

Het handhavingsbeleid, een overzicht

mr. W.M. Schermer*

1. Inleiding

De invoering van het publicatieregime geeft een beter inzicht in het handhavingsbeleid van AFM en DNB. Publicaties van handhavingsmaatregelen geven immers inzicht in de wijze waarop dit beleid in de praktijk door toezichthouders wordt toegepast.

In dit artikel geef ik een paar overzichten van de verschillende handhavingsmaatregelen die toezichthouders in de afgelopen jaren hebben opgelegd. Deze overzichten zijn ontleend aan publieke bronnen hetgeen betekent dat het hier alleen om gepubliceerde handhavingsmaatregelen gaat en om handhavingsmaatregelen die door de toezichthouders op een indirecte wijze – bijvoorbeeld in hun jaarverslagen – bekend zijn gemaakt.

Na deze overzichten plaats ik nog een paar algemene en meer specifieke opmerkingen die voor de praktijk van belang kunnen zijn.

2. Het publicatieregime

De invoering van de Wft in 2007 heeft onder andere met zich gebracht dat toezichthouders (bepaalde) handhavingsmaatregelen mogen of zelfs moeten publiceren.

De kern van het publicatieregime is ongetwijfeld de publicatieplicht neergelegd in art. 1:97 Wft. Toezichthouders zijn op basis van deze wettelijke bepaling verplicht om bestuurlijke boetes die zijn opgelegd voor bepaalde overtredingen van de Wft of lagere regelgeving, vijf werkdagen na toezending daarvan aan de financiële ondernemingen, te publiceren.¹ Van publicatie wordt slechts afgezien indien de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht.² De desbetreffende financiële onderneming heeft vervolgens binnen deze vijf werkdagen de tijd om een voorlopige voorziening aan te vragen bij de bestuursrechter in Rotterdam. De aanvraag – mits ook een bodemprocedure wordt geïnitieerd – heeft een schorsende werking. Het stelsel van de wet schrijft voor dat de voorzieningenrechter bij wijze van voorlopige voorziening kan besluiten dat het publicatiebesluit wordt geschorst totdat het boetebesluit rechtens onaantastbaar is geworden.

Een belangrijke ontwikkeling vormt een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Hierin oordeelde het College dat opheffing van de schorsing mogelijk is, indien bij de beslissing op het bezwaar het primaire boetebesluit wordt herroepen en een nieuwe beslissing ten aanzien van de oplegging van de boete wordt genomen. Als het gebrek dat aan het primaire boetebesluit kleefde op deze manier door de toezichthouder wordt weggenomen, kan de toezichthouder de voorzieningenrechter verzoeken om het publicatieverbod ten aanzien van dat boetebesluit op te heffen.³ Het is de vraag wat deze uitspraak voor de praktijk gaat betekenen. Waarschijnlijk zal de toezichthouder vaak gebruik gaan maken van deze mogelijkheid om bij een herzien boetebesluit het publicatieverbod te schorsen.⁴

2.1 Overzicht bestuurlijke boetes AFM

Een in de praktijk belangrijke handhavingsmaatregel is de bestuurlijke boete. Het is een maatregel van repressieve aard en niet zozeer van preventieve aard of strekkende tot herstel van een bepaalde situatie. Juist vanwege het feit dat een bestuurlijke boete in beginsel door de toezichthouder gepubliceerd moet worden, trekt deze handhavingsmaatregel de aandacht van het publiek. De publicatie van de boete wordt daarom veelal door financiële ondernemingen ervaren als een maatregel van punitieve aard.⁵

Het onderstaande overzicht laat zien welke bestuurlijke boetes door de AFM zijn opgelegd in de periode 2008 tot en met 2011. Het overzicht maakt onderscheid naar de verschillende financiële ondernemingen.

| | 2008 ⁶ | 2009 ⁷ | 2010 ⁸ | 2011 ⁹ |
|---|-------------------|-------------------|-------------------|-------------------|
| Aanbieders: | | | | |
| Aanbieden | 1 | 13 | 15 | 7 |
| Verlenen van beleggingsdiensten en verrichten van beleggingsdiensten | 0 | 0 | 4 | 1 |
| Accountants: | | | | |
| Verlenen van accountantsdiensten | 0 | 0 | 0 | 4 |
| Adviseurs en bemiddelaars: | | | | |
| Adviseren en bemiddelen | 4 | 23 | 13 | 13 |
| Effecten uitgevende instellingen: | | | | |
| Marktmisbruik en Meldingen | 6 | 6 | 7 | 8 |
| Emissies en Openbare biedingen | 2 | | | |
| Illegale financiële activiteiten | 7 | 0 | 0 | 0 |
| Informatieverstrekking | 0 | 1 | 0 | |
| Niet-vergunninghouders | 0 | 9 | 12 | 0 |
| Pensioenen: | | | | |
| Toezicht pensioenuitvoerders | 0 | 0 | 2 | 2 |
| Totaal | 20 | 52 | 53 | 35 |

* Wieke Schermer is advocate te Amsterdam.

1. Art. 1:97 lid 2 Wft.
2. Art. 1:97 lid 4 Wft.
3. College van Beroep voor het bedrijfsleven, d.d. 24 april 2012, *JOR* 2012/220 met noot van J.A. Voerman en A.J.P. Tillema.
4. Zie ook in *Ondernemingsrecht*, 2012, aflevering 10/11, nr. 86 over deze uitspraak.
5. Uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat een bestuurlijke boete geen punitief karakter zou hebben: 'De publicatie van een bestuurlijke boete dan wel een dwangsom zoals vormgegeven in dit voorstel, is evenmin als de publicatie op grond van artikel 1:94 punitief van aard.' *Kamerstukken II* 29 708, nr. 19.
6. Jaarverslag AFM 2008, p. 134-135.
7. Jaarverslag AFM 2009, p. 148-149.
8. Jaarverslag AFM 2010, p. 126-127.
9. Jaarverslag AFM 2011, p. 140.

Een aantal punten valt op.

Het eerste punt dat opvalt is dat tot 2010 sprake is van een toename van het aantal opgelegde boetes. Met name in 2009 is het aantal boetes fors gestegen, te weten van 20 boetes in 2008 naar 52 boetes in 2009. Dit is bijna het driedubbele ten opzichte van het jaar daarvoor. Het aantal boetes daalt vervolgens in 2011 van 53 boetes (2010) naar 36.

Het tweede punt dat opvalt is dat door de AFM met name boetes zijn opgelegd aan adviseurs en bemiddelaars. Aanbieders zijn een goede tweede. Als we deze twee categorieën van financiële ondernemingen bij elkaar optellen dan zien we dat de AFM aan deze groep in 2008 in totaal 5 boetes heeft opgelegd en in 2009 in totaal 36. Deze stijging kan onder andere worden verklaard door het feit dat de AFM in de jaren 2009 en 2010 veel aanbieders die adviseerden heeft beboet in verband met het niet naleven van het ken-uw-cliëntbeginsel, zoals dat is neergelegd in art. 4:23 Wft. In 2009 worden er vanwege overtreding van art. 4:23 Wft 15 boetes gepubliceerd en in 2010 16 boetes. Dit is een aanzienlijke stijging ten opzichte van het jaar 2008, toen waren dit nog maar 2 boetes. Bijna de helft van alle gepubliceerde boetes in 2009 en 2010 zijn opgelegd in verband met overtreding van deze norm. De overtredingen zijn met name begaan bij de advisering over betalingsbeschermers in het kader van het verstrekken van hypotheek. Bijvoorbeeld werkloosheidsverzekeringen, arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en overlijdensrisicoverzekeringen. De AFM heeft in 2008 aangegeven dat het verbeteren van de kwaliteit van het advies hoog op de agenda stond. Het is in die zin dan ook niet opvallend dat het aantal boetes in het jaar daarop is gestegen.

Een derde punt dat opvalt is dat de AFM vanaf 2009 boetes is gaan opleggen aan niet-vergunninghouders. In 2008 was hier nog geen enkele boete voor opgelegd en in 2009 en 2010 zijn dit er in totaal 21. Een verklaring hiervoor is te vinden in het jaarverslag van de AFM van 2008. Hier kondigt de AFM aan dat een van de speerpunten in het toezicht de aanpak van de onderkant van de markt wordt, waarbij illegale activiteiten, zoals het adviseren zonder vergunning, worden aangepakt. Dit zien we dan ook terugkomen in bovenstaand schema.

2.2 Overzicht bestuurlijke boetes DNB

DNB is ook bevoegd om bestuurlijke boetes op te leggen. In onderstaand schema worden de bestuurlijke boetes die door DNB zijn opgelegd weergegeven.

| | 2008 ¹⁰ | 2009 ¹¹ | 2010 ¹² | 2011 ¹³ |
|------------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Banken | 2 | - | - | |
| Verzekeraar | - | - | 1 | |
| Pensioenfondsen | 1 | 1 | - | |
| Geldtransactiekantoren | 2 | 1 | - | |
| Trustkantoren | 3 | - | - | |
| Totaal | 8 | 2 | 1 | 2 |

Het meest opvallende is uiteraard dat het aantal gepubliceerde boetes fors minder is dan het aantal door de AFM opgelegde en gepubliceerde boetes. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat DNB een andere afweging maakt dan de AFM bij de vraag of dit het juiste handhavingsinstrument is om bij een overtreding in te zetten. In het handhavingsbeleid van de toezichthouders staat dat er voor de AFM gelet op de doelen van het gedragstoezicht in beginsel geen aanleiding zal zijn om af te zien van publicatie van een boete. Daarentegen dient DNB gelet op de doelen van het prudentieel toezicht, bij de beoordeling of moet worden afgezien van publicatie, rekening te houden met de potentiële impact van de publicatie op de financiële stabiliteit van de sector, de potentiële schade die wordt toegebracht aan het vertrouwen in de financiële sector en andere potentiële schade die – bezien vanuit de prudentiële toezichtstaak – relevant kan zijn.⁷ Dit is een zwaardere, althans andere, afweging dan die de AFM moet maken. We zien dan ook dat DNB eerder gebruik maakt van andere handhavingsmaatregelen. DNB meldt in haar jaarverslag 2011 dat de last onder dwangsom de meest door haar ingezette maatregel is.

2.3 Overzicht lasten onder dwangsom AFM

In onderstaand schema wordt een overzicht gegeven van alle lasten onder dwangsom die door de AFM in de jaren 2008 tot en met 2011 zijn opgelegd.

| | 2008 ¹⁵ | 2009 ¹⁶ | 2010 ¹⁷ | 2011 ¹⁸ |
|---|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Aanbieders: Aanbieden | 2 | 3 | 3 | 1 |
| Adviseurs en bemiddelaars: Adviseren en bemiddelen | 69 | 14 | 7 | 4 |
| Toezicht informatieverstrekking | 52 | 0 | 2 | 1 |
| Overige: Toezicht pensioenuitvoerders Wet handhaving consumentenbescherming | 0 0 | 2 15 | 0 6 | 0 1 |
| Niet-vergunninghouders | 0 | 25 | 24 | 1 |
| Integriteitstoezicht | 0 | 0 | 0 | 12 |
| Totaal | 123 | 59 | 42 | 20 |

Welke punten vallen op?

Het eerste punt dat opvalt is dat het aantal lasten onder dwangsom in de loop der jaren sterk afneemt. Waren er in 2008 nog 123 lasten onder dwangsom opgelegd, in 2011 waren dit er nog 'maar' 19. De AFM geeft in haar jaarverslag aan dat de lasten vooral worden gebruikt als de AFM twijfels heeft over de legaliteit van bepaalde activiteiten. De betrokken ondernemers kregen dan bijvoorbeeld de plicht informatie aan te leveren. Kennelijk voldoen ondernemingen in 2011 beter aan deze informatieverzoeken, waardoor minder lasten nodig zijn.

10. Jaarverslag DNB 2008, p. 106.

11. Jaarverslag DNB 2009, p. 111.

12. Jaarverslag DNB 2010, p. 107.

13. Jaarverslag DNB 2011, p. 85.

14. Zie het handhavingsbeleid van AFM en DNB, p. 8 onder c.

15. Jaarverslag AFM 2008, p. 134-135.

16. Jaarverslag AFM 2009, p. 148-149.

17. Jaarverslag AFM 2010, p. 126-127.

18. Jaarverslag AFM 2011, p. 140.

Een tweede punt dat opvalt zijn de lasten die zijn opgelegd ter handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken. De AFM heeft sinds oktober 2008 op basis van deze wet de mogelijkheid om handhavend op te treden jegens marktpartijen die - kort gezegd - misleidende informatie verstrekken. De AFM heeft in 2010 aangegeven verder te gaan met onderzoeken in het kader van de Whc. Daarnaast heeft de AFM op grond van de Whc ook de bevoegdheid om handhavend op te treden als art. 6 van de Colportagewet wordt overtreden. In 2010 is het toezicht op deze overtredingen verscherpt. De AFM heeft inmiddels negen lasten onder dwangsom opgelegd ter handhaving van oneerlijke handelspraktijken.¹⁹

Een van deze dwangsommen heeft de AFM op 7 september 2010 aan CIG Biodiesel opgelegd. CIG Biodiesel kreeg de last opgelegd omdat zij had nagelaten essentiële informatie aan haar obligatiehouders te verstrekken (Biodiesel moest krachtens deze last alsnog de juiste informatie verschaffen).²⁰ De handelwijze van CIG Biodiesel was volgens de AFM een misleidende, en daarmee oneerlijke, handelspraktijk. Het interessante van deze boete was dat het hier ging om een uitgifte van obligaties met een waarde van € 50.000. Deze beschikking maakte (aan een ieder) duidelijk dat de AFM ook handhavend kan optreden tegen misleidende informatie, ook al is de prospectusplicht niet van toepassing op de desbetreffende uitgifte.

2.4 Overzicht lasten onder dwangsom DNB

In onderstaand schema wordt weergegeven hoeveel lasten onder dwangsom DNB in de afgelopen jaren heeft opgelegd.

| | 2008 ²¹ | 2009 ²² | 2010 ²³ | 2011 ²⁴ |
|------------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Verzekeraars | 17 | 20 | 22 | |
| Pensioenfondsen | 293 | 181 | 89 | |
| Geldtransactiekantoren | 1 | - | - | |
| Trustkantoren | 8 | 1 | - | |
| Beleggingsonderneming | - | 1 | 3 | |
| Totaal | 319 | 203 | 114 | 112 |

Welke punten vallen op?

Het eerste dat opvalt is dat DNB (kennelijk) geen lasten van dwangsom heeft opgelegd aan banken.

Het tweede dat opvalt is dat pensioenfondsen verhoudingsgewijs veel lasten onder dwangsom opgelegd krijgen. Deze toename wordt verklaard door het feit dat pensioenfondsen niet alleen een sanctie kunnen krijgen voor het niet tijdig indienen van de jaarstaten maar sinds november 2007 ook geconfronteerd kunnen worden met handhavingsmaatregelen indien kwartaalrapportages niet tijdig worden ingestuurd.²⁵

Het schema laat verder zien dat DNB in de loop der jaren minder gebruik maakt van dit handhavingsinstrument. De last onder dwangsom blijft echter van alle formele handhavingsmaatregelen het instrument dat door DNB het meest wordt ingezet.

Tot zover de overzichten van bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom die door de toezichthouders in de afgelopen jaren zijn opgelegd.

3. Overige aandachtspunten

In dit hoofdstuk volgen nog een paar specifieke opmerkingen over het handhavingsbeleid van de toezichthouders.

3.1 Informele toezichtsmaatregelen

Het lijkt erop alsof de AFM meer gebruik is gaan maken van de mogelijkheid om zogenaamde informele toezichtsmaatregelen op te leggen en minder vaak gebruik heeft gemaakt of heeft moeten maken van de mogelijkheid om formele maatregelen op te leggen. Het aantal informele toezichtsmaatregelen is het afgelopen jaar immers fors toegenomen.

Informele toezichtsmaatregelen zijn zogenaamde normoverdragende gesprekken en (waarschuwings)brieven. Waar we in 2011 een daling zien van het aantal formele maatregelen (van 366 formele maatregelen in 2010 naar 261 in 2011) zien we een stijging van het aantal informele maatregelen (van 673 in 2010 naar 919 in 2011).

De jaarverslagen van de AFM geven geen inzicht in het aantal aanwijzingen, dat aan financiële ondernemingen is opgelegd, al dan niet in combinatie met een andere handhavingsmaatregel. Bijvoorbeeld een bestuurlijke boete in combinatie met een aanwijzing. De boete kent een repressief karakter terwijl de aanwijzing erop gericht is om de gewenste gedraging te bewerkstelligen. Het is genoegzaam bekend dat de AFM (en ook DNB) gebruik maakt van de mogelijkheid om ter zake van hetzelfde feitencomplex meerdere handhavingsmaatregelen op te leggen.

3.2 Intrekking vergunningen

Onderstaand schema laat zien hoeveel vergunningen door de AFM in de jaren 2008 tot en met 2011 zijn ingetrokken.

| | 2008 ²⁶ | 2009 ²⁷ | 2010 ²⁸ | 2011 ²⁹ |
|---|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Aanbieders: Aanbieden | 3 | 1 | 1 | 0 |
| Verlenen van beleggingsdiensten en verrichten van beleggingsdiensten | 1 | 6 | 0 | 0 |
| Adviseurs en bemiddelaars: Adviseren en bemiddelen | 47 | 31 | 28 | 97 |
| Integriteitstoezicht | 0 | 0 | 0 | 5 |
| Totaal | 51 | 38 | 29 | 102 |

Dit schema laat een forse stijging van het aantal ingetrokken vergunningen in 2011 zien.

De AFM verklaart deze stijging in haar jaarverslag van 2011 en geeft aan dat dit men name komt door het intrekken van vergunningen door adviseurs en bemiddelaars (tussenpersonen) die aan de onderkant van de markt opereerden en niet aan de vereisten van de Wft konden voldoen.

19. Zie de digitale versie van het AFM-jaarverslag 2011, onder thema aanpak schendingen integriteit.

20. Zie hiervoor de art. 8.8 Whc, juncto art. 6:193b, eerste, tweede en derde lid, juncto art. 6:193d, eerste lid, BW en art. 3.2, tweede lid, juncto art. 2.10, tweede lid Whc.

21. Jaarverslag DNB 2008, p. 106.

22. Jaarverslag DNB 2009, p. 111.

23. Jaarverslag DNB 2010, p. 107.

24. Jaarverslag DNB 2011, p. 85.

25. Zie ook DNB jaarverslag 2008 p. 105.

26. Jaarverslag 2008, p. 134-135.

27. Jaarverslag 2009, p. 148-149.

28. Jaarverslag 2010, p. 126-127.

29. Jaarverslag 2011, p. 140.

4. Algemene opmerkingen

Hierna zal ik enkele algemene opmerkingen plaatsen naar aanleiding van de bovenstaande overzichten die voor de praktijk belangrijk kunnen zijn.

4.1 Agenda toezichthouder

Een belangrijke constatering is dat sprake is van een verband tussen enerzijds de aankondiging van de AFM om een bepaald onderwerp meer aandacht te geven en anderzijds het aantal handhavingsmaatregelen ten aanzien van dat onderwerp. Anders gezegd, indien de AFM in een jaarverslag of in haar jaaragenda aankondigt aandacht te zullen besteden aan een bepaald onderwerp dan dienen financiële ondernemingen er rekening mee te houden dat de AFM ten aanzien van dat onderwerp op korte termijn handhavend zal optreden.

Het meest in het oog springende voorbeeld is de aankondiging van de AFM aandacht te zullen besteden aan de naleving van het ken-uw-cliëntbeginsel. Zo geeft de AFM in haar jaarverslag van 2008 aan dat zij zich gaat focussen op het verbeteren van de kwaliteit van het advies. In de jaren die daarop volgen zien we een grote stijging van boetes die worden opgelegd in verband met onjuiste advisering. In 2009 worden er 15 boetes gepubliceerd op basis van art. 4:23 Wft en in 2010 zijn dit er 16. Dit is een opvallende stijging aangezien er in 2008 slechts 2 boetes op basis van dat artikel waren gepubliceerd.

Een ander voorbeeld is de aankondiging van de AFM in haar jaarverslag van 2009 dat zij de focus gaat leggen op aanbieders van beleggingsproducten. Art. 2:55 Wft bepaalt dat het in Nederland verboden is om zonder vergunning beleggingsobjecten aan te bieden. In 2010 zien we vervolgens dat er 3 boetes wegens schending van de vergunningsplicht worden gepubliceerd. In 2008 en 2009 was er nog geen enkele boete op basis van dat artikel gepubliceerd.

Uit het bovenstaande blijkt dat financiële ondernemingen zich (actief) kunnen voorbereiden op onderzoeken van de AFM (en DNB) en op mogelijk handhavend optreden indien de toezichthouder aankondigt haar toezicht te gaan richten op een bepaald onderwerp.

4.2 Open normen

Een groot aantal normen uit het publiekrecht (met name de Wft) zijn open normen. De aard van een open norm brengt met zich dat de concrete invulling van die open norm afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Wat is een passend advies? Wanneer is voldoende cliëntinformatie ingewonnen? Niet alleen wordt de concrete invulling van de open norm beïnvloed door de omstandigheden van het geval maar ook kunnen verschillende inzichten bestaan over de wijze waarop een open norm moet worden nageleefd. Open normen kunnen ook nader worden ingevuld door de AFM, in die zin dat de AFM kan publiceren op welke wijze naar haar inzicht een open norm het beste kan worden nageleefd. De AFM zal in de regel ook de door haar gepubliceerde invulling van de desbetreffende open norm, willen handhaven. Een voorbeeld daarvan zijn de leidraden die de AFM heeft gepubliceerd ter naleving van de plicht om een passend (hypotheek)advies te verstrekken. Deze leidraden, in totaal 7 publicaties, vormen een goede guidance in de praktijk voor hypotheekadviseurs. De inzichten die de AFM in deze leidraden geeft, blijken in de praktijk ook inzichten te

zijn – logischerwijs – die aan handhavingsmaatregelen ten grondslag liggen.

Maar wat als guidance van de zijde van de toezichthouder ontbreekt?

Het verweer van financiële ondernemingen dat er ten tijde van de overtreding geen guidance beschikbaar was en dat het daardoor onduidelijk is hoe deze norm door de toezichthouder werd geïnterpreteerd, wordt in de regel niet gehonoreerd. Het ontbreken van bepaalde guidance doet geen afbreuk aan de zelfstandige verplichting van de financiële onderneming om zich aan de wettelijke verplichting te houden.³⁰ Zo overweegt de Rechtbank Rotterdam:

‘Dat de hiervoor aangehaalde guidance is opgesteld nadat de gewraakte gedragingen hebben plaatsgevonden brengt niet met zich dat de uitleg die AFM (en de voorzieningenrechter) aan artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wft geeft niet was te voorzien ten tijde van de gedragingen van BRSB. Aan de hand van de wettekst en wetsgeschiedenis had het naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor BRSB duidelijk kunnen zijn dat haar handelwijze als misleidend in de zin van voornoemde bepaling zou kunnen worden gekwalificeerd (vergelijk CBB 22 februari 2012, LJV BV6713).³¹

Een uitzondering hierop kan worden gemaakt indien sprake is van een pleitbaar standpunt. Wanneer er precies sprake is van een bepleitbaar standpunt is moeilijk te bepalen nu er geen eenduidige definitie is van dit begrip. Wel blijkt dat indien het standpunt van de beboete (rechts)persoon weliswaar onjuist is, maar wel pleitbaar is, er geen plaats is voor het opleggen van een boete.³² Dit is een algemeen leerstuk ontleend aan het fiscaal strafrecht dat inmiddels ook terug te vinden is in het financieel bestuursrecht. Een voorbeeld daarvan is het oordeel van de voorzieningenrechter Rotterdam van 27 oktober 2010.³³

De voorzieningenrechter Rotterdam oordeelde in deze zaak dat de AFM gezien de omstandigheden van het geval niet in redelijkheid tot oplegging van een boete had mogen overgaan. Een van de omstandigheden waarom dit door de rechter onredelijk werd geacht was dat het voor marktpartijen, gelet op de wetsgeschiedenis van de Wet financiële dienstverlening en de Wft alsmede de informatieverstrekking door AFM over dit onderwerp, geenszins duidelijk had moeten zijn dat het aanbieden van landbouwkavels onder omstandigheden zou kunnen kwalificeren als het aanbieden van beleggingsobjecten. Nu dit voor marktpartijen niet duidelijk kon zijn werd de inzet van het boete instrument mede gelet op andere omstandigheden door de voorzieningenrechter onredelijk geacht.

30. Zie bijvoorbeeld het boetebesluit van de AFM inzake AveWe Holding B.V. d.d. 22 december 2011.

31. Rechtbank Rotterdam, 21 maart 2012, LJV BW0061.

32. Zie de bijdrage van H.J. Sachse en J.S. Roepnarain ‘Het leerstuk van het bepleitbaar standpunt in het financieel recht’, in de lustrumbundel 2012 Vereniging voor Effectenrecht, *Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*, deel 113.

33. Rechtbank Rotterdam, d.d. 27 oktober 2010 (*JOR* 2010/347 m.nt. De Groot).

In de toekomst zal de door de AFM gepubliceerde guidance waarschijnlijk aan importantie toenemen. Immers, de Minister van Financiën heeft aangekondigd dat de invulling van de nieuw in de Wft geïntroduceerde generieke zorgplicht plaats zal vinden door de AFM.

Deze generieke zorgplicht houdt kort gezegd in (i) dat een financiële dienstverlener de belangen van de consument in acht moet nemen en (ii) dat een adviseur moet handelen in het belang van de consument. De Minister van Financiën hierover:

‘Een wettelijk verankerde algemene zorgplicht kan een handvat bieden voor de AFM om tijdig in te grijpen bij onvoorziene en evidente misstanden op de markt die schadelijke gevolgen kunnen hebben voor consumenten. De introductie van deze norm zal de AFM in staat stellen om handhavend op te treden ook voordat de schade voor de consument, cliënt of begunstigde zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Dit betekent ook dat de concrete normstelling ter invulling van de algemene zorgplicht in beginsel plaatsvindt door de toezichthouder [cursivering: WS] Indien wenselijk, zal de AFM haar handhavingsbeleid kenbaar maken aan marktpartijen. Daarnaast heeft de wetgever de mogelijkheid om concrete normen ter invulling van de zorgplicht wettelijk te verankeren. Het uitgangspunt is en blijft echter dat AFM optreedt op grond van de bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners. Slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer sprake is van onvoorziene marktgedrag dat kan resulteren in schade voor consumenten zal de AFM op grond van de algemene zorgplicht handhaven.’

Het is de vraag of de AFM guidance zal geven alvorens zij over zal gaan tot handhaving. Deze guidance zal dan het komende jaar gegeven moeten worden nu de beoogde inwerkingtreding 1 januari 2014 is.

4.3 Zelfregulering

Om onduidelijkheid over de invulling van concrete normen in de markt weg te nemen kunnen brancheorganisaties zelf invulling geven aan open normen. Hoewel deze code daar aanvankelijk niet voor bedoeld was, wordt de Gedragscode Hypothecaire Financieringen beschouwd als een vorm van zelfregulering ter invulling van het verbod van overkreditering. De AFM heeft aan marktpartijen kenbaar gemaakt deze gedragscode te zien als een minimale invulling van de wettelijke normen ten aanzien van overkreditering.³⁴ Dit betekent dat een marktpartij weet dat indien hij zich aan deze vorm van zelfregulering houdt, hij de open norm uit de Wft niet overtreedt (in de ogen van de toezichthouder).

Het voorgaande betekent overigens niet dat de marktpartij die afwijkt van de door de AFM omarmde zelfregulering, in casu de Gedragscode Hypothecaire Financieringen, zonder meer een overtreding begaat van het verbod van overkreditering of het gebod om acceptatiecriteria op te stellen ter voorkoming van overkreditering. Het boetebesluit inzake Mercedes Benz illustreert dit.³⁵ In deze zaak kreeg Mercedes Benz twee boetes opgelegd, waarvan een boete omdat zij in haar acceptatiecriteria onvoldoende had vastgelegd onder welke omstandigheden mocht worden afgeweken van de gedragscode die was opgesteld door De Vereniging Financieringsondernemingen in Nederland. Nu Mercedes Benz hier volgens

de AFM onvoldoende rekening mee had gehouden werd haar een boete wegens schending van art. 115 Bgfo opgelegd. De bestuursrechter oordeelde kort gezegd dat Mercedes Benz bij het opstellen van acceptatiecriteria mocht afwijken van de VFN Gedragscode. Zo overwoog de bestuursrechter:

‘In de procedure CK is opgenomen dat de Gedragscode VFN te allen tijde van toepassing is. Gelet op onderdeel 6 van de Procedure CK hanteerde MBFS afwijkende – namelijk veel lagere – leefnormen dan die volgen uit de Gedragscode VFN. De rechtbank ziet daarom aanleiding om de in de Procedure CK opgenomen bepaling dat de Gedragscode VFN te allen tijde van toepassing is als een verschrijving te duiden. MBFS heeft aldus met de Procedure CK criteria vastgesteld als bedoeld in artikel 115, eerste lid, van het Bgfo. Dat die criteria grotendeels afwijken van de Gedragscode VFN en dat de toepassing daarvan volgens AFM tot overkreditering kan leiden, doet daar niet aan af.’³⁶

Vervolgens oordeelde de bestuursrechter dat de AFM een te ruime uitleg aan art. 115 Bgfo had gegeven. Het beroep van Mercedes Benz tegen dit besluit werd daarom gegrond geacht en vernietigd.

Wellicht verdient het de overweging voor brancheorganisaties om vaker over te gaan tot zelfregulering ter invulling van een open (publiekrechtelijke) norm, dit om een standaard te ontwikkelen die guidance geeft voor de eigen praktijk en waarop in eventuele discussies of rechtszaken beroep kan worden gedaan.

4.4 Nieuw boetestelsel en hoorplicht

De invoering van het nieuwe boetestelsel per 1 augustus 2009 betekent dat toezichthouders hogere boetes kunnen opleggen. De boetebedragen kunnen oplopen tot 4 miljoen euro en bij recidive 8 miljoen euro. Voorheen was sprake van een gefixeerd boetebedrag (afgezien van de mogelijkheid van eventuele matiging). Het is nu - kort gezegd - aan de toezichthouder om binnen de wettelijke bandbreedte de hoogte van de boete te bepalen.

Als we kijken naar alle boetes die tot nu zijn gepubliceerd en onder het nieuwe boetestelsel zijn opgelegd dan zien we dat de AFM in alle gevallen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om de boete te matigen. De ernst of duur, verwijtbaarheid, recidive en de draagkracht van de overtreden financiële onderneming zijn belangrijke omstandigheden waarmee de toezichthouder bij de bepaling van de hoogte van de boete rekening houdt.³⁷

Het is voor de financiële onderneming op basis van dit nieuwe boetestelsel echter niet goed mogelijk om zich uit te

34. AFM heeft bij brieven van 10 juni 2008 aanbieders van consumptief krediet medegedeeld voor kredieten boven € 5.000,00 de normen van de NVB en VFN te hanteren als minimale invulling van de open normen ter voorkoming van overkreditering.

35. Zie AFM boetebesluit inzake Mercedes Benz Financial Services B.V. d.d. 8 april 2010.

36. Rechtbank Rotterdam, d.d. 4 mei 2011 (JOR 2011/228).

37. Zie de art. 2, 3 en 4 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector. Zie ook de publicatie van de AFM over de bepaling van de hoogte van de boete, ‘Hoe hoog wordt de boete?’ in *Inzicht*, oktober 2012, nr. 29.

laten over de bepaling van de hoogte van de boete door de toezichthouder. De AFM maakt in de praktijk in het voorgenomen boetebesluit niet kenbaar wat de hoogte van het voorgenomen boetebedrag is. De financiële onderneming kan zich hierdoor in haar zienswijze niet uitlaten over de hoogte van het eventuele boetebedrag en welke omstandigheden daarbij zijn afgewogen. Juist omdat het boetebedrag en de hoogte daarvan, essentiële elementen zijn van het boetebesluit en de toezichthouder bepaalt wat de hoogte van het bedrag is (mits zij binnen de bandbreedtes blijft), dient de financiële onderneming zich uit te kunnen laten over de hoogte van de voorgenomen boete.

De vraag of dit een schending van het beginsel van hoor en wederhoor oplevert is een juridisch interessante vraag waar nog geen antwoord op is. Op dit moment heeft alleen de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat dit geen schending oplevert.³⁸ Zo overwoog de rechter:

‘Het betoog van BRSO dat AFM niet op zorgvuldige wijze tot een vaststelling van de hoogte van de boete is gekomen doordat AFM niet voorafgaande aan het bestreden besluit heeft meegedeeld op welke hoogte zij voornemens was de boete af te stemmen faalt. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is AFM niet reeds bij het boetevoornemen gehouden om aan te geven op welk bedrag zij voornemens is de boete vast te stellen. De zienswijze dient er immers mede toe dat AFM nadere financiële en andere informatie kan verkrijgen van de overtreder die tot een afwijking van het basisbedrag kunnen nopen.’³⁹

Misschien dat hier in de toekomst, als dit punt in een bodemprocedure aan de orde is gekomen, meer duidelijkheid over komt.

4.5 Feitelijk leidinggeven

Per 1 juli 2009 hebben toezichthouders de mogelijkheid om natuurlijke personen of personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtreding door een rechtspersoon, te beboeten.⁴⁰ Voor natuurlijke personen en rechtspersonen gelden dezelfde boetebedragen als voor rechtspersonen. De criteria voor het aanmerken van een natuurlijke persoon als feitelijk leidinggever zijn door de Hoge Raad geformuleerd in de Slavenburg II-beschikking.⁴¹

‘Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn, indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen. De bewuste aanvaarding van een dergelijke aanmerkelijke kans kan zich te dezen voordoen, indien hetgeen de verdachte bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de bank rechtstreeks verband hield met de hem verweten verboden gedragingen.’

Deze criteria zijn nadien regelmatig herhaald en als geldend recht te beschouwen voor de ondergrenzen van feitelijk leidinggeven.⁴²

De AFM heeft in 2011 voor het eerst een boete opgelegd

wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding.⁴³ Het ging in dit besluit om een indirect bestuurder die feitelijk leiding gaf aan een onderneming die de Colportagewet had overtreden. De AFM had vastgesteld (i) dat deze persoon op de hoogte was van de verboden colportage, (ii) bevoegd en redelijkerwijs gehouden was de verboden colportage te beëindigen en (iii) maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. De AFM heeft vervolgens een boete opgelegd ter hoogte van € 30.000.

Ook DNB heeft inmiddels een bestuurlijke boete opgelegd aan een natuurlijke persoon. Op 10 augustus 2012 heeft zij aan de heer Jacobs een bestuurlijke boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan het uitoefenen van het bedrijf van bank zonder vergunning.⁴⁴

DNB kwam tot dit oordeel nadat zij had vastgesteld dat aan de drie voorwaarden voor het feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging was voldaan. Gezien de mate van verwijtbaarheid, de omvang van de aangetrokken gelden en de overige feiten en omstandigheden werd het basisbedrag van € 2.000.000 door DNB gematigd tot een boetebedrag van € 150.000.

Voor de praktijk is met name interessant om vast te stellen onder welke omstandigheden een toezichthouder besluit handhavingsmaatregelen in te zetten tegen een feitelijk leidinggever. Specifiek beleid op dit punt is niet door de toezichthouders gepubliceerd. Wanneer besluit bijvoorbeeld DNB om niet (alleen) de rechtspersoon te beboeten maar (ook) de feitelijk leidinggever? Uit bovenstaande boetebesluiten is dit niet af te leiden.

5. Slotopmerkingen

Tot zover dit overzichtsartikel waarbij ik een paar opmerkingen heb geplaatst. Resumerend kan gesteld worden dat er in de afgelopen drie jaar minder formele handhavingsmaatregelen door de toezichthouder werden opgelegd terwijl de inzet van informele maatregelen het laatste jaar is toegenomen. Heikel punt in de praktijk is dat financiële ondernemingen het ‘gevoel’ bekruipt te worden beboet of anderszins te worden aangesproken op niet-naleving van open normen die door de toezichthouder op een andere wijze worden ingevuld dan de financiële ondernemingen zelf doen, zonder dat die interpretatie van de toezichthouder aan hen kenbaar was gemaakt. Dit pleit voor een betere dialoog tussen toezichthouder(s) en financiële ondernemingen teneinde onaangename verrassingen zoveel mogelijk te voorkomen. Tot slot kan worden overwogen om het handhavingsinstrumentarium en meer in het bijzonder het handhavingsbeleid te evalueren. Niet alleen is van belang of dit instrumentarium voldoende toereikend en effectief is maar ook of de wijze waarop toezichthouders dit instrumentarium toepassen, voldoet aan datgene wat stakeholders ervan mogen verwachten. Voorspelbaarheid van handhavend optreden kan onderdeel zijn van die verwachting.

38. Rechtbank Rotterdam, d.d. 21 maart 2012, *LJN* BW0061.

39. Rechtbank Rotterdam, 21 maart 2012, *LJN* BW0061.

40. Zie art. 5:1 lid 3 Awb.

41. Hoge Raad, 16 december 1986 (*NJ* 1987, 321/322) m.nt. 't Hart.

42. Zie ook: ‘Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht’, in *Materieel Strafrecht*, door J. de Hullu, vierde druk.

43. Zie AFM boetebesluit d.d. 30 december 2010 aan de heer Van Doorn.

44. Zie DNB boetebesluit d.d. 10 augustus 2012 aan de heer Jacobs.