

Amsterdam University of Applied Sciences

Notenkraker bij CBb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309 (openbaarmaking boetebeleid)

Mein, Arnt

Published in:
Tijdschrift voor Toezicht

DOI:
[10.5553/TvT/187987052017008003009](https://doi.org/10.5553/TvT/187987052017008003009)

[Link to publication](#)

Creative Commons License (see <https://creativecommons.org/use-remix/cc-licenses>):
CC BY-NC

Citation for published version (APA):
Mein, A. (2017). Notenkraker bij CBb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309 (openbaarmaking boetebeleid): bestuursrechter dwingt AFM om boetebeleid openbaar te maken en rekent haar erop af. *Tijdschrift voor Toezicht*, 2017(3), 36-39. <https://doi.org/10.5553/TvT/187987052017008003009>

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: <http://www.hva.nl/bibliotheek/contact/contactformulier/contact.html>, 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.

Notenkraker

Notenkraker bij CBb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309 (openbaarmaking boetebeleid)

Bestuursrechter dwingt AFM om boetebeleid openbaar te maken en rekent haar erop af

Arnt Mein*

36

Inleiding

In een uitspraak van 13 september 2017 over een boetebesluit van de AFM dwingt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) de AFM haar boetetoemingsbeleid openbaar te maken.¹ Tot dan toe moest men het in de procespraktijk doen met algemene wegingsfactoren van de website van de AFM. Kennelijk werden intern wel concretere richtsnoeren gehanteerd. Die zijn nu openbaar, wat ook bij een moderne toezichthouder past in het kader van de transparantie. Vervolgens legt het CBb het bestreden boetebesluit langs de meetlat van het interne boetetoemingsbeleid van de AFM en komt tot het oordeel dat de boete verder moet worden gematigd. Boter bij de vis...

De hoogte van de bestuurlijke boete en de draagkracht van de overtreder

Hoe kwam deze zaak aan het rollen? In een ogenschijnlijke standaardzaak legde de AFM eind december 2014 een bestuurlijke boete op van € 300.000 aan Inpetto Services B.V. wegens het overtreden van het verbod om krediet aan te bieden zonder te beschikken over een daartoe door de AFM verleende vergunning (art. 2:60 lid 1 Wft). Inpetto bood namelijk via een website aan consumenten de mogelijkheid snel geld te lenen tegen bedrieglijk lage kosten (zgn. flitskrediet). Ook legde de AFM een boete op van € 200.000 aan dhr. M., feitelijk leidinggevende aan de overtreding door Inpetto. Deze overtreding valt volgens de Wet op het financieel toezicht (Wft) in de hoogste boetecategorie (nr. 3), waarvoor een basisbedrag geldt van € 2.000.000. De AFM zag in de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding aanleiding het basisbedrag met tweemaal 25 procent te verhogen tot € 3.000.000. Echter, gelet op de relatief beperkte draagkracht van de onderneming en de feitelijk leidinggevende heeft de AFM het uiteindelijke boetebedrag vastgesteld op € 300.000 respectievelijk € 200.000.²

* Mr. dr. A.G. Mein is lector aan de Hogeschool van Amsterdam, Faculteit Maatschappij en Recht.

1. CBb13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309.

2. Zie de website van de AFM, onder nieuwsberichten.

Uiteindelijk belandden partijen bij het CBb, waar de rechtsstrijd zich toespitte op de hoogte van de boete in relatie tot de draagkracht van de overtreders. En dan wordt het altijd lastig, want hoe weeg je dat als toezichthouder? Zeker als het ook nog eens gaat om een boete aan een privépersoon.

Erst een tussenuitspraak: openbaarmaking intern boetetoemingsbeleid AFM

Echter, voordat die strijd kon losbarsten deed zich iets opmerkelijks voor. Om de draagkracht van de overtreders te beoordelen had het CBb de AFM kennelijk om haar (interne) boetebeleid gevraagd. In reactie daarop had de AFM een vertrouwelijke versie daarvan aan het CBb doen toekomen, met de mededeling dat alleen het College daarvan mocht kennismaken.³

Het CBb belandde hierdoor op een principieel kruispunt. Aan de ene kant het belang dat partijen in rechte over dezelfde informatie dienen te beschikken (in het kader van een *fair trial* en een *equality of arms*) en aan de andere kant het belang van de toezichthouder dat openbaarmaking niet onevenredig afbreuk doet aan de effectiviteit van haar toezicht.

Het CBb hechtte sterker aan het eerste belang en oordeelde dat er onvoldoende grond was voor beperkte kennisname van de stukken. Het wees de onderbouwing van de AFM af dat het slechts zou gaan om informele stukken voor intern overleg en dat openbaarmaking van met name de tabellen om de draagkracht te beoordelen calculerend gedrag van marktpartijen zou uitlokken.⁴ Het stuurde de stukken terug aan de AFM en droeg het op om binnen twee dagen een ongekuiste versie van het interne boetebeleid aan het College en andere procespartijen te doen toekomen.⁵ Ik kan me voorstellen dat de AFM hier heeft gearzeld. Een toezichthouder is nu eenmaal geneigd zo veel mogelijk discretionaire bevoegdheid voor zichzelf te creëren en zijn handen zo veel mogelijk vrij te houden. Het openbaar maken van het interne boetebeleid kan die speelruimte immers verkleinen, omdat daar dan expliciet een beroep op wordt gedaan. De geschiedenis leert dat de AFM in rechte vaak haar eigen beleid werd tegengeworpen. Het siert de AFM dan ook dat zij aan dit verzoek gevolg heeft gegeven.⁶ Haar interne boetetoemingsbeleid is hiermee gemeengoed geworden. Niet onbelangrijk voor de procespraktijk, omdat advocaten al wel vaker hadden gevist naar specifiekere (boetetoemings)beleid van de AFM. Voor de overtreders en hun raadsvrouw pakte dat meteen al gunstig uit, zoals ik in het navolgende zal uiteenzetten.

3. Met een beroep op art. 8:29 Awb, dat de mogelijkheid biedt aan partijen om de bestuursrechter mee te delen dat alleen hij mag kennismaken van de stukken die zij verplicht zijn in het geding te brengen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter moet vervolgens beslissen of die beperkte kennisneming gerechtvaardigd is.
4. Vergelijk de weigeringsgrond in art. 11 lid 1 Wob (persoonlijke beleidsopvattingen in stukken voor intern beraad).
5. Rb. Rotterdam 15 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:223, JOR 2017/234 m.nt. S.M.C. Nuijten.
6. Aan de andere kant, als zij dat niet had gedaan was het boetebesluit misschien wel door het CBb van tafel geveegd.

Dan de einduitspraak: toetsing aan het interne boetetoemingsbeleid

In hoger beroep bleek het interne boetetoemingsbeleid van doorslaggevende betekenis voor de uitkomst van de zaak. Zoals gezegd had de AFM de boete voor Inpetto vastgesteld op € 300.000, gelet op de draagkracht van de onderneming. Hiertoe had zij het eigen vermogen van Inpetto uiteindelijk (in bezwaar) berekend op € 329.403. De boete voor de feitelijk leidinggevende was vastgesteld op € 200.000. Nu betrokkene geen persoonlijke draagkrachtgegevens had overgelegd, moest de AFM dit schatten, waarbij zij rekening hield met het feit dat betrokkene tweemaal zou kunnen worden beboet. Later in bezwaar kwam zij uit op een geschat vermogen van € 259.087.

Mede op aangeven van de raadsvrouw van de overtreders legde het CBb deze boetebedragen vervolgens naast het (interne/inmiddels openbare) boetetoemingsbeleid van de AFM en komt het tot de conclusie dat de boetes te hoog zijn vastgesteld. Hoewel het boetetoemingsbeleid geen formele beleidsregel is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, betreft het CBb die toch bij zijn beoordeling. Het beschouwt het beleid namelijk als een vaste gedragslijn die de AFM volgt bij haar boetepraktijk.⁷

Op basis van dit beleid wordt het uiteindelijke boetebedrag, uitgaande van het wettelijke basisbedrag, vastgesteld aan de hand van zeven stappen. In deze zaak is stap 4 van belang: de objectieve draagkracht. Op basis van de draagkrachttabel bij stap 4 wordt, in geval van een financiële dienstverlener, de hoogte van de boete bepaald op 5 procent van het tot dan toe berekende boetebedrag, als het eigen vermogen lager is dan € 500.000 en op 10 procent als het eigen vermogen ligt tussen de € 500.000 en € 5.000.000. Nu het eigen vermogen (in bezwaar) is berekend op € 329.403, dient volgens het CBb het 5 procent-tarief te worden aangehouden en komt de boete uit op € 150.000. Het verweer van de AFM, dat er nog veel onduidelijkheid was blijven bestaan over de precieze omvang van het vermogen, kon het CBb kennelijk niet overtuigen.

Ook voor de feitelijk leidinggevende geldt op basis van de draagkrachttabel dat de hoogte van de boete wordt bepaald op 5 procent van het stapsgewijze bedrag, als het eigen vermogen lager is dan € 500.000. In dit geval verlaagt het CBb, gelet op de evenredigheid, het boetebedrag nog verder tot € 100.000 in verband met de cumulatie van boetes (aan de rechtspersoon en de leidinggevende). In het boetetoemingsbeleid wordt in dat verband gerept van een verlaging van het boetebedrag met een derde.

7. Het CBb behandelt de interne gedragslijn als een beleidsregel, waaraan het bestuursorgaan is gehouden gelet op het gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel. Kennelijk achtte het CBb het niet vaststellen van een beleidsregel op dit punt als onredelijk.

Tegenwicht en transparantie bij hoge bestuurlijke boetes

Tegenwicht door rechter

De uitspraak laat aan duidelijkheid niets te wensen over. De uitspraak is interessant omdat die past in een trend van kritischer rechterlijke beoordeling van de boetepraktijk van bestuursorganen. Die kritische toetsing is mijns inziens toe te schrijven aan het verschijnsel dat wettelijk gezien steeds hogere bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd.

Het financieel toezicht is hiervan een goed voorbeeld.⁸ Onder omstandigheden kan tegenwoordig een bestuurlijke boete worden opgelegd van maar liefst € 5.000.000 of 10 procent van de jaaromzet van een onderneming.⁹ Aan deze forse verhoging lag de wens ten grondslag van de Europese Commissie om de handhavingsbevoegdheden van de financiële toezichthouders in Europa te harmoniseren (lees: te verhogen).¹⁰ De commissie had namelijk, in het licht van de kredietcrisis, vastgesteld dat er grote verschillen bestaan in het minimum- en maximumniveau van de geldboetes die in de verschillende lidstaten kunnen worden opgelegd. Meer in het bijzonder kwam de commissie tot de conclusie dat het maximum in sommige gevallen zo laag was dat daarvan naar alle waarschijnlijkheid ontoereikende afschrikkende werking uit zou gaan. Een ander voorbeeld is de sociale zekerheid, waar relatief hoge boetes werden opgelegd in verband met uitkeringsfraude (ter hoogte van honderd procent van het benadelingsbedrag). De Centrale Raad van Beroep heeft dit rigide boetestelsel sterk gemiti-geerd door de uitvoeringsorganen in de sociale zekerheid te dwingen nadrukkelijker rekening te houden met verwijtbaarheid en draagkracht.¹¹

Ook wordt de bestuurlijke boete in toenemende mate opgelegd voor ernstige overtredingen en voor complexe overtredingen, waarbij sprake is van een open geformuleerde en minder gemakkelijk kenbare norm. Hierdoor is de bestuurlijke boete in de loop der tijd uitgegroeid tot een serieuze sanctie, ook in vergelijking met zijn strafrechtelijke pendant.

Dit verschijnsel, dat zich tamelijk geruisloos heeft voltrokken, heeft de rechtspraak kennelijk wakker geschud. Het klinkt ook door in het advies van de afdeling advisering van de Raad van State over rechtsbescherming van

burgers bij bestuurlijke boetes.¹² In dit advies wil de Raad van State paal en perk stellen aan steeds hogere boetes in het bestuursrecht en roept zij op tot bezinning en regie vanuit het (toenmalige) ministerie van Veiligheid en Justitie.¹³ Dus, hoe hoger de bestuurlijke boete en hoe breder het toepassingsbereik, hoe meer de rechter zich geroepen voelt die indringend te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Hoe hoger de boete, hoe meer de rechter hecht aan maatwerk bij de straftoemeting. De rechter biedt aldus tegenwicht aan forse boeteverhogingen.

Transparantie door toezichthouder

Wat de uitspraak verder interessant maakt, is dat het CBb, door de AFM te dwingen haar interne boetebeleid openbaar te maken, een duidelijk referentiekader creëert om de boetheogte te toetsen (in het bijzonder ten aanzien van de draagkracht). Met andere woorden, het houdt de AFM aan haar eigen beleid. Duidelijkheid over boetebeleid van de AFM (en DNB) werd node gemist. Van de AFM en DNB kenden we tot voor kort alleen een vrij algemeen geformuleerd handhavingsbeleid, dat voornamelijk betrekking heeft op het gebruik van handhavingsbevoegdheden en -instrumenten als zodanig.¹⁴ Het is tamelijk vrijblijvend en biedt nauwelijks aanknopingspunten voor het bepalen van de hoogte van de boete. Een opmerkelijk verschil met bijvoorbeeld de ACM, dat wel gedetailleerde boetebeleidsregels heeft gepubliceerd.¹⁵

Ik juich deze vormen van tegenwicht en transparantie toe. Van een met ingrijpende bevoegdheden toegeruste toezichthouder mag worden verwacht dat die openheid betracht met betrekking tot het gebruik van zijn bevoegdheden. De hoge professionaliteit en onafhankelijkheid van de toezichthouder dient te worden gecompenseerd met een actieve verantwoording en een transparante opstelling.¹⁶ Daarin past een concreet handhavings- en boetetoemettingsbeleid in de vorm van een beleidsregel.¹⁷ Dit draagt bij aan de controleerbaarheid van het beleid en de aanvaardbaarheid van de boetebesluiten.

Nut en noodzaak van meer transparantie in het financieel toezicht worden overigens wel steeds beter onderkend. Zo is een wetsvoorstel in behandeling bij de Tweede Kamer tot vergroting van de transparantie van het toezicht op financiële markten.¹⁸ Het moet AFM en DNB de mogelijkheid verschaffen meer informatie te

8. Over steeds hogere boetes in het financieel toezicht, zie A.G. Mein, 'Symboolpolitiek met hoge boetes in het kader van het financieel toezicht', in: R. Staring, R. van Swaningen en K. van Wingerde, *Over de muren van stilzwijgen. Liber amicorum Henk van de Bunt*, Den Haag: Boom Criminologie 2017, p. 271-281.

9. Vgl. art. 1:81 Wft.

10. Vgl. de memorie van toelichting bij de wijziging van het boetestelsel financieel toezicht, *Kamerstukken II 2015/16*, 34455, 3, p. 8-10 en de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's getiteld 'Het versterken van sanctieregelingen in de financiële sector, COM (2010)716.

11. Zie hierover A.G. Mein, 'Rechter brengt balans in onevenwichtige bestuurlijke boete', *TvT 2015/1*, p. 81-85.

12. *Stcrt.* 2015, 30280.

13. Zie hierover H.E. Bröring, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 24-25 en 32-33.

14. *Stcrt.* 2008, 132.

15. *Stcrt.* 2016, 34630.

16. Aldus M. Aelen, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 13-15 en 207-211.

17. Zie hierover ook A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2015. Zie ook 'Rechter dwingt AFM boetebeleid te openbaren', *FD* 26 juni 2017, p. 17.

18. *Kamerstukken II 2016/17*, 34769, 1-5.

delen over het toezicht op afzonderlijke financiële instellingen.