

Consultatie

Boetetoemingsbeleid AFM 2021

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten om de volgende beleidsregel vast te stellen met betrekking tot het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes die worden opgelegd wegens overtreding van de bepalingen die zijn genoemd in paragraaf 2 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs), hoofdstuk 10 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit Pw en Wvb), onderdeel b van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en bijlage 2 bij het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten:

Artikel 1 - Definities

In deze beleidsregel wordt verstaan onder:

- a. omzetgerelateerde boete: boete van ten hoogste een bij wet vastgesteld percentage van de netto-omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit;
- b. recidive: de omstandigheid dat ten tijde van het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verstreken sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding;
- c. verkregen voordeel: 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;
- d. voordeelgerelateerde boete: boete van ten hoogste een bij wet vastgesteld aantal maal het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen;
- e. wettelijk basisbedrag: het wettelijk vastgestelde basisbedrag van de boete, in de categorie 1, 2 of 3.

Artikel 2 - Wettelijke boeteregimes

In deze beleidsregel worden de volgende drie wettelijk vastgelegde boeteregimes onderscheiden:

1. het regime van de boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag;
2. het regime van de voordeelgerelateerde boete; en
3. het regime van de omzetgerelateerde boete.

Het beleid ten aanzien van elk van deze regimes wordt hieronder uiteengezet.

Artikel 3 - Beleid regime 1 (boete op basis van een wettelijk basisbedrag)

3.1 Inleiding

Overtredingen waarvoor wettelijke basisbedragen gelden, heeft de wetgever ingedeeld in drie categorieën. Voor overtredingen van categorie 1 (de laagste) geldt in beginsel een vast bedrag. Voor de categorieën 2 en 3 geldt een flexibele boetesystematiek. Het stappenplan dat hieronder wordt uiteengezet, geldt voor boetes van de categorieën 2 en 3. Bij elke stap wordt aan het einde aangegeven of deze ook geldt voor boetes van categorie 1.

3.2 Stappenplan: van wettelijk basisbedrag naar boetebedrag

Stap 1 - Ernst en duur overtreding

In de regelgeving is vastgesteld dat het basisbedrag wordt verhoogd of verlaagd met maximaal 50% op grond van de ernst en/of duur van de overtreding. De AFM past deze verhoging of verlaging toe in stappen van 25%. De AFM houdt hierbij rekening met de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder a tot en met d, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs). Voor zover van toepassing en van belang, kan de AFM meer specifiek rekening houden met de volgende omstandigheden:

- de mate van benadeling/schade voor derden (zoals consumenten, cliënten, beleggers of pensioendeelnemers);

- het door de overtreding verkregen voordeel, waaronder ook begrepen bespaarde kosten en vermeden verliezen;
- de maatschappelijke impact van de overtreding;
- de omvang van de overtreding (waarbij het bijvoorbeeld gaat om het onderliggende financieel belang, het aantal betrokken personen, het aantal dossiers of het al dan niet structurele karakter van een overtreding);
- de mate waarin de norm is geschonden;
- de mate waarin door de overtreding de stabiliteit en/of integriteit van de onderneming van de overtreder in het geding is gekomen;
- de mate waarin de overtreding heeft geleid tot van marktverstoring (zoals concurrentievervalsing, verstoring level playing field of geschaad vertrouwen in de markt); en
- de gevolgen van de overtreding voor het financieel stelsel.

Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 2 - Mate van verwijtbaarheid

In de regelgeving is vastgesteld dat het basisbedrag wordt verhoogd of verlaagd met maximaal 50% op grond van de mate waarin de overtreding de overtreder is te verwijten. De AFM past deze verhoging of verlaging toe in stappen van 25%. De AFM houdt hierbij rekening met de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder e en f, van het Bbbfs. Voor zover van toepassing en van belang, kan de AFM meer specifiek rekening houden met de volgende omstandigheden:

- eerder door de overtreder begane overtredingen van normen van gelijke of vergelijkbare strekking;¹
- de mate waarin de overtreder geacht moet worden op de hoogte te zijn geweest van de invulling van de norm door de AFM (bijvoorbeeld door verstrekte guidance, een eerder gegeven waarschuwing of gepubliceerde sancties jegens derde partijen);
- de mate waarin de overtreding voortvloeit uit of inherent is aan een vaste werkwijze of het bedrijfsmodel van de overtreder;
- de mate waarin de bedrijfscultuur heeft bijgedragen aan de overtreding; en
- de mate waarin de overtreding met opzet is begaan (voorbeeldvragen: heeft de overtreding zich voorgedaan ondanks serieuze inspanningen om deze te voorkomen, is bewust het risico genomen dat de overtreding zich zou voordoen, is de overtreding willens en wetens begaan?).

In gevallen waarin de ernst en duur van de overtreding (stap 1) en de mate van verwijtbaarheid (stap 2) sterke overlap vertonen, kan de AFM ervoor kiezen om beide stappen gezamenlijk te nemen en op basis daarvan het basisbedrag te verhogen of te verlagen in stappen van 25%. Bijvoorbeeld: een verlaging met 25% in verband met zowel een mindere ernst als een geringere verwijtbaarheid.

Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 3 - Recidive

In de regelgeving is de verplichting opgenomen om het bedrag van de boete, na toepassing van de stappen 1 en 2, te verdubbelen 'indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding'.

In voorkomend geval wordt deze verdubbeling toegepast.

Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1.

¹ Als sprake is van recidive in de zin van de wet, dan wordt de eerdere overtreding niet meegewogen in het kader van de verwijtbaarheid, maar in het kader van stap 3 hieronder (recidive).

Stap 4 – Omvangtabel

Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de AFM rekening met de omvang van de te beboeten onderneming dan wel het vermogen van de natuurlijk persoon, conform onderstaande omvangtabel. Het percentage uit de omvangtabel wordt toegepast op het bedrag dat is vastgesteld na het nemen van de stappen 1, 2 en 3.

Overtreder	Percentage boete
Onderneming*	
Netto-jaaromzet vanaf € 50.000.000 of balanstotaal vanaf € 25.000.000	100%
Netto-jaaromzet minimaal € 35.000.000 of balanstotaal minimaal € 17.500.000	80%
Netto-jaaromzet minimaal € 20.000.000 of balanstotaal minimaal € 10.000.000	60%
Netto-jaaromzet minimaal € 9.000.000 of balanstotaal minimaal € 4.500.000	40%
Netto-jaaromzet minimaal € 3.000.000 of balanstotaal minimaal € 1.500.000	20%
Netto-jaaromzet minimaal € 1.000.000 of balanstotaal minimaal € 500.000	10%
Netto-jaaromzet minder dan € 1.000.000 en balanstotaal minder dan € 500.000	5%
Natuurlijk persoon**	
Vermogen vanaf € 5.000.000	50-100%***
Vermogen tussen € 2.000.000 en € 5.000.000	30%
Vermogen tussen € 1.000.000 en € 2.000.000	20%
Vermogen tussen € 500.000 en € 1.000.000	10%
Vermogen minder dan € 500.000	5%

* Het gaat hierbij om de omzet in het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit en het balanstotaal aan het eind van het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit. Het criterium waarmee de onderneming in de hoogste delingsfactor terecht komt, is steeds doorslaggevend. Ofwel: de tabel wordt gevolgd van boven naar onder, totdat wordt voldaan aan één of beide criteria.

** Het gaat hierbij om het vermogen aan het eind van het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit.

*** Uitgangspunt is 50%, de AFM kan in voorkomend geval hiervan gemotiveerd afwijken en komen tot maximaal 100%.

Als de voor toepassing van de omvangtabel benodigde financiële gegevens niet beschikbaar zijn, probeert de AFM hiervan een schatting te maken. Is ook een reële schatting niet mogelijk, dan wordt de overtreder ingedeeld in de hoogste categorie van de tabel.

In de gevallen dat de netto-jaaromzet en/of het balanstotaal klaarblijkelijk geen juist beeld geven van de omvang van de onderneming, kan de AFM de onderneming indelen in de naast hogere of naast lagere categorie uit de tabel. Hetzelfde geldt wanneer het vermogen van een natuurlijk persoon klaarblijkelijk geen juist beeld geeft van zijn of haar financiële positie.

Indien de bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een onderneming die opgenomen is in een groep met een geconsolideerde jaarrekening, worden bij de berekening van de omvang de totaalbedragen gehanteerd uit de geconsolideerde jaarrekening van de uiteindelijke moederonderneming.

Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 5 – Passendheidstoets

Het op basis van de voorgaande stappen vastgestelde boetebedrag kan door de AFM worden verlaagd op grond van overige omstandigheden van het geval, met inachtneming van onderstaande uitgangspunten:

1. *Opstelling van de overtreder*

In veel zaken kan van belang zijn op welke wijze de overtreder zich opstelt. In dit verband houdt de AFM rekening met:

- de mate waarin de overtreder meewerkt bij het vaststellen van de overtreding;
- maatregelen die de overtreder na de overtreding heeft genomen om herhaling van de overtreding te voorkomen.²

Meer specifiek spelen voor de AFM – voor zover van toepassing en van belang – de volgende vragen een rol:

- Heeft de overtreder, voordat hij bekend was met een onderzoek door de AFM, uit eigen beweging concrete en specifieke maatregelen getroffen ter beëindiging van de overtreding?
- Heeft de overtreder uit eigen beweging en onverplicht de overtreding aan de AFM gemeld?
- Heeft de overtreder meegewerkt aan het onderzoek, niet alleen door vragen te beantwoorden, maar ook door zelf de overtreding, inclusief oorzaken en gevolgen daarvan, adequaat te analyseren en de uitkomsten daarvan met de AFM te delen?
- Heeft de overtreder uit eigen beweging de gevolgen van de overtreding zo veel en zo snel mogelijk ongedaan gemaakt? Heeft hij bijvoorbeeld betrokkenen uit eigen beweging ingelicht over de overtreding en zo nodig schadeloos gesteld?

2. *Cumulatie van boetes*

Indien sprake is van te onderscheiden, maar wel met elkaar samenhangende overtredingen waarvoor twee of meer afzonderlijke boetes worden opgelegd, beoordeelt de AFM of het totale bedrag aan boetes dat voor de samenhangende overtredingen wordt opgelegd passend is. De AFM hanteert hierbij de volgende uitgangspunten:

- De AFM stelt aan de hand van de stappen 1 tot en met 4 per afzonderlijke overtreding een boetebedrag vast. De vastgestelde boetebedragen worden vervolgens in totaliteit bezien. Indien het totaalbedrag aan boetes, gelet op het geheel aan samenhangende gedragingen, als niet-passend wordt beoordeeld, laat de AFM de hoogste boete in stand en verlaagt de AFM de overige boete(s) zodanig dat het totaal aan boetes gelet op de samenhangende overtredingen passend is.
- Indien een enig of grootaandeelhouder als feitelijk leidinggever wordt beboet naast de onderneming zelf, kan de feitelijk leidinggever door het totaal aan boetes mogelijk onevenredig in zijn vermogen worden geraakt. In dat geval zal de hoogte van de boete voor de feitelijk leidinggever in deze stap met inbegrip maximaal een derde worden verlaagd.

3. *Evenredigheid algemeen*

Tot slot kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die in het voorgaande niet zijn betrokken, maar in het kader van de evenredigheid van de hoogte van de boete in een specifiek geval wel relevant zijn. De AFM kan de boete (verder) verlagen op grond van een of meer omstandigheden uit deze 'restcategorie'.

In gevallen waarin de omstandigheden genoemd onder 1 tot en met 3 samenhang vertonen, kan de AFM ervoor kiezen om de boete te verlagen met één percentage of één bedrag voor het geheel.

Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1. Daarbij houdt de AFM bovendien – voor zover nog relevant – rekening met de omstandigheden genoemd in artikel 1 van het Bbbfs.

² Deze omstandigheden worden specifiek genoemd in artikel 1b, onder g en h, Bbbfs.

Stap 6 – Voordeel als ondergrens

Indien de AFM kan vaststellen of met enige mate van nauwkeurigheid kan schatten welk voordeel de overtreder door de overtreding heeft verkregen en het na stap 5 vastgestelde bedrag lager is dan het bedrag van het voordeel, verhoogt de AFM het boetebedrag tot ten minste het bedrag van het verkregen voordeel.

Stap 7 – Draagkracht

Indien aannemelijk is dat het op grond van de vorige stappen vastgestelde boetebedrag de draagkracht van de overtreder overstijgt, gaat de AFM in beginsel over tot matiging van de boete tot een bedrag dat de overtreder redelijkerwijs geacht moet worden te kunnen voldoen, zo nodig met het aangaan van een betalingsregeling. Uitgangspunt hierbij is dat de overtreder met een betalingsregeling van maximaal twee jaar de boete moet kunnen voldoen. Het is aan de overtreder om inzicht te geven in zijn draagkracht, aan de hand van een door de AFM bij het boetevoornemen gevoegd draagkrachtformulier.

Er kunnen redenen zijn om in afwijking van het bovenstaande over te gaan tot het opleggen van boete die de draagkracht van de overtreder te boven gaat. De AFM gaat niet over tot een (volledige) matiging van de boete op grond van draagkracht, in bijvoorbeeld de volgende gevallen:

- Het bedrag van het met de overtreding behaalde voordeel (zie stap 6) overstijgt de draagkracht van de overtreder. Uitgangspunt blijft dat het bedrag van het voordeel geldt als het minimale boetebedrag;
- De overtreding is dermate ernstig en/of verwijtbaar dat een boete onder een bepaald bedrag geen passende reactie meer zou opleveren;
- De overtreder heeft in de periode tussen de overtreding en boeteoplegging onverplicht gelden uitgekeerd (zoals dividenden). Met een gebrek aan draagkracht dat daardoor is ontstaan, wordt geen rekening gehouden.

In beginsel matigt de AFM boetes van de categorieën 2 en 3 niet verder dan tot een bedrag van € 10.000 voor rechtspersonen en een bedrag van € 5.000 voor natuurlijke personen. Indien gelet op de specifieke omstandigheden van het geval een boete van dit beleidsmatige minimum nog onevenredig hoog zou zijn, gaat de AFM over tot verdergaande matiging.

Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1.

Afsluitend

Vastgestelde boetes worden als volgt naar beneden afgerond:

- boetes tot € 1.000.000 op een veelvoud van € 1.000;
- boetes tussen € 1.000.000 en € 5.000.000 op een veelvoud van € 10.000;
- boetes vanaf € 5.000.000 op een veelvoud van € 50.000.

Artikel 4 - Beleid regime 2 (voordeelgerelateerde boete)

Het opleggen van een voordeelgerelateerde boete, in plaats van een boete vanuit een wettelijk basisbedrag, is in de wet- en regelgeving opgenomen als een keuze.³ De AFM kiest voor toepassing van dit regime:

- indien het met de overtreding behaalde voordeel door de AFM kan worden vastgesteld of met enige mate van nauwkeurigheid kan worden geschat; en
- het (vastgestelde of geschatte) behaalde voordeel meer bedraagt dan 50% van het voor de overtreding geldende wettelijke basisbedrag; en
- toepassing van dit regime leidt tot een hoger boetebedrag dan toepassing van regime 1 (boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag).

Indien een voordeelgerelateerde boete wordt opgelegd, wordt de hoogte van de boete als volgt vastgesteld:

³ In enkele gevallen geldt hierbij een wettelijk minimumbedrag aan behaald voordeel.

Uitgangspunt beleid - verhoging boetebedrag met verkregen voordeel

In beginsel wordt de boete berekend aan de hand van het stappenplan van artikel 3.2, met uitzondering van stap 6. Deze stap luidt in dat geval:

Stap 6 – Verhoging met bedrag behaalde voordeel

De AFM verhoogt het na stap 5 vastgestelde boetebedrag met het bedrag van het door de overtreding verkregen voordeel.⁴

Uitzondering zwaarste zaken

Indien bovenstaande wijze van verhoging geen passende bestraffing zou toelaten, stelt de AFM de boete vast op ten hoogste het wettelijk vastgestelde maximaal aantal malen het bedrag van het verkregen voordeel.

Artikel 5 - Beleid regime 3 (omzetgerelateerde boete)

Artikel 5.1 - Omzetgerelateerde boete als enige optie

In zaken waarin de wet de omzetgerelateerde boete dwingend voorschrijft, geldt het volgende beleid:

Uitgangspunt beleid - toepassing wettelijk basisbedrag plus stappenplan

Bij het vaststellen van de omzetgerelateerde boete wordt beleidsmatig in principe de boete berekend op dezelfde wijze als beschreven in artikel 3. Vanuit het wettelijke basisbedrag, zoals dat geldt voor ‘kleinere ondernemingen’ en natuurlijke personen, wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Zwaardere zaken - gewogen omzet

De AFM wijkt af van bovenstaand uitgangspunt indien toepassing hiervan in het concrete geval geen passende bestraffing zou toelaten, gelet op de ernst en/of duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en/of overige omstandigheden van het geval. Hierbij is te denken aan overtredingen die:

- de ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen of een zorgvuldige behandeling van cliënten direct bedreigen;
- grootschalig en structureel van karakter zijn;
- een directe aantasting zijn van de integriteit van de financiële sector; of
- leiden tot maatschappelijke onrust.

Anders benaderd, kan gedacht worden aan zaken waarbij een boete ter hoogte van het basisbedrag, verhoogd met 50% wegens de ernst van de overtreding en/of de mate van verwijtbaarheid, niet zou volstaan.

In deze gevallen wordt beleidsmatig een basisbedrag gehanteerd, gebaseerd op een ‘gewogen omzet’ van de onderneming. De gewogen omzet wordt als volgt berekend:

- a. de netto-jaaronzet tot € 250.000.000 telt voor 100% mee;
- b. de netto-jaaronzet tussen € 250.000.000 en € 1.000.000.000 telt voor 20% mee; en
- c. de netto-jaaronzet boven € 1.000.000.000 telt voor 2% mee.

Het beleidsmatige basisbedrag wordt vervolgens berekend met de formule:

$$\begin{aligned} &\text{Basisbedrag} = \\ &\text{gewogen omzet} \\ &\times \\ &\text{voor de overtreding geldende maximale boetepercentage} \\ &\times \\ &0,25. \end{aligned}$$

⁴ Als maximum van de boete (na doorlopen stappenplan met aangepaste stap 6) geldt hierbij het wettelijk vastgestelde maximaal aantal malen het bedrag van het verkregen voordeel.

Het beleidsmatige basisbedrag wordt afgerond op een veelvoud van € 10.000.

Als minimum voor het beleidsmatige basisbedrag geldt het aan de overtreding gekoppelde wettelijke basisbedrag.

Vanuit dit beleidsmatig vastgestelde basisbedrag wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Zwaarste zaken

Als ook een boete op basis van de gewogen omzet (zie 'zwaardere zaken') geen passende bestraffing zou toelaten, stelt de AFM zonder berekening van enig basisbedrag de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het voor de desbetreffende overtreding geldende maximumbedrag.

Schematisch laat het bovenstaande zich als volgt weergeven:

Hoofdregeel	Analoge toepassing wettelijk basisbedrag, daarna doorlopen van het stappenplan
Zwaardere zaken	Beleidsmatig basisbedrag dat wordt berekend op grond van gewogen omzet, daarna doorlopen van het stappenplan
Zwaarste zaken	Geen basisbedrag, de boete wordt vastgesteld op ten hoogste het wettelijk maximum

Artikel 5.2 - Omzetgerelateerde boete als een van de opties

In zaken waarin de wet de omzetgerelateerde boete als een van de opties geeft, geldt het bovenstaande beleid in beginsel eveneens. De AFM kan er echter dan ook voor kiezen om in plaats van een omzetgerelateerde boete een voordeelgerelateerde boete op te leggen, naar analogie met de uitgangspunten van artikel 4 van dit beleid.

Artikel 6 - Slotbepalingen

Artikel 6.1 - Intrekking bestaande beleidsregel

Het boetetoemingsbeleid van de AFM met bijbehorend matigingsbeleid uit september 2009 (laatstelijk aangepast in maart 2015) wordt ingetrokken.

Artikel 6.2 - Bekendmaking en inwerkingtreding

Deze beleidsregel zal in de Staatscourant worden geplaatst en treedt in werking per [datum].

Artikel 6.3 - Overgangsregeling

Op overtredingen die zijn begaan of zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van deze beleidsregel blijft het voormalige boetetoemingsbeleid van toepassing, indien dat voor de overtreder gunstiger is.

Artikel 6.4 - Citeertitel

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Boetetoemingsbeleid AFM 2021.