meetings? This in turn begs the question to what extent administrative fines were necessary to enforce financial regulatory legislation. What remains is that the mere, purely symbolic availability of the fine as a tool could be enough to make enforcement more effective.

What did happen, is that AFM dealt with offences against the advisory rules for financial service providers and the rules on lending for credit providers. In terms of severity these offences come into the 'middle category' of the statutory rate structure for fines. AFM has made a case for 'deprived' consumers and aims at restructuring the market segment. Its right to fine offered the AFM a suitable policy instrument. But if AFM would want to restructure, why not exercise its previously acquired right to revoke authorisations more readily and frequently?

Lastly, the method applied by financial regulators (i.e. a great deal of attention to the qualification of the offences viewed against the law) and the highly juridicised procedure followed (i.e. extensive factual investigation, hearing, appraisal) in imposing administrative fines seems no less labour-intensive than classic criminal law. Financial regulators have revealed themselves as a so-called atelier in which high-quality decisions to fine are crafted, although administrative fines were supposed to be spewed out by a so-called fining factory.

### *Quality of Administrative Decision-Making and Legal Protection*

Developments in criminal as well as administrative law have taken the edges off the initial criticism of the administrative fine. Still, there is the urgent need, as identified by the critics, for appropriate counterweight and transparency to keep the right to fine in check. The need for a counterweight and transparency is all the more important as administrative fines appear to be imposed for major offences. In this type of offences the finding of fact is usually complex (for instance, in case of market abuse), and usually based on an open standard that is not undisputedly recognisable (for instance, in case of the duty of care of financial providers). The weighing of interests, which in those cases is rather limited and almost automatically results in a fine, is inadequate here, and more suitable to settle minor offences, for which administrative fines were originally intended. Moreover, the sanction imposed as such is rather drastic due to its early publication and the substantial amount of the fine. The use of administrative fines by financial regulators, at least for major offences, requires a more balanced and more recognisable weighing of interests, also in view of the decision's acceptability and verifiability.

The first thing that stands out about the legal protection offered is that just a limited number of cases has been submitted to the administrative court. Still, the available rulings show that the administrative court performs a thorough review to establish whether an offence has been committed and whether the size of the fine corresponds with the severity, culpability and other circumstances of the case. The administrative court subjects the decision to fine as such to a limited review only. However, the case law of the Court of Rotterdam shows that even such limited review contains 'full elements'.

By this method in a little over half of AFM's cases reviewed (37) appeals were declared valid because the offence had not been established or the amount of the fine was in no proportion to the severity, culpability, or financial ability, or because the reasonable terms had been exceeded. The majority of the applications for injunctive relief was disallowed. In DNB's case the court and the Trade and Industry Appeals Tribunal denied appeal in the majority of the cases reviewed. The court, therefore, does provide some counterweight to the financial regulators' exercise of their right to fine. However, the partial weighing of interests in the decision to fine, about which reservations have been made in this study, is in principle subjected to a limited review by the court.

### *Overall: Increase of Punitive Pressure*

In retrospect, the development of the administrative fine, also in relation to criminal law, appears marked by a lack of coherence. Each system appears to have evolved autonomously, in different directions. Initially administrative fines were intended as an alternative to the criminal law settlement of offences at the 'bottom' of financial regulatory legislation. This would create room at the 'top'. However, it appears that in the process both enforcement systems seek the middle. The enforcement systems do not replace each other like communicating vessels, but instead appear to boost each other. As a result, punitive pressure on society has increased overall, entirely in the spirit of the times.

### *Implications for Fining Practice*

What could fining practice take away from this study? Financial regulators could reconsider the use of administrative fines, for one thing. The study reveals that administrative fines have developed in a way other than intended or foreseen. This gives rise to the question which enforcement issue administrative fines resolve. If financial regulators would then choose to continue using administrative fines as they do now, transparency and counterweight should be increased to keep the right to fine in balance. Transparency about the weighing of interests and counterweight by a more thorough review by special sanctions officers and the court. This should make the decision to fine more recognisable, imitable and verifiable. Transparency should further make decisions more acceptable to the parties involved because they would see how financial regulators had considered their interests.

The first could be achieved by clarifying the enforcement policy, which at the time of writing is rather discretionary. The specifics of the weighting factors as well as the weight attributed to each factor should be detailed. This would offer the parties involved a guideline and benefit legal certainty. Financial regulators should furthermore enhance their weighing of interests by including in their decisions not just the fact that imposing a fine is proportional (given the severity *in abstracto*) but also appropriate and necessary (*in concreto*). This would highlight the expediency of imposing the fine, while restoring the balance in the weighing of interests. The second objective could be realised by a more active and discerning attitude on the part of special sanctions officers and the administrative court. Special sanctions officers should not only consider the lawfulness of the proposed fine, but also its expediency. The court, too, should abandon its traditional restraint by adding more 'full elements' to the review of the right to fine.

These are suggestions that fit in with the administrative law framework. The transparency and counterweight deemed necessary are not sought in criminal law, in which the punishment order seems to offer benefits of efficiency similar to the administrative fine. In this respect legal politics appear to have passed the

point of no return. Moreover, the question arises whether extrajudicial settlement by a punishment order would offer the required transparency and counterweight. The study does not necessarily suggest a lack of protection under administrative law.

If well-considered and well-balanced, administrative fines could be true assets in the enforcement of financial regulatory legislation.

## **Bijlage 1: Overzicht respondenten**

Respondent 1:	Beleidsadviseur Ministerie van Justitie
Respondent 2:	Wetgevingsjurist Ministerie van Justitie
Respondent 3:	Wetgevingsjurist Ministerie van Financiën
Respondenten 4-11:	Toeziçhthouders en boete- en dwangsomfunctionarissen DNB
Respondenten 12-20:	Toeziçhthouders en boete- en dwangsomfunctionarissen AFM
Respondenten 21-33:	Advocaten
Respondenten 34-37:	Belangenbehartigers

## **Bijlage 2: Gespreksleidraad vraaggesprekken**

1. Introductie:
  - toelichting op het onderzoek;
  - verwerking van het vraaggesprek;
  - kenschets van uw advies/procespraktijk.
  
2. Het beeld van de boetepraktijk van DNB/AFM:
  - het aantal boetes dat wordt opgelegd;
  - het type overtredingen waarvoor een boete wordt opgelegd;
  - de ernst en frequentie van de overtredingen;
  - beleidsmatige accenten, opportuniteit;
  - de handhavingstijl van DNB/AFM, de relatie met het type toezicht;
  - de relatie tot de strafrechtelijke handhaving (beeld strafrechtelijke hh);
  - de doelmatigheid van de bestuurlijke boete.
  
3. De inrichting van het boeteproces:
  - de reactie op de zienswijze op het voorgenomen boetebesluit;
  - de rol van de boetefunctionaris;
  - objectiviteit, professionele distantie, tegenspraak.
  
4. De belangenafweging bij het opleggen van de boete:
  - relevante factoren;
  - de rol van het handhavingsbeleid;
  - de aard van de afweging;
  - de zorgvuldigheid en proportionaliteit;
  - de invulling van de open normen uit de Wft;
  - de handhavingstijl van DNB/AFM.
  
5. Het bepalen van de hoogte van de boete:
  - relevante factoren;
  - de rol van het handhavingsbeleid;
  - de aard van de afweging;
  - de evenredigheid;
  - de preventieve werking van de hoogte van de boete;
  - de flexibiliteit van het boetestelsel.
  
6. De openbaarmaking van de boete:
  - de belangenafweging.
  
7. De rechtsbescherming:
  - de rol van de bestuursrechter.



### **Bijlage 3: Overzicht boetebesluiten AFM**

In het onderstaande is een overzicht op jaarbasis opgenomen van de openbaar gemaakte boetebesluiten. Het jaartal/nummer in de tekst verwijst naar onderstaande nummering.

**Tabel 5. Boetebesluiten AFM 2004**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wetsartikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Mating	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op aanbieden of verrichten diensten als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder zonder vergunning	7,1 Wte	1	Hypotheek Cirkel NV i.o.	Onbekend <sup>522</sup>	Onbekend	Niet
2. Verbod op aanbieden of verrichten diensten als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder zonder vergunning	7,1 Wte	1	Spaar Select BV	€ 87.125,- (t 5 x f 1)	Onbekend	Niet
3. Zorgvuldige behandeling van cliënten, verbod op cold calling	26 Nrge	1	Spaar Select BV	€ 1.815,- (t 2a x f 1)	Onbekend	Niet
4. Zorgvuldige behandeling van cliënten / Verplichting correcte informatievoorziening aan cliënten	35 Bte jo 33 Nrge jo 7.8 aanhef en onder d en 7.5,1 bijlage 7 Nrge	1	Levob Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel
5. Zorgvuldige behandeling van cliënten/Verplichting inwinnen informatie	35 Bte jo 28,1 Nrge	1	Levob Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel
6. Zorgvuldige behandeling van cliënten / Verplichting aanhouden systematische en toegankelijke cliëntadministratie	35 Bte jo 24 Nrge jo 4.12 bijlage 4 Nrge	1	Levob Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel
7-12. Verplichting informeren AFM over openbare mededeling in kader openbaar bod	9v Bte	6	IsoTis SA en IsoTis NV	Onbekend <sup>523</sup>	Onbekend	Wel

<sup>522</sup> De Wte kende tot 1 januari 2007 zes boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2: € 907,-, 2a: € 1.815,-, 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87.125,-. Voor bepaalde overtredingen moet het tarief worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (I-V).

<sup>523</sup> Er zijn drie boetes per vennootschap opgelegd, wegens herhaaldelijke overtreding.

**Tabel 6. Boetebesluiten AFM 2005**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op aanbieden effecten zonder voorgeschreven prospectus	3,1 Wte	1	Les Amis de France	Onbekend	Onbekend	Wel
2. Verplichting openbare mededeling in kader openbaar bod	9a jo 9b,1 Bte	1	NH Hote- les SA	€ 108.905,- (t 4 x f 5)	Onbekend	Wel
3. Verplichting informereren AFM over openbare mededeling in kader openbaar bod	9b,1 jo 9v Bte	1	NH Hote- les SA	€ 108.905,- (t 4 x f 5)	Onbekend	Wel
4. Verplichting openbare mededeling in kader openbaar bod	9e, 1 en 92, 2 Bte	1	Grupo Inversor Hesperia SA	€ 108.905,- (t 4 x f 5)	Onbekend	Wel

**Tabel 7. Boetebesluiten AFM 2006**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Professionele en integere bedrijfsvoering / Verplichting treffen maatregelen ter voorkoming belangenconflicten (Chinese Walls)	34,1 Bte jo 19 en 20 Nrge	1	ING Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel
2. Professionele en integere bedrijfsvoering/ verplichting in stand houden adequate AO/IC	34,1 Bte jo 24 Nrge jo 4.20 bijlage 4 Nrge	1	ING Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel
3. Maatregelen professionele en integere bedrijfsvoering / Verplichting houden intern toezicht op naleving maatregelen	34,1 Bte jo 40 Nrge	1	ING Bank NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5)	Onbekend	Wel

**Tabel 8. Boetebesluiten AFM 2007**

Overtreden voorschrift ( <i>zakelijk weergegeven</i> )	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op markt- manipulatie	46b,1 Wte	1	KBC Securi- ties SA	€ 87.125,- (t 5 x f 1)	Onbekend	Wel
2. Verplichting meldingsplicht misbruik voor- wetenschap of marktmanipula- tie	47c Wte	1	KopVos & Partners BV	€ 21.781,- (t 4 x f 1)	Onbekend	Wel
3-5. Zorgvuldige behandeling van cliënten / verplichting handelen in belang deelne- mers fonds	26 Bte	3	Wijs & Van Oostveen BV	€ 32.670,- <sup>524</sup> (t 3 x f 2)	Onbekend	Wel

<sup>524</sup> Dit betreft het totaalbedrag voor drie boetes.

**Tabel 9. Boetes AFM 2008**

Overtreden voorschrift ( <i>zakelijk weergegeven</i> )	Wets-artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Zorgplicht aanbieder voor naleving wet door verbonden bemiddelaar	43 Wfd	1	Hamburg Mannheimer NV	€ 9.075,- (t 2a x f 5) <sup>525</sup>	Onbekend	Wel
2. Verbod op aanbieden of verrichten diensten als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder zonder vergunning	7,1 Wte	1	Liocorno Financieel Advies	€ 87.125,- (t 5 x f 1)	Onbekend	Niet
3-4. Verbod op bemiddelen zonder vergunning	2:80,1 Wft	2	3: Brown, World Wide Broker/PMB International 4: Belfin Adviseurs VOF	3. € 24.000,- (t 4 x f 1) <sup>526</sup> 4. € 600,- (t 1 x f 1)	3: Tot categorie 4 4: Tot categorie 1	Niet
5. Zorgplicht vakbekwaamheid werknemers	4:9,2 Wft	1	Stroink-Volkers Groep BV	€ 6.000,- (t 3 x f 1)	Geen	Wel
6-7. Verplichting informatie-inwinning en passende advisering	4:23,1 Wft	2	6: CKB Finance BV 7: Stroink-Volkers Groep BV	€ 6.000,- (t 3 x f 1)	Geen	Wel
8-9. Meldingsplicht aandeelhouder wijziging in kapitaal	5:38,1 Wft	2	8: MF Global Ltd 9: Alliance Bernstein Corp.	8: € 30.000,- (t 3 x f 5) 9: € 120.000,- (t 4 x f 5)	8: Tot categorie 3 9: Geen	Wel

<sup>525</sup> De Wfd kende tot 1 januari 2007 zes boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2: € 907,-, 2a: € 1.815,-, 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87.125,-. Voor bepaalde overtredingen moet het tarief worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (I-V).

<sup>526</sup> Het Besluit boetes Wft kende tot 1 augustus 2009 vijf boetetarieven. Tariefnummer 1: € 600,-, 2: € 1.000,-, 3: € 6.000,-, 4: € 24.000,- en 5: € 96.000,-. Deze bedragen moeten worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (1-5).

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
10. Meldingsplicht bestuurder of commissaris wijzi- ging in kapitaal	5:48,6 Wft	1	Dhr. Toth	€ 24.000,- (t 4 x f 1)	Geen	Wel
11. Verbod op mededelen voorwetenschap	5:57, 1a Wft	1	Dhr. Muller	€ 96.000,- (t 5 x f 1)	Geen	Wel
12. Openbaar- makingsplicht voorwetenschap	5:59,1 Wft (oud) <sup>527</sup>	1	Numico BV	€ 96.000,- (t 5 x f 1)	Geen	Wel

<sup>527</sup> Deze openbaarmakingsplicht is nu geregeld in artikel 5:25i, tweede lid, Wft.

**Tabel 10. Boetes AFM 2009**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1-5. Verbod op bemiddelen zonder vergun- ning	2:80,1 Wft	5	1: Op Doorreis VOF 2: Coenders Planning & Communicatie 3: Mutlu Finance 4: Verzekerin- gen Online VOF 5: E-proof BV	1-3: € 6.000,- (t 3 x f 1) 2-4: € 96.000,- (t 5 x f 1) 5: € 24.000,- (t 4 x f 1)	1-3: Tot categorie 3  2-4: Geen  5: Tot cate- gorie 4	Niet
6-21. Verplicht- ing informatie- inwinning en passende advisering	4:23,1 Wft	16	6: Credit Select BV 7: Postbank NV 8: Topdon BV 9: O&B Finance Nederland BV 10: DSB Bank NV 11: Drieman/ Huis & Hypo- theek Woerden BV 12: AveWe Holding BV 13: EPB Verze- keringen BV 14: SNS Bank NV 15: Leen- systeem BV 16: World of Credit BV 17: Qua Rendum Epe BV	6, 8, 9, 11- 13, 15, 16- 20: € 6.000,- (t 3 x f 1) 7: € 30.000,- (t 3 x f 5) 10: € 24.000,- (t 3 x f 4) 14: € 30.000,- (t 3 x f 5) 16: € 12.000,- (t 3 x f 2)	6-20: Geen	Wel



Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
			18: Naber BV 19: Hypodroom Financiële Dienstverlening BV 20: BAG BV 21: Van Ek BV	21: € 4.185,-	21: Tot € 4.185,-	
22-24. Verplichting informatie-inwinning en beoordeling verantwoorde kredietverlening/Verbod op afsluiten onverantwoord krediet	4:34, 1 en 2 Wft	3	22 en 23: Afab Financiële Diensten Holding NV 24: GMAC NV	€ 1.000,- (t 2 x f 1)	Geen	Wel
25-27. Vergewisplicht bemiddelaar naleving wet door verbonden onderbemiddelaar / Samenwerkingsverbod met onderbemiddelaar zonder vergunning / Meldingsplicht aan AFM over (integriteits) incidenten	4:94,1 jo 4:92,1c, 4:94,3 jo 4:92,1c en 29,3 BGfo	3	25: Kristal Advies 26 en 27: Hypotheke Midden Nederland BV	25: € 6.000,- (t 3 x f 1) 26-27: € 24.000,- (t 4 x f 1)	Geen	Wel
28-30. Verbod op aanbieden effecten zonder prospectus	5:2 Wft	3	28: Momentum Real Estate BV 29: Momentum Development BV	28-29: € 24.000,- (t 4 x f 1)	28-29: Tot categorie 4	Wel

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
			30: Iberrealty BV	30: € 96.000,- (t 5 x f 1)	30: Geen	
31-32. Mel- dingsplicht aandeelhouder wijziging in kapitaal	5:38,1 Wft	2	31: BNP Paris- bas SA  32: Lloyds Banking Group plc	31: € 120.000,- (t 4 x f 5)  32: € 30.000,- (t 3 x f 5)	31: Geen  32: Tot categorie 3	Wel
33. Openbaar- makingsplicht voorweten- schap	5:59,1 Wft (oud)	1	Randstad NV	€ 96.000,- (t 5 x f 1)	Geen	Wel
34-35. Mel- dingsplicht aan AFM over (integriteits) incidenten	29,3 BGfo	2	34: Van Kurin- ge Holding BV 35: Kristal Advies	€ 24.000,- (t 4 x f 1)	Geen	Wel
36. Verplichting correcte infor- matievoorzie- ning in kader reclame- uitingen over krediet	53 BGfo jo 4:22,1 Wft	1	36. Klaassen & Retz BV	€ 6.000,- (t 3 x f 1)	Geen	Wel
37-40. Verplich- ting vastleggen criteria ter voorkoming overkreditering en toepassing daarvan bij kredietaan- vraag	115,1 BGfo	4	37: DSB Bank NV 38: Inter- national Card Services 39: Afab Finan- ciële Diensten Holding NV 40: GMAC Nederland BV	36: € 96.000,- (t 4 x f 4) 37: € 72.000,- (t 4 x f 3) 38-40: € 24.000,- (t 4 x f 1)	Geen	Wel

**Tabel 11. Boetes AFM 2010**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1-3. Verbod op aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning	2:55,1 Wft	3	1: Grond en Vastgoed Specialisten Nederland BV 2: Stemax Holding BV/ Landinzicht 3. Richland Real Estate	1: € 24.000,- (t 4 x f 1) 2: € 6.000,- (t 3 x f 1) 3: € 96.000,- (t 5 x f 1)	1: Tot categorie 4 <sup>528</sup> 2: Tot categorie 3 3: Geen	Niet
4. Verbod op bemiddelen zonder vergunning	2:80,1 Wft	1	Multi Risk Verzekeringen BV	€ 13.950,-	Tot € 13.950,-	Niet
5 en 6. Verbod op verlenen beleggingsdiensten en -activiteiten zonder vergunning	2:96,1 Wft	2	5: Homburg Capital BV 6: R. Rotgans	5: € 192.000,- (t 5 x f 2) 6: € 600,- (t1 x f 1)	5: Geen 6: Tot categorie 1	Niet
7. Zorgplicht vakbekwaamheid werknemers	4:9,2 Wft	1	AFAB Holding N.V.	€ 6.000,- (t 3 x f 1)	Geen	Wel
8-23. Verplichting informatie-inwinning en passende advisering	4:23,1 Wft	16	8: Zeker Zanen BV 9: Lancelot Vermogensbeheer BV 10: Krediet huis BV 11: Mr Credit	8-13, 15-20: € 6.000,- (t 3 x f 1)	Geen	Wel

<sup>528</sup> Het oorspronkelijke boetebesluit van 1 april 2010 is herzien bij matigingsbesluit van 4 mei 2010.

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
			BV			
			12: Decapolis BV			
			13: Global Marketing Solutions BV			
			14: Wilgen- haege Ver- mogensbe- heer BV	14: € 12.000,- (t 3 x f 2)		
			15: Holland Financials BV			
			16: Inter finans BV			
			17: A1B vof			
			18: dBa Ad- vies BV			
			19: Afab Financiële Diensten Holding NV			
			20: Direct Verzekeren BV			
			21: ABN AMRO Bank NV	21: € 30.000,- (t 3 x f 5)		
			22: DSB Bank NV	22: € 24.000,- (t 3 x f 4)		
			23: Rabobank Nederland	23: € 30.000,- (t 3 x f 5)		

24-27. Verplichting informatie-inwinning en beoordeling verantwoorde kredietverlening/ Verbod op afsluiten onverantwoord krediet	4:34,1 en 2 Wft	4	24-25: ELQ Hypotheken NV 26-27: Rabobank Nederland	24-25: € 2.000,- (t 2 x f 2) 26-27: € 5.000,- (t 2 x f 5)	Geen	Wel
28. Meldingsplicht aandeelhouder wijziging in kapitaal	5:38,1 Wft	1	Dhr. Velthove	€ 24.000,- (t 4 x f 1)	Geen	Wel
Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wetsartikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
29. Meldingsplicht bestuurder of commissaris wijziging in kapitaal en stemmen	5:48,6 en 7 Wft	1	Dhr. Van der Maarel	€ 6.000,- (t 3 x f 1)	Tot categorie 3	Wel
30-33. Verbod op marktmanipulatie	5:58,1b en 5:58,1d Wft	4	30: Dhr. Baars 31: Dhr. Van den Heuvel 32: Fortis NV 33: Fortis SA/NV	30: € 24.000,- (t 4) 31: € 24.000,- (t 4) <sup>529</sup> 32-33: € 144.000,-	30-31: Tot categorie 4  32-33: Tot € 144.000,-	Wel
34-37. Openbaar-makingsplicht voorwetenschap	5:59,1 Wft (oud)	4	34: Fortis NV 35: Fortis SA/NV 36: Ageas NV 37: Ageas SA/NV	€ 144.000,-	Tot € 144.000,-	Wel

<sup>529</sup> Er is i.c. geen draagkrachtfactor van toepassing.

38-41. Verplichting vastleggen criteria ter voorkoming overkreditering en toepassing daarvan bij kredietaanvraag	115,1 BGfo	4	38: Mercedes Benz Financial Services BV 39: ELQ Hypotheken NV 40: L'Easy A/S  41: Rabobank Nederland	38-40: € 24.000,- (t 4 x f 1) 39: € 48.000,- (t 4 x f 2)  41: € 120.000,- (t 4 x f 5)	Geen	Wel
42-43. Verbod op colportage krediet	6 Colportage gewet	2	42: O&B Finance Nederland BV 43: Dhr. Van Doorn	42: € 50.000,-  43: € 30.000,-	42: Tot € 50.000,- <sup>530</sup> 43: Tot € 30.000,-	Wel

<sup>530</sup> De maximumboete bedroeg in dit geval € 74.000,-.

**Tabel 12. Boetes AFM 2011<sup>531</sup>**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1-2. Verbod op het bemiddelen zonder vergun- ning	2:80,1 Wft	2	1: Automake- laars Sittard 2: Financieel Planbureau	1: € 6.000,- (t 3 x f 1) 2: € 24.000,- (t 4 x f 1)	1: Tot catego- rie 3 2: Tot catego- rie 4	Niet
3. Zorgplicht vakbekwaam- heid werkne- mers	4:9,2 Wft	1	Briljant Ad- vies BV	€ 31.250,-	Tot € 31.250,-	Wel
4. Verplichting adequate in- formatievoor- ziening ter beoordeling financiële dienst of product	4:20,1 Wft	1	SNS NV	Bank € 30.000,- (t 3 x f 5)	Geen	Wel
5. Verplichting informatie- inwinning ter beoordeling passendheid financiële dienst of pro- duct	4:24,1 Wft	1	SNS NV	Bank € 30.000,- (t 3 x f 5)	Geen	Wel

<sup>531</sup> Medio 2009 is het Besluit boetes Wft, op basis waarvan de hoogte van de boetes wordt bepaald, opgegaan in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector. Dit in verband met de harmonisering van het boetestelsel (vergelijk hoofdstuk 3). De boetes over 2009 en 2010 zijn, conform het overgangsrecht, afgedaan op basis van het oude besluit omdat ze voor de inwerkingtreding van het nieuwe besluit hebben plaatsgevonden of zijn aangevangen (artikel XII Boetewet). In 2011 verschijnen de eerste boetes die zijn opgelegd op basis van eerdergenoemd Boetebesluit.

6-12. Informatie-inwinning en passende advisering	4:23,1 Wft	7	6: HID BV 7: DVHHB BV 8: DFD Financiële dienstverleners BV 9: Inhout Sales & More BV 10: Dealer Totaal Concept BV 11: Friesland Bank NV 12: Avéwé Holding BV	6: € 500,- 7: € 6.000,- (t 3 x f1) 8: € 50.000,- 9: € 6.000,- (t 3 x f1) 10: € 50.000,- 11: € 500.000,- 12: € 50.000,-	6. Tot € 500,- 7: Geen 8: Tot € 50.000,- 9: Geen 10: Tot € 50.000,- 11: Geen 12: Tot € 50.000,-	Wel
13-14. Verplichting informatie-inwinning en beoordeling verantwoorde kredietverlening / Verbod op afsluiten onverantwoord krediet	4:34,1 en 2 Wft	2	ING Bank NV	13-14: € 5.000,- (t 2 x f 5)	Geen	Wel
15. Samenwerkingsverbod met onderbemiddelaar zonder vergunning	4:94,3 Wft	1	Briljant Advies	€ 37.500,-	Tot € 37.500,-	Wel
16. Openbaarmakingsplicht voorweten-schap	5:25i,2 Wft	1	Wavin NV	€ 96.000,- (t 5) <sup>532</sup>	Geen	Wel

<sup>532</sup> Er is i.c. geen draagkrachtfactor van toepassing.



17. Meldingsplicht bestuurder of commissaris wijziging in kapitaal en stemmen	5:48,6 en 7 Wft jo 5:45, 3 Wft	1	Dhr. Sickman	€ 96.000,- (t 4 x f 4)	Geen	Wel
18. Verbod op gebruik voorwetenschap	5:56,3a Wft	1	Dhr. Van Leeuwen	€ 114.000,-	Tot € 114.000,-	Wel
19. Verbod op meedelen voorwetenschap	5:57,1a Wft	1	Dhr. Heidman	€ 200.000,-	Tot € 200.000,-	Wel
20-22. Verbod op marktmanipulatie	5:58,1d Wft	3	20-21: MF Global Ltd 22: Dhr. Homburg	20-21: € 192.000,- 22: € 96.000,- (t 5) <sup>533</sup>	20-21: Tot € 192.000,- 22: Geen	Wel
23. Zorgplicht betrouwbaarheid medewerkers	28,1 BGfo	1	Lifetime Hypotheken BV	€ 1.000,- (t 2 x f 1)	Geen	Wel
24: Verplichting vastleggen criteria ter voorkoming overkreditering en toepassing daarvan bij kredietaanvraag	115,1 BGfo	1	ING Bank NV	€ 120.000,- (t 4 x f 5)	Geen	Wel
25: Verplichting toezien op naleving kwaliteitseisen door compliance officer	23 Bta	1	Ernst & Young Accountants LLP	€ 217.810,- <sup>534</sup> (t 5 x f 10)	Geen	Wel

<sup>533</sup> Er is i.c. geen draagkrachtfactor van toepassing.

<sup>534</sup> Het Besluit toezicht accountantsorganisaties kent zes boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2:

26. Verplichting informatiever- strekking over pensioen- aanspraken	38,1 jo 48,1 Pensi- oenwet	1	Stichting bedrijfstak pensioen- fonds voor de Bitumi-neuze en Kunststof dakbedek- kingsbe- drijven (Bikudak)	€ 4.687,-	Tot € 4.687,-	Wel
27. Verplichting informatiever- strekking over beëindigen pensioenrege- ling	39,1 Pensi- oenwet	1	Generali Levensverze- kerings- maatschappij NV	€ 200.000,-	Tot € 200.000,-	Wel

---

€ 907,-, 3: € 1815,-, 4: € 5.445,-, 5: € 21.781,- en 6: € 87.125,-. Deze bedragen moeten worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (variërend van 0,25 tot 10).

**Tabel 13. Boetes AFM 2012**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wets- artikel	Aantal boetes	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op aanbieden van beleggingobjecten zonder vergunning	2:55,1 Wft	1	Landbouw Samenwerking Noord Nederland BV	€ 24.000,- (t 4 x f 1)	Tot categorie 4	Niet
2-5. Verbod op het bemiddelen zonder vergunning	2:80,1 Wft	4	2: Huislijn.nl 3: NCIC BV 4: Dhr. Krommenhoek 5: Leadprovider BV	2: € 24.000,- (t 4 x f 1) 3: € 60.000,- 4: € 60.000,- 5: € 96.000,- (t 5 x f 1)	2: Tot categorie 4 3: Tot € 60.000,- 4: Tot € 60.000,- 5: Geen	Niet
6. Zorgplicht vakbekwaamheid werknemers	4:9,2 Wft	1	De Pensioenplanner BV	€ 130.000,-	Tot € 130.000,-	Wel
7. Verplichting voeren beleid integere bedrijfsvoering	4:11,2 Wft	1	Quotiënt Groep BV	€ 25.000,-	Tot € 25.000,-	Wel
8-10. Verplichting informatie-inwinning en passende advisering	4:23,1 Wft	3	8: Cormat Finance BV 9: Consumentenadviescentrum BV 10: BAG BV	8: € 500,- 9: € 31.250,- 10: € 500,-	8: Tot € 500,- 9: Tot € 31.250,- 10: Tot € 500,-	Wel
11. Verbod op meedelen voorwetenschap	5:57,1a Wft	1	Dhr. Mol	€ 2.500,-	Tot € 2.500,-	Wel
12. Verbod op marktmanipulatie	5:58,1a Wft	1	BRSG Advisors SA	€ 240.000,-	Tot € 240.000,-	Wel

13-15. Verbod op colportage krediet	6 Colportage wet	3	13: Graffiti Entertainment Europe BV (Clever Life BV) 14: Dhr. Van der Velde 15: Mw. Raghoe	13-15: € 30.000,-	13-15: Tot € 30.000,-	Wel
16-17: Verbod op misleidende handelspraktijken	16: 8,8 Whc jo 6:193b, 1 en 3a jo 6:193d, 1 en 3 BW 17: 8,8 Whc jo 6:193c, 1c en f BW	2	16: Consumentenadviescentrum BV  17: NCIC BV	16: € 50.000,-  17: € 20.000,-	16: Tot € 50.000,-  17: Tot € 20.000,-	Wel
18. Verplichting informatieverstrekking over beëindigen pensioenregeling	39,1 Pensiioen wet	1	Goudse Levensverzekeringen NV	€ 200.000,-	Tot € 200.000,-	Wel
19. Zorgplicht naleving beroepsregels bij wettelijke controles	14 Wta	1	Deloitte Accountants BV	€ 54.450,- (t 4 x f 10)	Geen	Wel

## Bijlage 4: Overzicht boetebesluiten DNB

In het onderstaande is een overzicht op jaarbasis opgenomen van de beschikbaar gestelde en openbaar gemaakte boetebesluiten. Het jaartal/nummer in de tekst verwijst naar onderstaande nummering.

**Tabel 14. Beschikbare boetebesluiten DNB 2007**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wetsartikel	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Integere bedrijfsvoering	10, 1 Wtt jo 12,3 Rib	Een trustkantoor	Onbekend (t 3) <sup>535 536</sup>	Geen	Wel

<sup>535</sup> De Wtt kende tot 1 augustus 2009 vijf boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2: € 907,-, 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87.125,-. Voor bepaalde overtredingen moet het tarief worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor die is gerelateerd aan de omzet van het trustkantoor (categorie I-V).

<sup>536</sup> DNB heeft gelet op zijn geheimhoudingsplicht geen gegevens verstrekt over de draagkrachtfactor.

**Tabel 15. Beschikbare boetebesluiten DNB 2008**

Overtreden voor- schrift (zakelijk weergegeven)	Wetsar- tikel	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. en 2. Verbod op werk- zaam zijn als trustkantoor zon- der vergunning	2,1 Wtt	1 en 2: Trust- kantoren	1 en 2: Onbekend (t 5)	1: Geen 2: Tot onbekend bedrag <sup>537</sup>	Niet
3. Verbod op mis- bruik woord 'bank'	3:7,1 Wft en 83,1 Wtk	Een financi- ele dienst- verlener	€ 21.781,- (t 4) <sup>538</sup>	Geen	Niet
4. en 5. Integere bedrijfs-voering	10 1 Wtt jo 13,2 Rib	4 en 5: Trust- kantoren	4 en 5: Onbekend (t 3)	Geen	Wel

<sup>537</sup> DNB heeft geen gegevens verstrekt over de mate waarin het boetebedrag is gematigd.

<sup>538</sup> De Wtk kende tot 1 januari 2007 vijf boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2: € 907,- 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87:125,-. Voor bepaalde overtredingen moet het tarief worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (categorie I-V). Het Besluit boetes Wft kende tot 1 augustus 2009 vijf boetetarieven. Tariefnummer 1: € 600,-, 2: € 1.000,-, 3: € 6.000,-, 4: € 24.000,- en 5: € 96:000,-. Deze bedragen moeten worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (1-5).

**Tabel 16. Beschikbare boetebesluiten DNB 2009**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergegeven)	Wetsartikel	Beboete financiële instelling	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op werkzaam zijn als trustkantoor zonder vergunning	2,1 Wtt	Een trustkantoor	Onbekend (t 5)	Tot onbekend bedrag	Niet
2. Verbod op werkzaam zijn als geldtransactiekantoor, zonder inschrijving in het register	3,1 Wgtk	Een geldtransactiekantoor	Onbekend (t 5) <sup>539</sup>	Tot onbekend bedrag	Niet
3. Aantrekken opvorderbare gelden	3:5,1 Wft	Centurion Capital Holland BV	€ 10.000,-	Tot € 10.000,-	Niet

<sup>539</sup> De Wgt kende tot 1 augustus 2009 vijf boetetarieven. Tarief 1: € 453,-, 2: € 907,-, 3: € 5.445,-, 4: € 21.781,- en 5: € 87:125, -. Voor bepaalde overtredingen moet het tarief worden vermenigvuldigd met een draagkrachtfactor (categorie I-VII).

**Tabel 17. Beschikbare boetebesluiten DNB 2010**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergege- ven)	Wetsarti- kel	Beboete financiële onderneming	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1. Verbod op misbruik woord 'bank'	3:7,1 Wft	Tirion Hypothe- ken BV, voor- heen Hypotheek Banque BV	€ 25.000,-	Tot € 25.000,-	Niet



**Tabel 18. Boetebesluiten DNB 2012<sup>540</sup>**

Overtreden voorschrift (zakelijk weergege- ven)	Wetsarti- kel	Beboete financiële onderneming	Hoogte boete	Matiging	Onder toezicht gesteld
1- 3. Verbod op bankbe- drijf zonder vergunning	2:11,1 Wft	1: Dhr. Jacobs 2: Zeuven Mee- ren Hotelfonds 3. Dhr. Van der Kooij	1 en 3: € 150.000,- 2. € 200.000,-	1 en 3: Tot € 150.000,- 2: Tot € 200.000,-	Niet

<sup>540</sup> In 2011 heeft DNB twee boetes opgelegd, aan illegale ondernemingen (DNB, 2012a, p. 85).  
Deze boetes zijn niet openbaar gemaakt.

## Bijlage 5: Boetebesluiten andere markttoezichthouders

In de onderstaande tabel het aantal boetes weergegeven dat de (toenmalige) NMa, de OPTA en de NZa jaarlijks hebben opgelegd.

**Tabel 19. Boetebesluiten andere toezichthouders**

Jaar	Opgelegde boetes NMa <sup>541</sup>	Opgelegde boetes OPTA <sup>542</sup>	Opgelegde boetes NZa <sup>543</sup>
2004	-	1	-
2005	8 en 345 <sup>544</sup>	9	-
2006	682 <sup>545</sup>	1	-
2007	4	5	-
2008	5	8	-
2009	16	4	-
2010	0	15	4
2011	6	27	4
2012	7	5	2
<b>Totaal</b>	<b>46 (1027)</b>	<b>75</b>	<b>10</b>

Het beeld van de NMa wordt enigszins vertekend door het grote aantal boetes dat meermaals is opgelegd aan kartels in het kader van de 'schoon schip'-regeling in de bouwsector. Het lagere aantal boetes van de NZa kan worden verklaard uit het feit dat die toezichthouder pas sinds 2005 actief is.

---

<sup>541</sup> Volgens de website van de toenmalige NMa (nu ACM).

<sup>542</sup> Jaren 2004-2009 volgens de website en jaren 2010-2012 volgens het jaarverslag van de OPTA.

<sup>543</sup> Volgens opgave in de jaarverslagen van de NZa. Op de website zijn drie boetes openbaar gemaakt (1 in 2011 en 2 in 2012).

<sup>544</sup> Dit hoge aantal boetes is opgelegd op basis van een versnelde procedure in het kader van een 'schoon schip'-regeling in de bouw.

<sup>545</sup> Idem.

## Curriculum vitae

Arnt Gebhard Mein (3 november 1962) behaalde in 1981 zijn gymnasiumdiploma aan het Montessori Lyceum Herman Jordan in Zeist en studeerde in 1982-1987 rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht, afstudeerrichting straf(proces)-recht.

Hij begon zijn loopbaan met uiteenlopende juridische advies- en managementfuncties bij het ministerie van Justitie, het Parket-Generaal van het Openbaar Ministerie en de gemeente Arnhem (1998-2001). Vervolgens was hij werkzaam als (beleids)onderzoeker en -adviseur bij onderzoek- en adviesbureaus (ES&E en B&A) (2001-2007). In 2008 trad hij in dienst van het Verwey-Jonker Instituut, nadat hij had besloten zich toe te leggen op onderzoek. In dat jaar begon hij eveneens met zijn promotieonderzoek bij de *Erasmus School of Law* van de Erasmus Universiteit Rotterdam, waar hij een *parttime* dienstverband vervulde.

Het onderzoek van Arnt Mein richt zich in het bijzonder op vraagstukken op het gebied van toezicht en handhaving. Hij publiceert over deze onderwerpen en treedt op als gastdocent. Hij is lid van de redactie van het Tijdschrift voor Veiligheid.