

Consultatie

Toelichting op Boetetoemingsbeleid AFM 2021

1. Inleiding

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is een onafhankelijke toezichthouder, belast met wettelijk toezicht op de financiële markten: op sparen, beleggen, verzekeren, lenen, pensioenen, kapitaalmarkten, assetmanagement, accountantsorganisaties en verslaggeving. De AFM beschikt over verschillende handhavingsbevoegdheden, waaronder het opleggen van bestuurlijke boetes. De wijze waarop de AFM de hoogte van een bestuurlijke boete vaststelt, is vastgelegd in het Boetetoemingsbeleid AFM 2021. Dit beleid vervangt het – aanvankelijk voor intern gebruik opgestelde – Boetetoemingsbeleid AFM uit 2009, dat voor het laatst is aangepast in maart 2015 en medio 2017 is gepubliceerd.

In deze toelichting worden enkele achtergronden belicht van het Boetetoemingsbeleid AFM 2021 (hierna ook: boetetoemingsbeleid of beleid) en bepaalde keuzes uitgelegd.

2. Doel en reikwijdte boetetoemingsbeleid

Het doel van het boetetoemingsbeleid is tweeledig, namelijk:

- om in elke afzonderlijke zaak te komen tot een boete waarvan de hoogte, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, evenredig is; en
- om op voorhand zoveel mogelijk transparantie te geven over de wijze waarop de hoogte van de boete wordt vastgesteld.

Het boetetoemingsbeleid ziet op vrijwel alle bestuurlijke boetes die de AFM oplegt. Het beleid ziet niet op boetes die worden opgelegd wegens overtreding van de bepalingen die zijn genoemd in onderdeel a van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). De reden hiervan is dat voor deze boetes een afwijkend regime geldt (zie artikel 2.15 Whc). Het beleid is wel van toepassing op boetes die worden opgelegd wegens overtreding van bepalingen uit onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Via artikel 3.4, vijfde lid, Whc is artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hierop van toepassing.

3. Stappenplan

Het boetetoemingsbeleid legt het AFM-beleid neer ten aanzien van drie wettelijk vastgelegde boeteregimes:

- het regime van de boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag;
- het regime van de voordeelgerelateerde boete; en
- het regime van de omzetgerelateerde boete.

Het boetetoemingsbeleid omschrijft welke stappen worden doorlopen om de hoogte van de boete te bepalen. Dit stappenplan is deels of geheel van toepassing op alle drie wettelijk vastgelegde boeteregimes. Hieronder volgt een toelichting op enkele van de zeven in het beleid beschreven stappen.

Ernst/duur overtreding en mate van verwijtbaarheid (stap 1)

In de stappen 1 en 2 van het stappenplan worden omstandigheden genoemd die voor de AFM relevant kunnen zijn voor het bepalen van de ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. De AFM benadrukt dat zij met deze opsomming geen verplichting op zich neemt om in iedere zaak alle omstandigheden stap voor stap te doorlopen. Het doel van de opsomming is vooral erin gelegen om meer kleuring en duiding te geven aan de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder a tot en met f, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs).

Omvangtabel (stap 4)

Stap 4 van het stappenplan bevat een omvangtabel. Voor het bepalen van de omvang van ondernemingen is hierbij gekozen voor een combinatie van twee criteria: netto-jaaronzet en balanstotaal. Het criterium waarmee de onderneming in de hoogste categorie (hoogste percentage) terecht komt is doorslaggevend. De netto-jaaronzet als criterium ligt in de rede, omdat dit in lijn is met het regime van de omzetgerelateerde boete dat geldt voor grotere ondernemingen bij boetes van categorie 3. Daarnaast is het balanstotaal een indicatie voor de omvang van een onderneming, blijkens bijvoorbeeld de jaarverslaggevingsregels uit het Burgerlijk Wetboek (Boek 2, titel 9, afdeling 11).

Anders dan in de voormalige omvangtabel, wordt in de nieuwe tabel geen onderscheid gemaakt naar soort onderneming. Hierdoor ontstaat een meer eenduidige en uniforme manier om de omvang van ondernemingen vast te stellen. Een andere wijziging is dat de nieuwe tabel zeven categorieën kent met percentages tussen 5 en 100, in plaats van de vier categorieën uit de voormalige tabel. Hierdoor ontstaat een meer graduele indeling. Daarnaast zijn er grensbedragen aangepast, zowel voor ondernemingen (voor zover te vergelijken met de grensbedragen uit de voormalige tabel) als voor natuurlijke personen.

Ten aanzien van natuurlijke personen is een belangrijke wijziging dat de hoogste categorie is teruggebracht tot in beginsel 50%. Dit om disproportioneel hoge boetes te voorkomen, ook voor personen voor wie draagkracht geen rol speelt. Een hoger percentage (tot 100%) is tegelijkertijd niet uitgesloten, om uitdrukkelijk de optie open te houden om in voorkomend geval ook voor natuurlijke personen te komen tot het wettelijk maximum.

De AFM bepaalt de omvang van de onderneming dan wel het vermogen van de natuurlijke persoon in beginsel op basis van gegevens die de belanghebbende zelf heeft aangeleverd. Bij het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt de belanghebbende in de gelegenheid gesteld om financiële gegevens aan de AFM te verstrekken die hiertoe noodzakelijk zijn. Mochten de benodigde gegevens uitblijven of onvolledig zijn, dan kan de AFM zich ook baseren op overige bij haar bekende gegevens of gegevens uit openbare bronnen, zoals bij het handelsregister gedeponeerde jaarstukken.

Onder het vermogen van een natuurlijk persoon wordt verstaan: de waarde van de bezittingen minus de schulden. Uit de vragen die worden gesteld in het draagkrachtformulier blijkt welke gegevens voor de AFM van belang zijn ter vaststelling van het vermogen van de natuurlijke persoon.

Passendheidstoets (stap 5)

Stap 5 ziet op overige omstandigheden van het geval, die aanleiding kunnen zijn voor een verlaging van de boete. Met de uitwerking van verschillende factoren onder 'opstelling van de overtreder' wil de AFM partijen uitdrukkelijk stimuleren om bijvoorbeeld hun overtreding aan de AFM te melden, de gevolgen van hun overtreding te ondervangen en herhaling te voorkomen. Om in aanmerking te komen voor een verlaging is het noodzakelijk dat de overtreder gemotiveerd uiteenzet wat hij hiertoe heeft ondernomen en wat het resultaat ervan is. Overkoepelend hierbij is ook van belang in hoeverre de overtreder daarmee méér heeft gedaan dan op grond van de wet al van hem mocht worden verwacht. Omdat over het algemeen de beoordeling in hoge mate casuïstisch is, stelt de AFM in het beleid geen percentages vast waarmee de boete kan worden verlaagd op grond van de opstelling van de overtreder. De ervaring leert dat verlagingen met meer dan 30% uitzonderlijk zijn.

Tegelijkertijd is een verdere verlaging niet uitgesloten, mede gelet op artikel 4, tweede lid, van het Bbbfs, dat voorziet in een verlaging van de boete met maximaal 100% om redenen van medewerking en maatregelen ter voorkoming van herhaling.

Draagkracht (stap 7)

In stap 7 van het stappenplan wordt ingegaan op eventuele verlaging van de boete op gronden van draagkracht van de overtreder. Bij het vaststellen van de hoogte van de boete dient de AFM rekening te houden met de draagkracht van de overtreder (zie bijvoorbeeld artikel 4, eerste lid, van het Bbbfs). Ter bepaling hiervan wordt bij het boetevoornemen een 'draagkrachtformulier' gevoegd, dat ingevuld en voorzien van bijlagen kan worden

geretourneerd. De AFM benadrukt dat het aan de (vermeende) overtreder is om hiermee een actueel en volledig inzicht in zijn financiële situatie te geven.

In dit verband wijst de AFM voorts erop dat er geen verplichting bestaat om per definitie doorslaggevende betekenis toe te kennen aan een gebrek aan draagkracht van de overtreder. In stap 7 worden enkele voorbeelden gegeven van situaties waarin de AFM kan overgaan tot het opleggen van een boete die de draagkracht van de overtreder overstijgt.

4. Begrip verkregen voordeel

Op verschillende plaatsen in het beleid wordt gesproken over het door de overtreding verkregen voordeel. In het beleid is 'verkregen voordeel' gedefinieerd als: "De inkomsten die de overtreder door de verboden gedraging heeft ontvangen minus door hem gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de overtreding, alsook door de overtreding vermeden verliezen of door de overtreding voorkomen kosten." In lijn met bestaande jurisprudentie, licht de AFM deze definitie als volgt toe:

- Slechts de kosten die in directe relatie staan tot de overtreding, gelden als kosten die voor aftrek in aanmerking komen. Het is aan de overtreder om – gemotiveerd en met specificatie van de desbetreffende posten – aan te tonen dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt;
- De opgevoerde kosten dienen te kunnen worden afgeleid uit bewijsstukken, die (afzonderlijk of in samenhang bezien) verifieerbaar en voldoende betrouwbaar zijn;
- Ook bespaarde kosten zijn aan te merken als voordeel;
- In beginsel zal worden uitgegaan van het verkregen voordeel voor belastingen.

5. Voordeelgerelateerde boete

In veel gevallen kan de AFM ervoor kiezen om een voordeelgerelateerde boete op te leggen. Artikel 4 van het beleid beschrijft onder welke omstandigheden hiervoor wordt gekozen en hoe het boetebedrag dan wordt vastgesteld. Als uitgangspunt geldt dat voor een voordeelgerelateerde boete wordt gekozen indien toepassing van 'regime 1' (gebaseerd op wettelijk basisbedrag), gelet op de omvang van het behaalde voordeel, niet tot een passende bestraffing zou leiden. Beleidsmatig is ervoor gekozen om hiervan uit te gaan indien het voordeel meer bedraagt dan 50% van het geldende basisbedrag. In lijn met genoemd uitgangspunt wordt in het beleid voorts geëxpliciteerd dat de AFM alleen kiest voor de voordeelgerelateerde boete indien dit leidt tot een hoger boetebedrag dan toepassing van het regime dat is gebaseerd op het wettelijke basisbedrag. Dat is weliswaar in de regel, maar niet per definitie het geval.

Voor de berekening van het boetebedrag wordt in beginsel het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, zij het dat het na stap 5 vastgestelde boetebedrag wordt verhoogd met het bedrag van het door de overtreding verkregen voordeel. Hierdoor omvat de boete expliciet een element van voordeelsontneming, naast het punitieve element. Om te voorkomen dat het verkregen voordeel dubbel in het boetebedrag wordt verdisconteerd, wordt in die gevallen bij het vaststellen van de ernst en duur van de overtreding (stap 1) de omvang van het voordeel buiten beschouwing gelaten.

Van bovenstaand beleid kan worden afgeweken wanneer de AFM in het licht van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat (ook) toepassing daarvan niet tot een passende bestraffing zou leiden. In die gevallen stelt de AFM de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het voor de desbetreffende overtreding geldende maximumbedrag onder 'regime 2'.

6. Omzetgerelateerde boete

Inleiding

Een aantal wetten waarop dit beleid betrekking heeft, voorziet in de verplichting dan wel mogelijkheid tot het opleggen van een boete van ten hoogste een bepaald percentage van de netto-jaaromzet van de overtreder (omzetgerelateerde boete). Ten aanzien van overtredingen van categorie 3 is in die gevallen geen sprake van een keuze, maar is dit het dwingend voorgeschreven boeteregime. Waar ten aanzien van boetes van categorie 2

wordt voorzien in een omzetgerelateerde boete, heeft de AFM wel een keuze.¹ Beleidsmatig past de AFM in die gevallen het regime van de omzetgerelateerde boete toe, zoals beschreven in artikel 5.1 van het beleid. Indien dit, gelet op de omvang van het met de overtreding behaalde voordeel, niet zou leiden tot een passende bestraffing, kan de AFM in deze gevallen echter in plaats daarvan het regime van de voordeelgerelateerde boete toepassen. Dit is opgenomen in artikel 5.2 juncto artikel 4 van het beleid.

Uitgangspunt beleid

Waar het omzetgerelateerde boeteregime van toepassing is, geeft de wet- en regelgeving uitsluitend een maximumbedrag van de boete. Meer dan bij toepasselijkheid van een wettelijk basisbedrag, is voor de overtreder daarom onduidelijk welke boete hem zou kunnen worden opgelegd. Het boetetoemingsbeleid geeft transparantie op dit punt. Als uitgangspunt geldt dat de boete wordt berekend op dezelfde wijze als beschreven in artikel 3 van het beleid. Vanuit het wettelijke basisbedrag, zoals dat geldt voor 'kleinere ondernemingen' en natuurlijke personen, wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen,² waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Beleid zwaardere zaken

Voor de categorie 'zwaardere zaken' wordt beleidsmatig een basisbedrag berekend op grond van een 'gewogen omzet' van de onderneming. Er is gekozen voor een systematiek met een gewogen omzet in plaats van een lineair systeem, om te voorkomen dat een zeer grote onderneming voor eenzelfde overtreding een buitenproportioneel hogere boete opgelegd zou krijgen dan een onderneming van geringere omvang. De formule voor de berekening van het beleidsmatige basisbedrag luidt:

Basisbedrag = gewogen omzet × voor de overtreding geldende maximale boetepercentage × 0,25.

Een voorbeeld ter illustratie: een onderneming met een netto-jaaronzet van € 4 miljard wordt beboet wegens een overtreding waarop een boete staat van maximaal 10% van de netto-jaaronzet. De gewogen omzet is: € 250.000.000 + € 150.000.000 + € 60.000.000 = € 460.000.000. Dit leidt tot een beleidsmatig basisbedrag van € 460.000.000 × 10% × 0,25 = € 11.500.000.

Daarna wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden. Het uiteindelijke bedrag van de boete kan na het doorlopen van het stappenplan niet hoger zijn dan het maximumpercentage dat in de wet- en regelgeving is bepaald, ook niet in geval van recidive.

Beleid zwaarste zaken

Tot slot houdt de AFM ruimte om in voorkomend geval boetes op te leggen tot aan het wettelijk vastgestelde maximum (over het algemeen 10% van de netto-jaaronzet). Daartoe is er de categorie 'zwaarste zaken'. In die zaken stelt de AFM zonder berekening van enig basisbedrag de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het maximum dat voor de desbetreffende overtreding geldt.

Afsluiting

Het beleid geeft slechts in algemene zin indicaties voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van zwaardere of zwaarste zaken. Daarbij is onder meer aansluiting gezocht bij de wetsgeschiedenis.³

7. Boetevoornemen

Indien de wet een keuze toelaat, geeft de AFM in het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete geen uitsluitel over de vraag welk boeteregime zal worden toegepast.

Indien de wet voorziet in een omzetgerelateerde boete, geeft de AFM in het boetevoornemen geen uitsluitel over de vraag voor welke van de drie beleidsmatige opties uit artikel 5 van het beleid zal worden gekozen.

¹ Zie bijvoorbeeld artikel 1:82, tweede lid, sub b, Wft en artikel 10, vijfde lid, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs).

² Dat is in deze gevallen niet gebaseerd op een wettelijke verplichting (zie artikel 3a Bbbfs), maar een beleidsmatige keuze.

³ Kamerstukken II, 2015/16, 34 455, nr. 3, p. 9.

De reden voor deze werkwijze is dat de beslissing op bovenstaande punten zal worden genomen door het bestuur van de AFM, mede naar aanleiding van de zienswijze die in de regel op het boetevoornemen zal zijn gegeven. Dit heeft niet alleen een formele maar ook een praktische achtergrond. Zeker in het geval van een omzetgerelateerde boete is een inhoudelijke beoordeling van de zaak nodig om een keuze te kunnen maken tussen de drie beleidsmatige opties. Op die beoordeling kan de AFM in een boetevoornemen niet vooruitlopen.

8. Overgangsregeling

Het nieuwe beleid treedt direct in werking. Wel geldt een overgangsregeling om te voorkomen dat overtredingen die zijn begaan ten tijde van het oude beleid worden beboet onder de regels van het nieuwe beleid, indien toepassing van het nieuwe beleid zou leiden tot een hogere boete. Concreet gaat het hierbij met name om de toepassing van de omvangtabel van stap 4 in het stappenplan. Zou de overtreder volgens het nieuwe beleid worden ingedeeld in een hogere categorie (dus: hoger percentage van het basisbedrag) dan volgens in het oude beleid, dan zal het oude beleid worden toegepast. Ten aanzien van de voordeelgerelateerde boete bestond tevoren geen beleid, dus zal het nieuwe beleid in alle gevallen direct van toepassing zijn. Ten aanzien van de omzetgerelateerde boete bestond tevoren wel beleid, maar dat zag op wetgeving die ingrijpend is gewijzigd per 11 augustus 2016 en laat zich niet vergelijken met het nieuwe beleid. Voor alle overtredingen die zijn begaan of aangevangen vanaf genoemde datum zal op dit punt het nieuwe beleid daarom direct van toepassing zijn.