

Amsterdam University of Applied Sciences

Hogere boetes, omdat het kan...

Mein, A.G.; Doets, C.A.

Publication date

2016

Document Version

Author accepted manuscript (AAM)

Published in

Tijdschrift voor financieel recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mein, A. G., & Doets, C. A. (2016). Hogere boetes, omdat het kan... *Tijdschrift voor financieel recht*, 2016(7/8), 303-305.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <https://www.amsterdamuas.com/library/contact/questions>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hogere boetes, omdat het kan...

A.G. Mein en C.A. Doets¹

Tijdschrift voor Financieel Recht, 2016-7/8, p. 303-305

Herziening boetestelsel noopt tot terugblik

De wetgevingsmachine van het ministerie van Financiën draait op volle toeren. Zo staat een volgende herziening van het boetestelsel voor de financiële toezichtwetgeving op stapel.² Deze herziening is onderdeel van het recente voorstel voor de wet implementatie verordening en richtlijn marktmissbruik.³ Europese regelgeving noopt tot de herziening, aldus de minister van Financiën.⁴ Die regelgeving beoogt onder meer de boetesystematiek in de toepasselijke wetgeving van de lidstaten geleidelijk te harmoniseren.⁵ In de praktijk komt dit harmonisatieproces neer op een steeds verdere verhoging van de op te leggen boetes, onder invloed van de 'afschrikkingsgedachte'.

De herziening vormde kennelijk aanleiding voor de minister tot een evaluatie, zij het beperkt, van de eerdere herziening van het boetestelsel in 2009.⁶ De evaluatie heeft betrekking op de praktijkervaringen met het boetestelsel in de periode 2009-2015. De evaluatie richt zich specifiek op de ervaringen met de verhoging van het boetemaximum, de introductie van het flexibele boetestelsel en de mogelijkheid om een boete op te leggen ter hoogte van het verkregen voordeel. Wij vinden de evaluatie een gemiste kans, als gevolg van de beperkte opzet. Behalve de toezichthouders, is de beroepspraktijk niet betrokken bij deze evaluatie van de 'praktijk' ervaringen. Daarnaast vinden wij de conclusies die aan de evaluatie worden verbonden selectief en suggestief.

Beperkte reikwijdte en diepgang

De inventarisatie is helder en consistent opgebouwd; er wordt ingegaan op de aard en het aantal opgelegde boetes, de ervaringen van de toezichthouders, de rechtspraak en de literatuur. De inventarisatie ten aanzien van het gebruik van de boete en de ervaringen van de toezichthouders biedt een interessant kijkje in de keuken van de toezichthouder. Bijvoorbeeld dat het opleggen van meer en hogere boetes samenhangt met beleidskeuzes door de toezichthouder.

Echter, bij de praktijkervaringen valt op dat die van de onder toezicht gestelden en de advocatuur geheel ontbreken. Hierdoor ontstaat een eenzijdig beeld. Daar komt bij dat de ervaringen van de toezichthouders, zoals te lezen in de evaluatie, wel erg positief zijn. Zo zouden zij de mogelijkheid om hogere boetes op te leggen waarderen, het zou een verbetering zijn om naar hogere boetes uit te kunnen wijken met het oog op de afschrikking en proportionaliteit. Sterker nog, er klinkt geen enkele kritiek door.

Een serieuze evaluatie vergt naar ons oordeel een breder en diepgaander onderzoek. De minister heeft zich daartegen ingedekt door de evaluatie in zijn brief beperkt te noemen. Wij vragen ons af: Waarom? De gestage verhoging van de boetehoogte leent zich toch bij uitstek voor een inhoudelijk debat met het volledige veld over de doelmatigheid, doeltreffendheid en evenwichtigheid van het gebruik van de boetebevoegdheid? Het recente kritische advies van de Raad van State over de

¹ Mr. dr. A.G. Mein is werkzaam als lector *Legal Management* bij de Hogeschool van Amsterdam. Mr. C.A. Doets is advocaat.

² De vorige herziening dateert van 2009 (*Stb.* 2009, 327).

³ Zie *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 455, 2.

⁴ Zie zijn brief aan de Tweede Kamer van 13 mei 2015, *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 455, 5.

⁵ Zie de Memorie van Toelichting bij eerdergenoemd wetsvoorstel, *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 455, 3, p. 7-8. De Memorie van Toelichting bevat een uitgebreid overzicht van de betreffende Europese regelgeving. Zie ook de mededeling van de Europese Commissie over het versterken van de sanctieregelingen in de financiële sector uit 2010, waarop dit is terug te voeren (COM 2010/716).

⁶ Inventarisatie ervaringen boetestelsel 2009-2015, *Kamerstukken II*, 2015/16, 5. De inventarisatie was al in 2009 door de toenmalige Minister Bos van Financiën toegezegd (zie zijn brief van 16 februari 2009 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 458, 17).

rechtsbescherming in het kader van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, zet deze wens alleen maar kracht bij.⁷ Evenals de opstelling van de bestuursrechter die boetebesluiten de laatste tijd steeds kritischer lijkt te toetsen.⁸ Wat betreft de literatuur die bij de evaluatie is betrokken, valt op dat belangrijke, kritische publicaties ontbreken.⁹

In het kader van de evaluatie wordt evenmin ingegaan op de effecten in de praktijk van de herziening van het boetestelsel. De flexibilisering en verhoging van de boetes zou moeten leiden tot afschrikwekkender en proportionele boetes, aldus de minister. Zeker, maar dat is toch geen doel op zichzelf? Het gaat uiteindelijk toch om het bevorderen van de naleving van de toezichtwetgeving? Wat is dan het effect van het gewijzigde boetestelsel op de naleving? Is het wel realistisch om te veronderstellen dat afschrikking door steeds hogere boetes leidt tot betere naleving? Uit onderzoek komt eerder het tegendeel naar voren.¹⁰ Deze wat ons betreft wezenlijke vragen komen in de evaluatie niet aan de orde. In dit verband is interessant om te zien dat toezichthouders zich steeds meer lijken toe te leggen op het bevorderen van (spontane) naleving op basis van aan de gedragswetenschappen ontleende inzichten, in plaats van strenge straffen.¹¹ Mede gelet op de beperkte opzet van de evaluatie, valt er nu niets te zeggen over het effect op de naleving van de hogere boetes. Wij realiseren ons dat het meten van effecten van wetgeving zeker niet eenvoudig is, maar dit aspect zou wel deel moeten uitmaken van een serieuze wetsevaluatie.

Onderbouwing beeld rechtspraak

In de evaluatie schets de minister van Financiën het beeld dat de boetes in stand blijven bij de rechter.¹² Dit beeld wordt echter niet cijfermatig onderbouwd.¹³ Dit terwijl de minister, zonder te handelen in strijd met de geheimhoudingsplicht van de toezichthouders, een overzicht had kunnen geven van het aantal bezwaar- en beroepsprocedures tegen de door de AFM en DNB opgelegde boetes, met vermelding van het aantal gevallen waarin de bezwaar- en/of beroepsprocedure slaagde en de boete werd herroepen of het boetebedrag werd gematigd. Een dergelijk overzicht zou ook antwoord kunnen geven op de vraag in hoeverre het systeem van functiescheiding en de interne bezwaarprocedure bij de toezichthouder, in de praktijk effectief is.

Onze waarneming in de praktijk en op basis van gepubliceerde jurisprudentie is juist dat waar boetes in bezwaar zelden worden herroepen, beroep bij de bestuursrechter er regelmatig toe leidt dat

⁷ Zie *Stcrt.* 2015, 30280. De minister noemt dit advies in zijn brief en schrijft dat hij niet vooruit kan lopen op de in voorbereiding zijnde kabinetsreactie.

⁸ Zie o.a. ECLI:NL:CRVB:2014:3754 en 2015:1801 en ECLI:NL:RVS:2015:3138 en 2015:3251. Zie voor uitspraken met betrekking tot de AFM en DNB hierna.

⁹ O.a. T. Barkhuysen e.a. *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer, 2014; M.L. van Emmerik & C.M. Saris, '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, 2014; G.P. Roth, 'Rechtsbescherming tegen handelingen van DNB en de AFM', *Ondernemingsrecht*, 2016/48, p. 224-231.

¹⁰ Zie hierover C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij. Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regelnaleving in de Nederlandse afvalbranche*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2012.

¹¹ Zie onder meer de Agenda 2016-2018 van de AFM. *Toezicht in tijden van verandering*. Amsterdam: 2016. Denk aan overtuiging en overreding in een gesprek met de toezichthouder of het activeren van interne controle door de Raad van Commissarissen of Raad van Toezicht en externe controle door o.a. aandeelhouders, stakeholders, cliënten, consumentenorganisaties en de media.

¹² Zie p. 3 van de in voetnoot 6 genoemde inventarisatie: "De door de AFM opgelegde boetes blijven in stand bij de rechter. Dat sterkt de gedachte dat de AFM de boetesystematiek op de juiste wijze toepast. Boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevend worden door de rechter nog wel eens gematigd. DNB heeft soortgelijke ervaringen".

¹³ Dit geldt in zekere zin ook voor het in de inventarisatie (p. 2) genoemde totale aantal boetes dat sinds 2009 is opgelegd door de AFM (75) en DNB (61). Daarover schrijft de minister dat "boetes die in bezwaar zijn vernietigd, uit het totaal [zijn] weggelaten". Hieruit lijkt te volgen dat de boetes die in (hoger) beroep zijn gesneuveld, wél zijn meegenomen in het totaal aantal opgelegde boetes in de onderzoeksperiode. Dat lijkt geen zorgvuldige benadering, nu dat een misleidend beeld kan creëren.

boetes worden vernietigd.¹⁴ In een aanzienlijk aantal gevallen wordt het boetebedrag gematigd.¹⁵ Een snelle inventarisatie op rechtspraak.nl van de uitspraken in de periode 1 januari 2015 tot en 31 mei 2016 met betrekking tot door de AFM en DNB opgelegde boetes leert dat in circa 30% van die uitspraken de boete in (hoger) beroep werd herroepen dan wel het bedrag daarvan werd gematigd.

Selectief en suggestief

De conclusie van de evaluatie luidt in algemene zin dat de toezichthouders, als gevolg van de herziening van het boetestelsel, beter in staat zijn maatwerk te bieden. Hieraan wordt de conclusie verbonden dat de herziening van het boetestelsel is geslaagd: de toezichthouders kunnen hogere en afschrikwekkende boetes opleggen aan draagkrachtige overtreders en zouden dat ook doen.

Het komt er dus op neer dat de toezichthouders hogere boetes opleggen omdat het kan. Maar betekent dat dan ook dat de boetes werkelijk passender zijn? Dat weten we niet. Dat de meerderheid van de boetes (als zodanig of wat betreft de hoogte) kennelijk in stand blijft bij de rechter doet daar niet aan af. Mogelijk werken andere factoren wel veel sterker ter bevordering van de naleving, zoals dreigende openbaarmaking of de druk van sociale controle.¹⁶ In het verlengde hiervan; in hoeverre was de herziening van het boetestelsel nu echt nodig? Zo staat in de evaluatie dat de uiteindelijk opgelegde boete vaak onder het basisbedrag is komen te liggen, als gevolg van de draagkracht van betrokkenen en het evenredigheidsbeginsel.¹⁷ Voor zover ons bekend zijn er ook geen concrete aanwijzingen uit het verleden dat de boetes eerder onvoldoende passend en afschrikkend waren. Behalve dan dat Tweede Kamerleden (en de Europese Commissie) deze mening waren toegedaan.

Het is verder een gemiste kans dat de inventarisatie geen aandacht besteedt aan het beboeten van feitelijk leidinggevendens.¹⁸ Een aanzienlijk aantal van de in de periode 2009 tot en met maart 2016 opgelegde boetes, zag op feitelijk leidinggevendens. De voor natuurlijke personen geldende basisbedragen zijn gelijk aan de basisbedragen die gelden voor rechtspersonen. Zeker waar de natuurlijke persoon naast de rechtspersoon wordt beboet (waarvan de leidinggevende vaak ook nog eens meerderheidsaandeelhouder is), lijkt ons nader onderzoek gerechtvaardigd naar het nut en de noodzaak daarvan.¹⁹

Kortom, als onderbouwing voor de komende herziening van het boetestelsel overtuigt deze evaluatie niet. Het lijkt eerder een verplicht nummer. Het is jammer dat het ministerie van Financiën de gelegenheid niet te baat heeft genomen om te komen tot een meeromvattende en diepgravende evaluatie. Niet alleen ten behoeve van de markt, maar vooral ook voor de Eerste en Tweede Kamer die zich binnen afzienbare tijd over dit wetsvoorstel zullen buigen.

¹⁴ Zie voor uitspraken uit de afgelopen anderhalf jaar (vanaf 1 januari 2015) de volgende uitspraken waarin een door de AFM of DNB opgelegde boete werd herroepen door de bestuursrechter: ECLI:NL:CBB:2015:6, 2015:150, 2015:340, 2016:95, 2016:96, 2016:97, ECLI:NL:RBROT:2015:3892 en 2015:7123.

¹⁵ Zie voor uitspraken uit de afgelopen anderhalf jaar (vanaf 1 januari 2015) waarin een boete van de AFM of DNB werd gematigd: ECLI:NL:CBB:2015:49 en 2015:312, ECLI:NL:RBROT:2015:298, 2015:4231, 2015:6173 en 2015:9454. Het merendeel van deze uitspraken wordt in de inventarisatie genoemd (voetnoot 12 en 14 t/m 18), met de volgende conclusie: "De hoogte van de boete houdt in rechte in de meeste gevallen stand. In een enkel geval gaat de rechtbank of het CBb over tot matiging" (p. 4).

¹⁶ Zie Van Wingerde, 2012, p. 311 e.v..

¹⁷ Een verschijnsel dat een van de auteurs van deze bijdrage ook in zijn onderzoek is tegengekomen (A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht*. Den Haag: Boom Lemma Uitgevers, 2015).

¹⁸ Dit is mogelijk sinds 1 juli 2009, op welke datum de Vierde tranche Awb in werking is getreden.

¹⁹ Zie hierover ook S.M. Peek, & B. de Vries, 'Beboeting van feitelijk leidinggevendens in het financiële toezicht. Verkenning van vijf jaar rechtspraak', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 2016/3, p. 98-108.