

Nota Boetestelsel in financiële wetgeving: beoogde wijzigingen ten opzichte van het huidige regime

Inleiding

Afgelopen mei is door het ministerie van Financiën de 'Nota Boetestelsel in financiële wetgeving' gepresenteerd (hierna: 'Boetenota').¹ De Boetenota is met niet geringe belangstelling ontvangen, getuige onder meer de berichtgeving in *Het Financieele Dagblad*, dat na de verschijning van het consultatiedocument kopte: 'Zalm straft financiële delicten fors harder af' en 'Bestuurders kunnen straks persoonlijk beboet worden'.² De eerste zin van de inleiding van de Boetenota liegt er dan ook niet om: 'Deze nota presenteert een integrale wijziging van het boetestelsel in financiële wetgeving.'

In deze bijdrage zal, na een uiteenzetting van de totstandkoming van de Boetenota en de daarin voorgestelde vervolgaanpak, een samenvatting worden gegeven van de inhoud van de Boetenota. Vervolgens zal worden onderzocht in hoeverre het voorgestelde nieuwe boetestelsel afwijkt van het huidige boetestelsel. In het verlengde hiervan zal ten slotte kort worden stilgestaan bij strafrechtelijke handhaving en de betrouwbaarheidstoets van bestuurders in de financiële sector.

Totstandkoming Boetenota en vervolgaanpak

De bestuurlijke boete heeft vijf jaar geleden zijn intrede gedaan in de financiële sector met de inwerkingtreding van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (Wet IDBB).³ Doelstelling van deze wet was het verbeteren van de bestuursrechtelijke handhaving door de financiële toezichthouders en het bewerkstelligen van een accentverschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving.

In december 2003 heeft een evaluatie van de Wet IDBB plaatsgevonden door onder meer het ministerie van Financiën, de financiële toezichthouders en het Openbaar Ministerie.⁴ De uitkomst van die evaluatie luidde dat de doelstellingen van de Wet IDBB grotendeels waren gerealiseerd, maar dat er nog enige uitdagingen restten. Naar aanleiding van het algemeen overleg in de Tweede Kamer over de evaluatie werd door de Minister van Financiën toegezegd om een drietal onderwerpen te zullen bezien: de hoogte van de boetebedragen, een verhoging van de boete voor veelplegers en boetes voor individuele bestuurders. De gedane toe-

zegging heeft geleid tot de Boetenota, die totstandkwam nadat door het ministerie van Financiën aan marktpartijen de mogelijkheid was gegeven om te reageren op een op 1 februari 2005 gepubliceerd consultatiedocument.⁵

Met de in de Boetenota voorgestelde herziening van het boetestelsel, waarop hierna nader zal worden ingegaan, lijkt het Ministerie van Financiën tegemoet te willen komen aan de in de Tweede Kamer geuite zorg dat het huidige boetestelsel te weinig flexibel is om voldoende hoge en geproportioneerde boetes te kunnen opleggen bij overtreding van normen. De Boetenota vermeldt in dit kader: 'De onrust in de maatschappij naar aanleiding van aan het licht gekomen misstanden in de financiële sector versterkte het al bestaande idee over de noodzaak om het huidige boetestelsel te herzien en daarbij beter geproportioneerde boetes mogelijk te maken.' In een voetnoot wordt in de Boetenota op twee voorbeelden gewezen: het totaalbedrag van de in 'de zogenaamde aandelenleasezaak' opgelegde boetes (te weten € 54.450) en een aan een bank voor misleiding opgelegde boete (te weten f 20.000, terwijl het door de overtreding verkregen voordeel meer dan f 2 miljoen bedroeg).

In de Boetenota kondigt het ministerie van Financiën aan een wetsvoorstel wijziging boetestelsel in te zullen dienen waarmee de in de Boetenota voorgestelde wijzigingen in één keer zullen worden geïmplementeerd. Hierbij zal, zo vermeldt de Boetenota, waar mogelijk worden geanticipeerd op de bepalingen inzake de bestuurlijke boete zoals opgenomen in het wetsvoorstel Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat op 22 juli 2004 bij de Tweede Kamer is ingediend.⁶ In de Boetenota wordt opgemerkt dat wachten op de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb niet gewenst is, aangezien door de Tweede Kamer reeds voor de indiening van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb is verzocht om verhoging van de boetes in de financiële sector, zodat aan dit laatste prioriteit dient te worden gegeven.

Voorgestelde wijzigingen

De in de Boetenota voorgestelde wijzigingen betreffen in hoofdlijn twee onderwerpen: (1) de hoogte van bestuurlijke boetes in de financiële wetgeving, en (2) boeteoplegging aan individuele bestuurders in de financiële wetgeving. Beide onderwerpen zullen hierna afzonderlijk worden behandeld.

1. Kamerstukken II 2004/05, 30 125, nr. 2.

2. *Het Financieele Dagblad* 3 februari 2005.

3. Stb. 1999, 509.

4. Kamerstukken II 2003/04, 29 370, nr. 1-2.

5. Zie hierover C.M. Grundmann-van de Krol, *Nota boetestelsel in financiële wetgeving*, Ondernemingsrecht 2005, p. 168-169.

6. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 1-3.

Hoogte boetes: gecombineerd stelsel

De financiële wetgeving kent op dit moment een systeem van vaste bestuurlijke boetes. In de verschillende financiële toezichtswetten wordt het maximum boetebedrag bepaald dat voor een afzonderlijke overtreding van een bepaling van de desbetreffende wet kan worden opgelegd (in de meeste toezichtswetten bedraagt dit maximumbedrag € 900.000). Het staat de financiële toezichthouders thans echter niet vrij een boete van dit bedrag op te leggen. De hoogte van de boete die een financiële toezichthouder voor een afzonderlijke overtreding kan opleggen, is immers bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) nader vastgelegd. In die bij de financiële toezichtswetten behorende AMvB's zijn tabellen opgenomen waarin vaste boetebedragen worden gekoppeld aan (overtreding van) de verschillende relevante artikelen van de desbetreffende financiële toezichtswet. Deze vaste boetebedragen worden in bepaalde gevallen vermenigvuldigd met een factor van 0,25 tot 10, afhankelijk van de draagkracht van de overtreder (vastgesteld aan de hand van zijn omzet of eigen vermogen).

In de Boetenota wordt voorgesteld om dit systeem gedeeltelijk te verlaten door ten aanzien van bepaalde overtredingen over te gaan op een systeem waarbij uitgegaan wordt van slechts een maximum boetebedrag, zonder invulling door middel van vaste boetebedragen (in de Boetenota ook wel 'flexibel stelsel' genoemd). Hierbij zal onderscheid worden aangebracht tussen lichte overtredingen en zwaardere overtredingen. Voor de zwaardere overtredingen zal het nieuwe flexibele stelsel van maximum boetebedragen gaan gelden, terwijl voor lichte overtredingen (in de Boetenota ook aangeduid als 'standaardovertredingen') de systematiek van vaste boetebedragen wordt gehandhaafd. Dit voorgestelde nieuwe stelsel wordt in de Boetenota het gecombineerde stelsel genoemd.

Het gecombineerde boetestelsel leidt volgens het ministerie van Financiën tot de volgende voordelen. Door de systematiek van maximum boetebedragen voor zwaardere overtredingen krijgen de financiële toezichthouders meer mogelijkheden om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. Aangezien voor de lichte overtredingen de vaste boetesystematiek wordt gehandhaafd, blijven ten aanzien van die overtredingen de voordelen van 'efficiëntie, duidelijkheid en zekerheid' voortbestaan.

Verder wordt in de Boetenota voorgesteld het in de verschillende financiële toezichtswetten neergelegde maximumbedrag voor afzonderlijke overtredingen te verhogen tot € 1 miljoen of – indien dat bedrag hoger is – tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel, dan wel eenmaal het bedrag van de door derden geleden schade. Daarnaast zal een tweede wettelijk boetemaximum worden geïntroduceerd van € 500.000 (of – indien dat bedrag hoger is – tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen

voordeel, dan wel eenmaal het bedrag van de door derden geleden schade). Dat tweede wettelijk boetemaximum van € 500.000 zal gelden voor overtredingen die niet tot de standaardovertredingen behoren, maar ook niet tot de zwaarste soort overtredingen. In de Boetenota worden deze overtredingen 'tussencategorie overtredingen' genoemd. Welk soort overtredingen in deze categorie zullen vallen en welk soort overtredingen in de categorie 'zwaarste overtredingen' respectievelijk 'standaardovertredingen', wordt in de Boetenota in een tabel weergegeven.

Ten slotte zullen de thans in de verschillende AMvB's neergelegde vaste boetebedragen, die zoals hiervoor vermeld voor lichte overtredingen zullen blijven bestaan, worden herzien en indien nodig worden aangepast.

Voor de bepaling van de boetehoogtes in de flexibele systematiek zullen verder bij AMvB zogenoemde boeterichtsnoeren worden vastgesteld, waarin de factoren zullen worden neergelegd waarmee de financiële toezichthouders bij het bepalen van de hoogte van de voor een zwaardere overtreding op te leggen boete rekening zullen moeten houden.

Boeteoplegging aan individuele bestuurders

In de Boetenota wordt ook voorgesteld om anticiperend op het wetsvoorstel Vierde tranche van de Awb voor zwaardere overtredingen de bevoegdheid voor financiële toezichthouders in te voeren om bestuurlijke boetes op te leggen aan individuele personen die opdracht hebben gegeven tot een overtreding van een financiële toezichtswet of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.

Wijziging ten opzichte van de huidige situatie?

Nu de inhoud van de Boetenota kort is uiteengezet, zal worden onderzocht in hoeverre het voorgestelde daadwerkelijk wijzigingen betreft ten opzichte van het huidige stelsel.

Maximaal op te leggen boete hoger

Op het eerste gezicht zou men zich kunnen afvragen in hoeverre het verhogen van het wettelijk boetemaximum van € 900.000 naar € 1 miljoen (voor de zwaarste overtredingen) een wezenlijke sanctieverhoging inhoudt, op welke sanctieverhoging de Tweede Kamer lijkt aan te sturen. Het voorgestelde wettelijk maximum blijft met dat bedrag immers nog altijd achter bij de in de Boetenota genoemde maximum boetebedragen die in de ons omringende landen worden gehanteerd (bijvoorbeeld Ierland: € 5 miljoen, België: € 2,5 miljoen).

Het in de Boetenota voorgestelde brengt mijns inziens ten aanzien van de zwaarste overtredingen echter wel degelijk een forse verhoging van de maximaal op te leggen boete mee. De reden hiervoor is niet zozeer gelegen in de verhoging van het wettelijk boetemaximum voor de zwaarste overtredingen met € 100.000, maar in het feit dat ten aanzien van zwaardere overtredingen de systematiek van (bij AMvB vastgestelde) vaste boetebedragen zal worden los-

gelaten en zal worden overgegaan op het flexibele stelsel. Dit betekent dat voor dit soort overtredingen in de toekomst niet langer het thans geldende, bij AMvB vastgestelde vaste boetetarief zal gelden, maar het bestuursorgaan aan de hand van de boeterichtsnoeren zelf het boetebedrag zal mogen bepalen.

Dat dit *de facto* een forse verhoging van de maximaal op te leggen boetes meebrengt, komt doordat de thans bij AMvB vastgelegde vaste boetebedragen, eventueel gekoppeld aan de bij AMvB vastgestelde vermenigvuldigingsfactoren, veel kleiner zijn dan het maximumbedrag dat op grond van de desbetreffende toezichtswet is toegestaan (in de meeste gevallen € 900.000). Ter illustratie: de maximale boete die onder de huidige Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 kan worden opgelegd, bedraagt € 522.750. De maximale boete die onder de huidige Wet toezicht kredietwezen 1992, Wet toezicht effectenverkeer 1995 en Wet toezicht beleggingsinstellingen kan worden opgelegd, is zelfs aanzienlijk lager, namelijk € 108.905. De maximumboete die men riskeert met ernstige overtreding (de Boetenota noemt als voorbeeld van de categorie zwaarste overtredingen het zonder vergunning actief zijn) van de drie laatstgenoemde wetten, wordt met het in de Boetenota voorgestelde aldus bijna vertienvoudigd.

Hier komt bij dat in de Boetenota de mogelijkheid wordt gecreëerd een boete op te leggen van tweemaal het wederrechtelijk verkregen voordeel, of eenmaal de door derden geleden schade. Aan deze bedragen wordt in de Boetenota geen maximum verbonden, zodat op grond van deze mogelijkheid in theorie een boete kan worden opgelegd die een veelvoud van € 1 miljoen bedraagt. Deze mogelijkheid staat bovendien ook open ten aanzien van overtredingen van de 'tussencategorie', waarvoor een wettelijk boetemaximum van € 500.000 zal gaan gelden.

Of de maximale boetes die voor 'standaardovertredingen' kunnen worden opgelegd, zullen worden verhoogd, is op grond van het in de Boetenota bepaalde niet duidelijk. Dit zal immers afhangen van de uitkomst van de voorgestelde herziening van deze maximumbedragen.

Boetes ook proportioneel?

In de Boetenota wordt verder gesteld dat met de (gedeeltelijke) introductie van het flexibele boetestelsel boetes voor zwaardere overtredingen ('tussencategorie' en 'zwaarste overtredingen') proportioneel zullen worden, daar het in de Boetenota voorgestelde de financiële toezichthouders in staat zal stellen om rekening te houden met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en overige omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Dat hier inderdaad sprake is van een wijziging ten opzichte van de huidige situatie, lijkt mij echter niet evident. Ook nu al, onder de vaste boetesystematiek, dienen de financiële toezichthouders immers met deze factoren rekening te houden. Dit volgt uit de terzake ontwikkelde jurisprudentie

van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁷ In de Boetenota wordt kort op die jurisprudentie gewezen, maar het belang ervan wordt mijns inziens onvoldoende onderkend. In de genoemde jurisprudentie oordeelde de rechter dat het in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) bepaalde meebrengt dat de rechter (vol) dient te toetsen of sprake is van evenredigheid tussen enerzijds de hoogte van de boete en anderzijds de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en de draagkracht van de overtreder.⁸ Is van evenredigheid geen sprake, dan kan de rechter een lagere boete opleggen of deze eventueel op nihil stellen. In andere woorden: de financiële toezichthouders dienen volgens de rechter telkens maatwerk te leveren en dienen hierbij verder te gaan dan het slechts nagaan of de bij AMvB vastgestelde maximumbedragen op grond van 'bijzondere omstandigheden' (de in de financiële toezichtswetten neergelegde hardheidsclausule) dienen te worden gematigd. Hiermee geeft de rechter aan de in de wet vastgelegde matigingsbevoegdheid een verdergaande invulling dan door de wetgever is bedoeld. In de memorie van toelichting bij de Wet IDBB wordt ten aanzien van de matigingsbevoegdheid immers gesteld dat deze 'nadrukkelijk is bedoeld om bij uitzondering in een buitengewoon, individueel geval te kunnen worden gebruikt'.⁹ Opgemerkt zij dat die verdergaande invulling in de literatuur door sommige schrijvers wordt bekritiseerd.¹⁰ De Raad van State lijkt daarentegen de genoemde jurisprudentie te volgen.¹¹

De hiervoor genoemde jurisprudentie brengt mee dat thans reeds sprake lijkt te zijn van enige flexibiliteit. De financiële toezichthouders zullen immers aan de hand van de genoemde factoren steeds een uitgebreide evenredigheidstoets dienen uit te voeren en aan de hand daarvan het boetebedrag eventueel dienen aan te passen, teneinde te voorkomen dat zij, in geval van toepassing van het vaste boetebedrag (met daarbij eventueel de eenvoudige constatering dat van bijzondere omstandigheden die nopen tot matigen van de boete, niet is gebleken), door de rechter worden teruggefloten.

Individuele bestuurders thans reeds beboetbaar

In de Boetenota wordt verder de indruk gewekt dat het in de wet opnemen van de mogelijkheid van het beboeten van individuele bestuurders een wijziging betreft ten opzichte van de thans bestaande situatie. Dit lijkt mij onjuist. Naar

7. Zie in dit kader o.m. Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, JOR 2005, 34 m.nt. Jansen, en CBB 29 april 2004, JOR 2004, 173.

8. Zie in dit verband ook C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op een magische lijn?, Den Haag: Sdu 2002, en R. Stijnen, Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter, NJB 2003, p. 1946-1953.

9. Kamerstukken II 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 8.

10. L.F.M. Verhey & N. Verheij, De macht van de marktmeesters, Preadvises NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 319.

11. Zie voor zijn standpunt en de reactie van het ministerie van Justitie daarop: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 20-21.

mijn oordeel kunnen bestuurders ook nu reeds door financiële toezichthouders persoonlijk worden beboet voor overtredingen die door een rechtspersoon zijn gepleegd, maar waaraan zij feitelijk leiding hebben gegeven. Dit volgt uit bestaande jurisprudentie, waarin aansluiting wordt gezocht bij de strafrechtelijke leerstukken inzake functioneel daderschap en feitelijk leiding geven aan gedragingen van een rechtspersoon.¹² Met de verwijzing in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb naar artikel 51 van het Wetboek van Strafvordering, waarop in de Boetenota wordt voorgesteld te anticiperen door het aangekondigde wetsvoorstel wijziging boetestelsel, zal de hiervoor genoemde bestaande jurisprudentie slechts worden gecodificeerd (zoals in de memorie van toelichting bij die wet ook wordt bevestigd).¹³

Strafrechtelijke handhaving en betrouwbaarheid bestuurders

Aangezien overtredingen van financiële wetgeving in veel gevallen eveneens strafbaar zijn gesteld in de Wet op de economische delicten (WED), blijft de mogelijkheid tot strafrechtelijke afdoening bestaan. Het zou kunnen dat het strafrecht door de verhoging van de bestuurlijke boetes voor zwaardere overtredingen, zoals voorgesteld in de Boetenota, minder snel zal worden toegepast. Immers, het strafrecht komt als *ultimum remedium* in beginsel pas in beeld indien bestuursrechtelijke handhaving naar het oordeel van de toezichthouder niet toereikend is.¹⁴

Bestuurlijke afdoening brengt in geval van boeteoplegging aan een individuele bestuurder mee dat een 'strafblad' wordt voorkomen. Immers, bestuurlijke boetes worden niet opgenomen in het justitieel documentatieregister als bedoeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Hoewel dit vaak als voordeel wordt gezien van bestuurlijke bestraffing, is het overigens maar de vraag of bestuurders in de financiële sector hiermee zoveel beter af zijn, gezien de betrouwbaarheidstoets waaraan zij als beleidsbepaler van een financiële instelling moeten voldoen. Bij het beoordelen van deze betrouwbaarheid wegen de financiële toezichthouders immers niet alleen strafrechtelijke anteceden-ten mee, maar ook toezichtsantecedenten.¹⁵ In dat kader zijn bovendien niet alleen opgelegde bestuurlijke boetes aan individuele bestuurders van belang, maar tevens bestuurlijke boetes, opgelegd aan de rechtspersoon ten aanzien waarvan de getoetste persoon beleidsbepaler is, of is geweest.

12. Vgl. ABRvS 22 maart 1995, AB 1995, 538, Rb. Rotterdam 15 juli 2002, AB 2003, 343 en meer recent Rb. Rotterdam 28 juni 2005, LJN AT8722.

13. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 81-82.

14. Zie in dit verband F. de Vries, Het bestuurlijke sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving. Blijft er nog iets te wensen over voor de toezichthouder?, TOS 2004, p. 150-158.

15. Zie de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing, Stert. 2005, 20, en het vragenformulier Betrouwbaarheidsonderzoek (mede)beleidsbepalers in de financiële sector, dat op de websites van de financiële toezichthouders is te vinden.

Conclusie

In de Boetenota wordt een aantal aanzienlijke wijzigingen voorgesteld. De belangrijkste hiervan betreft de introductie voor zwaardere overtredingen van een flexibel stelsel van maximumboetes. Als gevolg van dit flexibele stelsel zal in de toekomst het wettelijk boetemaximum onder omstandigheden daadwerkelijk kunnen worden opgelegd. Tevens voorziet de Boetenota in een verhoging van het wettelijk boetemaximum voor de zwaarste overtredingen naar € 1 miljoen of – indien dat bedrag hoger is – tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel, dan wel eenmaal het bedrag van de door derden geleden schade.

In de Boetenota komt verder een tweetal onderwerpen aan de orde dat niet, of in veel mindere mate, wijzigingen meebrengt ten opzichte van het huidige stelsel. Dit betreft de invoering van de mogelijkheid voor financiële toezichthouders om bij het bepalen van de boetehoogte rekening te houden met alle omstandigheden van het geval (hetgeen tot proportionele boetes zou moeten leiden) en de mogelijkheid van beboeting van individuele bestuurders. Beide mogelijkheden bestaan naar mijn oordeel nu al op grond van bestaande jurisprudentie.

Men kan erover twisten of de voorgestelde belangrijke wijzigingen leiden tot een 'integrale herziening' van het bestaande boetestelsel. Het lijkt erop dat door het ministerie van Financiën met de Boetenota ook is gepoogd een signaal af te geven, aan de politiek en de markt, dat bestuursrechtelijke handhaving serieus genomen dient te worden. Dit lijkt verstandig vanuit het oogpunt van handhaving. De preventieve werking van een punitieve sanctie valt of staat nu eenmaal bij de afschrikwekkende werking daarvan. Ik bespeur echter ook een vleugje effectbejag.

*Mr. C.A. Doets
NautaDutilh*