

Laat de AFM schikken

mr. J.T. de Jong*

1. Inleiding

Een pleidooi voor een schikkingsbevoegdheid voor de AFM is niet nieuw. In haar Wetgevingsbrief 2011 (Wgb 2011) formuleerde de AFM zelf al eens de wens om een wettelijke schikkingsbevoegdheid te krijgen. Een algemene schikkingsbevoegdheid in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kwam zelfs in 2003 al ter sprake bij de wetgever.¹ De wetgever wilde er toen niet aan, omdat – kort gezegd – eerst maar eens wat ervaring opgedaan moest worden met het opleggen van boetes. Voor zover die ervaring er toen niet was, is die ervaring er nu, tien jaar later, wel. Overtuigende argumenten om een schikkingsbevoegdheid niet te creëren lijken er niet meer te zijn. Collega toezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) schikt inmiddels al enkele jaren in de vorm van een toezeggingsbesluit. Het Openbaar Ministerie (OM) schikt al langer zaken, juist ook financieel economische zaken. Verder blijkt de Britse collega gedragstoezichthouder, de Financial Conduct Authority (FCA), niet zonder reden, een ruime schikkingsbevoegdheid te hebben en die veelvuldig in te zetten.

In dit artikel wordt ingegaan op de huidige stand van zaken bij de AFM met betrekking tot haar schikkingsbevoegdheid. Daarna wordt kort ingegaan op de schikkingsbevoegdheid van de ACM, het OM en de FCA. Vervolgens wordt bekeken of dat argumenten oplevert om ook de AFM een schikkingsbevoegdheid toe te kennen en of de tegenargumenten van de wetgever uit 2003 nog wel opgeld doen.

2. Stand van zaken

De Awb noch de Wet op het financieel toezicht (Wft) biedt de AFM expliciet de mogelijkheid om een schikking te treffen. In 2003 is bij de totstandkoming van de Vierde tranche Awb² wel gedacht over een algemene regeling voor een bestuurlijke transactie, maar de wetgever zag daar toen onvoldoende redenen voor.³ Onder andere omdat de wetgever de ervaring met de bestuurlijke boete destijds nog te beperkt vond. Mede daardoor was het voor de wetgever onduidelijk of een bestuurlijke transactie voor de overtreder voldoende aantrekkelijk zou zijn om tot een substantiële beperking van bestuurslasten te leiden. Tegelijkertijd voorzag de wetgever dat een dergelijke regeling vrij uitvoerig en dus wettelijk geregeld zou moeten zijn. Met name het afstand doen van bezwaar en beroep zou moeten worden ingekaderd, onder behoud van waarborgen voor de bescherming van burgers of ondernemingen.

Op 1 januari 2008 trad de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) in werking. Op basis van deze wet kreeg de AFM een taak om toezicht te houden op de naleving van consumentenregels, doch alleen ten aanzien van financiële diensten en activiteiten. Voor het handhaven van de Whc voorziet de wet in de mogelijkheid voor de AFM om een toezegging te aanvaarden.⁴ Een toezegging lijkt op een schikking, omdat als de AFM een toezegging honoreert, haar bevoegdheid om ter zake een boete op te leggen ver-

valt. Anders dan bij een schikking betaalt de overtreder geen schikkingsbedrag, maar zegt de overtreder gedragsaanpassingen toe. Dit alternatieve handhavinginstrument speelt een beperkte rol in het toezicht van de AFM. Primair omdat overtredingen van de Whc slechts een klein deel vormen van de overtredingen waar de AFM mee te maken heeft. Tot op heden heeft de AFM één toezegging aanvaard.⁵ In paragraaf 3 wordt het toezeggingsbesluit in het kader van de ACM nader toegelicht.

In 2011 sprak de AFM de wens uit naar de minister van Financiën voor een brede algemene schikkingsbevoegdheid. In de Wgb 2011 van de AFM staat daarover onder meer: *'De AFM constateert overtredingen die te zwaar zijn om af te doen met een normoverdragend gesprek of brief, maar te licht zijn om het hele boeteapparaat te belasten. Het gaat dan bijvoorbeeld om het ondernemen van financiële activiteiten zonder de daarvoor vereiste vergunning waarbij substantiële en concrete benadeling van consumenten beperkt is, maar die wel een onwenselijk marktverstrend effect hebben.'* In reactie hierop schreef de minister van Financiën eind 2011 dat hij een dergelijke bevoegdheid in overleg met de AFM zal bestuderen maar op voorhand geen aanleiding ziet om op dit punt te tornen aan de Awb.⁶ De minister van Financiën voegde daaraan toe dat hij meer in alternatieven ziet, zoals de pilot versnelde boeteprocedure.

Die pilot versnelde boeteprocedure was op dat moment in de maak bij de AFM. De AFM schreef daarover in haar Wgb 2011 het volgende: *'Vanwege het gebrek aan een wettelijke schikkingsbevoegdheid, start de AFM dit jaar met een pilot versnelde boeteprocedure terzake art. 2:80 Wft. Deze afdoeningsmogelijkheid is niet opgenomen in de wet en niet getoetst door de rechter. Met de pilot wil de AFM bezien of deze procedure soelaas biedt voor de signalen betreffende de uitgekristalliseerde overtredingen.'* Op 21 december 2011 kondigde de AFM de pilot officieel aan voor overtre-

* Johannes de Jong is werkzaam als Jurist en Assistent boetefunctionaris bij de Autoriteit Financiële Markten. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 130.
2. Op 1 juli 2009 werd de Vierde tranche Awb uiteindelijk ingevoerd.
3. Zie voetnoot 2.
4. Zie: <http://www.afm.nl/nl/over-afm/werkzaamheden/maatregelen/toezegging.aspx>.
5. Zie: www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2012/april/rentekorting.aspx.
6. Minister van Financiën, Beleids- en wetgevingbrief op het terrein van de financiële markten, 20 oktober 2011, p. 39 ([www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/20/kamerbrief-beleids-en-wetgevingsbrief-financiele-markten.pdf](http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/10/20/kamerbrief-beleids-en-wetgevingsbrief-financiele-markten/beleids-en-wetgevingsbrief-financiele-markten.pdf)).

ders van art. 2:80 lid 1 Wft (bemiddelen zonder vergunning).⁷ Kort gezegd gaat het hierbij om het sneller doorlopen van een boetetraject, doordat de overtreder de feiten en de juridische beoordeling daarvan niet betwist. De overtreder geeft bovendien geen zienswijze op het boetevoornemen en krijgt geen inzage in het boetedossier. In ruil daarvoor krijgt de overtreder een korting van 30% op de hoogte van de op te leggen boete en de AFM meldt bij de publicatie van de boete dat de overtreder heeft deelgenomen aan de pilot versnelde boeteprocedure.⁸ Anders dan bij een echte schikking, blijft het de overtreder steeds vrijstaan om bezwaar te maken tegen het boetebesluit en daarbij vastgestelde feiten en/of juridische beoordeling. Gevolg daarvan is wel dat de korting op de opgelegde boete dan komt te vervallen.⁹

Het doel dat de AFM in 2011 bij de introductie van de pilot voor ogen stond, was met name om de vele signalen van onder meer illegaal bemiddelen op een efficiënte manier af te kunnen doen met een passende punitieve sanctie.¹⁰ Bijna drie jaar na de introductie van de pilot, heeft de AFM op 16 april 2014 haar eerste en tot op heden enige versnelde boeteprocedurezaak openbaar gemaakt.¹¹ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat overtreders niet in de rij staan om deel te nemen aan de versnelde boeteprocedure en het beoogde doel van de pilot lijkt daarmee tot op heden te zijn uitgebleven. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de AFM in 2013 de pilot versnelde boeteprocedure heeft uitgebreid naar overtredingen die zien op het niet of onjuist plaatsen van het zogenaamde wild-westbordje¹² en is voor overtreding van het verbod van illegale bemiddeling de drempel van maximaal illegaal verkregen provisie van € 50.000 komen te vervallen. Daarmee is de reikwijdte nu dus ruimer, hoewel nog steeds vrij beperkt. De resultaten van de uitbreiding moeten wellicht nog worden afgewacht.

Met deze stand van zaken lijkt het een goed moment om een expliciete schikkingsbevoegdheid voor de AFM te heroverwegen. Met name omdat de belangrijkste argumenten van de wetgever uit 2003 en de minister van Financiën uit 2011 om die bevoegdheid (nog) niet te creëren niet meer aan de orde lijken.¹³ Daarnaast heeft een aantal andere toezichthouders de afgelopen jaren laten zien dat de schikking een goed alternatief handhavingsinstrument is.¹⁴

3. Toezeggingsbesluit ACM

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), thans ACM, kreeg in 2007 de bevoegdheid tot het nemen van zogenaamde toezeggingsbesluiten ter handhaving van het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtspositie.¹⁵ Daarnaast kan de ACM, net als de AFM, sinds 2008 ook toezeggingen aanvaarden voor overtredingen van de Whc.¹⁶ In een toezeggingsbesluit van de ACM worden – kort gezegd – op initiatief van de betreffende onderneming bindende afspraken over gedragsaanpassingen van de ondernemingen vastgelegd met het doel een inbreuk op de Mededingingswet te voorkomen of te beëindigen. Voor het gebruik van het toezeggingsinstrument is het niet noodzakelijk dat er reeds een overtreding is vastgesteld. Dat betekent dat de ACM ook een toezegging kan aanvaarden, indien nog geen onderzoek heeft plaatsgevonden. Te denken valt daarbij aan inkeerders.

De ACM kan een toezegging aanvaarden als zij dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. Als de ACM een toezegging honoreert, vervalt haar bevoegdheid om ter zake een boete op te leggen. Het aanvaarden van een toezegging is geen besluit in de zin van de Awb. Bezwaar en beroep is daarom niet mogelijk. Wat dat betreft lijkt het aanvaarden van een toezegging op een schikking. Echter, anders dan bij een schikking, vindt geen transactie plaats. Evenmin kan het op enigerlei wijze worden aangemerkt als een schuldbekentenis. Daar staat tegenover dat als een onderneming zich niet aan haar afspraken houdt, ze een dubbele boete riskeert. Eén boete wegens schending van de toezegging als zodanig en één boete voor de onderliggende overtreding, verondersteld dat de ACM die overtreding (alsnog) kan vaststellen.

Deze bevoegdheid heeft de wetgever destijds voor de NMa gecreëerd omdat de Europese mededingingsautoriteit die bevoegdheid ook heeft en in nationale mededingingswetgeving zoveel mogelijk aansluiting gezocht moet worden bij Europese bevoegdheden.¹⁷ Anders gezegd, uitgangspunt is dat de instrumenten van de nationale mededingingsautoriteit dezelfde moeten zijn als die van de Europese Commissie. In het wetsvoorstel Stroomlijningswet ACM wordt nu voorgesteld deze wijze van afdoening ACM-breed te trekken.¹⁸ De in het wetsvoorstel opgenomen regeling, maakt de bevoegdheid tot het aanvaarden van een toezegging en het openbaar

7. Zie: www.afm.nl/nl/nieuws/2011/dec/pilot-versnelde-boeteprocedure.aspx.
8. Bij de introductie van de pilot gold nog geen korting van 30% op de boete, maar werd uitgegaan van de illegale provisie vermeerderd met 10%.
9. Zie voor de precieze voorwaarden van de versnelde boeteprocedure: www.afm.nl/nl/professionals/diensten/veelgestelde-vragen/boetes/versnelde-boeteprocedure.aspx.
10. In de Wgb 2011 schrijft de AFM dat ze ongeveer 100 signalen per jaar ontvangt van mogelijke overtredingen die in aanmerking zouden kunnen komen voor de pilot.
11. Zie: www.afm.nl/~media/Files/boete/2014/wijnkamp-vastgoed.ashx.
12. Ondernemingen die voor een activiteit gebruik maken van een vrijstelling van het toezicht moeten sinds 1 januari 2012 in vermeldingsuitingen een verplichte vrijstellingsvermelding met een symbool opnemen.
13. Zie paragraaf 6 van dit artikel.
14. Anderzijds worden ook wel eens bezwaren geuit tegen schikken. Zie recent: C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014, p. 641-646 en P. Frentrop, 'De Belgische motoragent', *Effect*, januari 2014, p. 27.
15. Art. 49a e.v. Mededingingswet.
16. Voor de samenvoeging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit, lag deze bevoegdheid nog bij de laatstgenoemde toezichthouder.
17. Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 19, p. 4.
18. Zie art. 12h van het wetsvoorstel *Kamerstukken I* 2013/14, 33 622, nr. A-n1, p. 6. Het voorstel is op 17 december 2013 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.

maken daarvan dus voor alle toezichtgebieden van de ACM mogelijk. Deze stroomlijning van het toezeggingsinstrument stelt de ACM volgens de wetgever beter in staat maatwerk te leveren wat betreft de handhaving van wettelijke voorschriften.¹⁹ Zo zou de ACM voor het aanvaarden van een toezegging kunnen kiezen, als zij dat doelmatiger acht dan het opleggen van een bestuurlijke boete. Dit kan volgens de ACM het geval zijn, als nader onderzoek achterwege kan blijven en er een gewenst uitstralingseffect naar de markt is.²⁰ Anders gezegd, omdat de toezegging snel en effectief het marktgedrag van betrokkene duurzaam kan beïnvloeden.²¹

Een toezeggingsbesluit heeft ontegenzeggelijk voordelen voor de ACM en overtreders. Voor de ACM is het belangrijkste voordeel dat schendingen van het mededingingsrecht en het consumentenrecht op doelmatige wijze worden afgedaan. Een diepgravend onderzoek en lange procedures worden vermeden en de onderneming verplicht zich dusdanig te gedragen dat een inbreuk wordt voorkomen of beëindigd.²² Het voordeel voor overtreders is ontsnapping aan een langdurig boetetraject met kostbare procedures. Dat laat echter onverlet dat een toezeggingsbesluit op grond van de Mededingingswet, inclusief het conceptbesluit openbaar gemaakt wordt.²³

Het instrument blijkt ook succesvol. In de Staatscourant kunnen op het moment van schrijven in elk geval acht toezeggingsbesluiten worden gevonden, die voor het overgrote deel van na 2010 zijn. Ter vergelijking: de NMa heeft in 2010, 2011 en 2012 respectievelijk twaalf, zes en zes boetes en/of lasten opgelegd.²⁴

4. Strafrechtelijke transactie OM

Het OM kan een zogenaamde strafrechtelijke transactie aangaan met een verdachte ter zake van een overtreding of misdrijf waarvoor een maximale gevangenisstraf van zes jaar kan worden opgelegd.²⁵ De strafrechtelijke transactie is een klassieke vorm van schikken, waarbij het OM afziet van strafvervolgning (en het recht daartoe vervalt) in ruil voor het betalen van een geldbedrag door de verdachte.²⁶ Gaan partij en de transactie aan, dan is daarmee de kous af.²⁷

De strafrechtelijke transactie was oorspronkelijk bedoeld voor eenvoudige zaken, maar inmiddels mag het OM ook complexe zaken op deze wijze afdoen. Daaronder worden uitdrukkelijk ook complexe financieel-economische zaken begrepen.²⁸ Gaat het daarbij om zogenaamde hoge en bijzondere transacties dan is een persbericht in beginsel noodzakelijk.²⁹ Als recent voorbeeld kan de schikking die het OM trof met Rabobank in de Libor-fraude genoemd worden. Daarin stond ook het schikkingsbedrag van € 70 miljoen genoemd.

De bevoegdheid voor het OM tot het aangaan van een transactie is ruim en zeker ruimer dan een toezeggingsbesluit, maar ze is niet zonder grenzen. Zo moeten hoge en bijzondere transacties worden afgestemd met het college van Procureurs-generaal³⁰ en over het niet-vervolgen als gevolg van een transactie door het OM, kan via een 'artikel 12 Sv'-procedure door belanghebbenden geklaagd worden. Wel is dat slechts een beperkte en vrij indirecte mogelijkheid om achteraf een transactie te laten toetsen door een rechter. Een on-

afhankelijk rechterlijke toets bij de totstandkoming van een transactie is er niet.³¹

Hoewel dat niet standaard is, zijn er voorbeelden waarbij in het kader van een transactie door de verdachte bepaalde toezeggingen gedaan worden over gedragsaanpassingen. Zo heeft Ballast Nedam bij de transactie die ze eind 2012 aanging met het OM voor het betalen van steekpenningen beloofd het integriteitsbeleid aan te scherpen. Het OM zei dit strikt te zullen controleren.³² De vraag is wel wat precies het gevolg zou zijn als Ballast Nedam zich niet aan haar toezeg-

19. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 10. Concreet betekent dit ten opzichte van de huidige situatie dat de ACM ter zake van (vermoedelijke) overtredingen van de Telecommunicatiewet nu tevens een toezeggingsbesluit kan aanvaarden.
20. NMA-besluit 7245, 29 december 2011, inzake FTN.
21. NMA-besluit 7138, 30 juni 2011, inzake Thuiszorg Midden-Brabant.
22. Zie ook N.J. Linssen, 'Door toezegging geen boete ACM', *Juridisch up to date*, 14 juni 2013, nr. 12, p. 21.
23. Op grond van de Whc kan, maar hoeft geen publicatie plaats te vinden.
24. Zie: http://nmajaarverslag2012.acm.nl/download/nma_in_cijfers.pdf.
25. Art. 74 Sr. Zij het dat een strafrechtelijke transactie in sommige gevallen ook kan worden aangeboden door de politie, en die bevoegdheid voor bepaalde delicten aan een bestuursorgaan wordt overgedragen.
26. De strafbeschikking van het OM wordt in dit artikel verder buiten beschouwing gelaten, omdat dit geen vorm van schikken is. Via een strafbeschikking worden door het OM zelf straffen opgelegd. Dit kan een geldboete of een taakstraf zijn.
27. De strafrechtelijke transactie moet worden onderscheiden van de op grond van art. 511c Sv bestaande bevoegdheid voor de officier van justitie tot het aangaan van een schriftelijke schikking tot het betalen van een geldbedrag of tot een overdracht van voorwerpen aan de Staat. Een dergelijke schikking (ook 'ontnemingschikking' genoemd) leidt, anders dan de strafrechtelijke transactie, niet tot het verval van het recht tot strafvordering en straf. Deze vorm van schikken komt in deze bijdrage verder niet aan de orde.
28. Uit recent onderzoek van RTL Nieuws blijkt dat het OM in 2011, 2012 en 2013 in totaal 23 keer een 'hoge transactie' heeft gesloten. Zie: www.rtlnieuws.nl/economie/home/23-bedrijven-en-personen-kochten-strafvervolgving-af. Voor een goede verhandeling over enkele recente hoge transacties zie: M. Pheijffer, 'Aanpak financieel-economische criminaliteit: sch(r)ikken!', *Strafblad*, mei 2014, p. 90-96.
29. Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties van het College van procureurs-generaal (2008A021), paragraaf 4: www.om.nl/organisatie/beleidsregels/overzicht/executie_afdoening/@155152/aanwijzing-hoge/.
30. Ibidem, par. 5.
31. Zie daarover kritisch: C.M.I. van Asperen de Boer & M.L. van Duijvenbode, 'Schikkingscultuur in fraudezaken ondermijnt de rechtsontwikkeling', *NJB* 2014, p. 642. Zie daarover anders: M. Pheijffer, 'Aanpak financieel-economische criminaliteit: sch(r)ikken!', *Strafblad*, mei 2014, p. 95.
32. Zie: www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@160067/transactie-ballast/.

gingen zou houden. Dit omdat de voorwaarden die het OM aan een transactie mag stellen beperkt zijn.³³ Bij een toezeggingsbesluit zou dat formeel helder zijn, omdat niet-nakoming van de toezegging zelfstandig sanctioneerbaar is door de ACM. Waar het evenwel om gaat voor het OM, is dat toezeggingen van een verdachte een waarborg bieden om recidive te voorkomen.³⁴ Omdat dat ook een strafdoel is, kan het een transactie helpen legitimeren. Dergelijke toezeggingen zullen misschien niet gauw gedaan worden als de zaak door de rechter zou worden beslist. Een transactie biedt het OM dus ook enige ruimte om maatwerk te leveren. Verder geldt meer algemeen dat met een transactie geld en tijd bespaard kan worden, met name omdat een transactie minder capaciteit vergt dan reguliere vervolging. De winst zal vanzelfsprekend groter zijn naarmate de omvang van een dossier of de juridische complexiteit van een zaak toeneemt.

5. Schikkingsbevoegdheid FCA

De Britse collega toezichthouder van de AFM, de FCA, heeft een ruime schikkingsbevoegdheid en doet daarmee naar eigen zeggen veel zaken af.³⁵ Kort gezegd heeft de FCA – net als het OM – gedurende ieder moment van het onderzoek de mogelijkheid om een schikking aan te bieden, waarmee tegen betaling verder handhavend optreden kan worden voorkomen. De FCA benadrukte vorig jaar nog publiekelijk veel voordelen te zien in het aangaan van schikkingen: *‘Early settlement has many potential advantages as it can result, for example, in consumers obtaining compensation earlier than would otherwise be the case, the saving of FCA and industry resources, messages getting out to the market sooner and a public perception of timely and effective action.’*³⁶

De FCA hanteert een strak schikkingsregime dat erop is gericht snel tot de best mogelijke uitkomst te komen. Uitgangspunt bij de hoogte van het schikkingsbedrag is het bedrag dat de FCA anders als boete zou opleggen. Maar om een schikking aantrekkelijker te maken dan een boete, past de FCA een korting toe van respectievelijk 30%, 20% of 10%. Voorgaande kortingspercentages zijn afhankelijk van het moment waarop de schikking tot stand komt en gelden alleen indien de FCA reeds een onderzoek is gestart.³⁷ De hoogste korting kan worden verkregen direct nadat de FCA haar *Preliminary Investigation Report* (PIR) heeft verzonden. Een dergelijk rapport is vergelijkbaar met het concept-onderzoeksrapport van de AFM. In die fase is het onderzoek nog in handen van toezichthouders en nog niet overgedragen aan de boetefunctionaris of in het geval van de FCA aan de afdeling Enforcement. De FCA benadrukt parallel aan de schikkingsonderhandeling door te gaan met haar onderzoek, om geen vertraging op te lopen indien de schikkingsonderhandelingen zouden stranden. Om de capaciteit optimaal te benutten, hanteert de FCA strakke tijdslijnen voor de schikkingsonderhandeling. Daarnaast zet de FCA mediators in om de onderhandeling zo efficiënt en de uitkomst zo effectief mogelijk te laten zijn. Dat blijkt goed te werken.³⁸ Tot slot is van belang dat de bevoegdheid om een schikking aan te gaan niet bij het bestuur van de FCA (the *Regulatory Decisions Committee*) is gelegd, maar bij het senior management. Daardoor kan relatief snel definitief op een schikking beslist worden.

Een eventuele schikking wordt uiteindelijk net als een boete door de FCA vastgelegd in een zogenaamde Final Notice.

Een Final Notice bevat onder meer een opsomming van alle geconstateerde overtredingen en het schikkingsbedrag en wordt in zijn geheel gepubliceerd op de FCA website en andere overheidswebsites. De FCA ziet alleen af van publicatie indien – kort gezegd – zij dat disproportioneel acht.^{39, 40}

6. Enkele argumenten voor een schikkingsbevoegdheid van de AFM

Als gedragstoezichthouder richt de AFM zich primair op het bereiken van normconform gedrag,⁴¹ zodat deelnemers aan de financiële markten correct behandeld en juist geïnformeerd worden.⁴² De strategie van de AFM is er daarbij op gericht dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Pas wanneer deze strategie niet tot het gewenste resultaat leidt of naar verwachting zal leiden, wordt in beginsel normconform gedrag afgedwongen door de inzet van handhavinginstrumenten.⁴³ Zowel het toezeggingsbesluit als de zuivere schikking kunnen daarbij van toegevoegde waarde zijn. Beide instrumenten streven procedurele efficiëntie na, maar ze zijn interessant voor verschillende soorten zaken en overtreeders. Met een toezeggingsbesluit kunnen gedragsaanpassingen van overtreeders snel en efficiënt door de overtreder worden toegezegd. Anders dan toezeggingsbesluiten zijn schikkingen ook geschikt voor ernstige inbreuken, het soort zaken waarin van de AFM verwacht wordt dat ze een boete zou opleggen. Een toezeggingsbesluit behelst geen schulderkenning of erkenning van een overtreding. Bij een schikking is dat formeel niet anders, maar moet wel een schikkingsbedrag voldaan worden. Daardoor zal het als meer bestraffend worden ervaren dan een toezeggingsbesluit. Zowel de praktijk van het OM als die van de FCA is dat schikkingen openbaar gemaakt worden. De FCA doet dat zelfs op gelijke wijze als bij boetes, in die zin dat naast het schikkingsbedrag ook alle geconstateerde overtredingen benoemd worden. Onder die omstandigheden heeft een schikking met de boete gemeen dat er sterke preventieve werking van uitgaat. Daarnaast zou een schikking kunnen meewegen bij de beoordeling van de betrouwbaarheid en/of geschiktheid van de beleidsbepalers van de onderneming.

33. De te stellen voorwaarden zijn beperkt en in art. 74 Sr limitatief omschreven.
34. Zie interview FTM met Vincent Leenders, coördinerend officier van justitie Fraude: www.ftm.nl/exclusive/de-ratio-achter-schikkingen-met-fraudeurs-interview/.
35. FCA, Enforcement Guide, p. 26.
36. FCA, The FCA's approach to advancing its objectives - July 2013, p. 20.
37. FCA, FCA Handbook, DEPP 6.7.3.
38. Zie E. Birch, 'Mediation in the Regulatory Context', in: *Mediators on Mediation: leading mediator perspectives on the practice of commercial med*, hoofdstuk 16.
39. Sections 391(4), 391(6) en 391(7) van de Financial Services and Markets Act 2000.
40. Zie bijvoorbeeld de schikking die de FCA in 2013 trof met SEI Investments (Europe) Limited: www.fca.org.uk/your-fca/documents/final-notices/2013/sei-investments-europe-limited.
41. Zie Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, *Stcrt.* 2008, 132 onder 3 'Uitgangspunten'.
42. Zie www.afm.nl/nl/over-afm/organisatie.aspx.
43. Ibidem.

Wat betreft het toezeggingsbesluit lijkt er niet veel in de weg te staan aan een uitbreiding van die bevoegdheid naar de AFM.⁴⁴ De wetgever heeft bij het verruimen van de bevoegdheid tot het nemen van een toezeggingsbesluit door de ACM inmiddels de Europese oorsprong van de bevoegdheid losgelaten. Reden is dat de wetgever van mening is dat een ACM-brede bevoegdheid voor het nemen van toezeggingsbesluiten de ACM beter in staat stelt om maatwerk te leveren.⁴⁵ De wetgever geeft daarbij aan dat het bedoelde maatwerk erin kan bestaan dat het nemen van een toezeggingsbesluit doelmatiger is dan een boete. Die doelmatigheid ten opzichte van een boete of last, bestaat grofweg uit twee componenten. Enerzijds gaat het om een te behalen capaciteitswinst en anderzijds om het bereiken van een bepaald maatschappelijk effect. Op grond van het voorgaande valt niet in te zien waarom dat voor de AFM als gedragstoezichthouder anders zou zijn. Het toezeggingsbesluit, dat exclusief tot stand kan komen op initiatief van de overtreder, past bovendien goed bij de strategie van de AFM die erop is gericht dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Tot slot hoeft het creëren van deze bevoegdheid voor de AFM ook niet ingewikkeld te zijn. Het instrument kan voor de AFM vrijwel rechtstreeks uit de ontwerpwetgeving Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, Hoofdstuk 3, paragraaf 2, worden overgenomen.

Wat betreft de schikking geldt dat dit ook voor de AFM in bepaalde zaken een goed alternatief zou kunnen zijn voor een bestuurlijk boete. Principeel kan daar niet veel tegen zijn, omdat een heel aantal schendingen van Wft gebods- en verbodsbepalingen ook onder de Wet op de economische delicten strafrechtelijk kunnen worden afgehandeld door het OM, zij het dat dit niet vaak voorkomt. Het betekent in elk geval formeel gezien dat deze zaken al geschikt kunnen worden via een transactie met het OM. De wetgever gaf in 2003 ook al aan dat een bestuurlijke transactie aantrekkelijk zou zijn om tot een substantiële beperking van bestuurslasten te leiden. Die vaststelling houdt nog steeds en staat bij de toezichthouders die al schikken dan ook niet ter discussie.

Destijds vroeg de wetgever zich echter wel af of een schikking wel voldoende aantrekkelijk zou zijn voor overtreders. De wetgever moet hebben gedacht dat het niet zou lonen om de bevoegdheid in een wettelijke regeling vast te leggen, als er geen belangstelling voor zou zijn. Het is van belang die gedachte van de wetgever in de tijd te plaatsen, omdat in 2003 de AFM aanzienlijke lagere boetes kon opleggen dan thans het geval is. Zo gold bijvoorbeeld onder de Wet toezicht effectenverkeer 1995 in het jaar 2003 een hoogste boetebedrag van € 87.125, later werd dit € 96.000 en pas in augustus 2009 is het huidige hoogste boetedag gaan gelden van € 2 miljoen (basisbedrag). Dat dit geen theoretische bedrag meer is, heeft de AFM vorige jaar zomer bewezen door de eerste boete op te leggen van € 2 miljoen.⁴⁶ Met de komst van een aantal Europese verordeningen in 2016, zullen de boetemaxima voor een heel aantal overtredingen wederom significant stijgen.⁴⁷ Daar komt bij dat in 2003, de AFM 'slechts' vier van de negentien boetes publiceerde, terwijl op dit moment de meeste boetes die de AFM oplegt gepubliceerd moeten worden.

Uiteindelijk vond de wetgever in 2003 dat eerst meer ervaring met de bestuurlijke boete opgedaan moest worden. Die ervaring is er ruim tien jaar later zonder meer. Alleen al de AFM heeft in die tijd meer dan tweehonderd boetes opgelegd. Prima facie lijkt het argument van de wetgever uit 2003 derhalve thans niet meer aan de orde. Maar er zijn ook andere redenen om aan te nemen dat een schikking voor bepaalde overtreders die zich geconfronteerd zien met een onderzoek van de AFM interessant kan zijn. Met name omdat met een schikking langlopende en kostbare procedures kunnen worden voorkomen door partijen die zich realiseren dat hun zaak weinig sterk is. Een korting op het boetebedrag kan dan bijdragen aan het over de streep trekken van deze overtreders. Naarmate de AFM meer tijd en met name capaciteit in een zaak heeft gestopt, zal winst die een schikking kan brengen wegvallen en daarmee waarschijnlijk ook haar bereidheid om een schikking te treffen.⁴⁸ Om dezelfde reden geeft de collegatoezichthouder FCA een steeds lagere korting op het schikkingsbedrag, naarmate de tijd verstrijkt. In zijn algemeenheid geldt daarnaast dat hoe sneller een zaak wordt afgehandeld, hoe groter de 'lik-op-stuk'-beleving zal zijn.

In de Wgb 2011 geeft de AFM onder andere aan te beogen om via een schikking meer signalen af te kunnen handelen van relatief veel voorkomende vormen van illegaal optreden op de financiële markten. Dit type overtreding is vaak evident en dan kan schikken interessant zijn. De ervaring leert anderzijds ook dat deze partijen wel eens hun activiteiten staken gedurende het onderzoek van de AFM of zelfs al eerder. Er rest dan veelal nauwelijks een onderneming die buiten de illegale activiteiten om een bestaansrecht heeft. De vraag is of een schikking dan voor de overtreder nog voldoende interessant is. Mogelijk kan dan een prikkel om toch te schikken zijn dat de AFM de feitelijk leidinggevers van deze ondernemingen meeneemt in de schikking.

Daarnaast kan een schikkingsbevoegdheid volgens de AFM in de Wgb 2011 bijvoorbeeld bijdragen aan de handhaving van art. 5:25i Wft (verplichting tot openbaarmaking van koersgevoelige informatie). Daarbij moet wel in gedachte worden gehouden dat normadressanten van dit artikel (uitgevende instellingen) in de regel minder gevoelig zijn voor een klein financieel voordeel als de zaak onvoldoende uit-

44. Zie vergelijkbaar: N.J. Linssen, 'Door toezegging geen boete ACM', *Juridisch up to date*, 14 juni 2013, nr. 12, p. 24; en J.A. Voerman & H.E. Bast, 'Actualiteiten financieel sanctierecht. Amerikaanse toestanden?', in: *Jaarboek Compliance 2013*, Capelle aan den IJssel: Nederlands Compliance Instituut december 2013, p. 123.

45. Zie voetnoot 18.

46. Zie: www.afm.nl/nl/nieuws/2014/jan/boete-friendly-finance.aspx.

47. Als voorbeeld kunnen genoemd worden de Verordening Marktmissbruik, MiFIR en CRD-IV.

48. Hierbij zal wel een beleid moeten worden gehanteerd wat rekening houdt met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

gekristalliseerd is.⁴⁹ Dat zal meer algemeen ook voor banken, verzekeraars en andere grote partijen gelden. Zij zullen bij enige door hen gepercipieerde marge bereid zijn de zaak volledig uit te procederen. Daarbij kan het verstrijken van de tijd door hen soms juist als een voordeel worden ervaren. Het voordeel van een schikking moet dan uit een andere hoek komen. Bijvoorbeeld omdat schikken slechts tot één enkele publicatie leidt. Op het moment van schrijven van dit artikel vinden in een boetetraject in beginsel twee publicaties plaats. Eén na verloop van vijf werkdagen na oplegging van de boete en één nadat de boete onherroepelijk is geworden. Per 1 augustus 2014 gaat echter een nieuw Wft-breed publicatieregime gelden, waarbij – kort gezegd – bij iedere stap van partijen gedurende een procedure een publicatie volgt.⁵⁰ Dat betekent dat een zaak potentieel jaren lang op media-aandacht kan rekenen. Een schikking met slechts één publicatiemoment, heeft dan ontegenzeggelijk voordelen voor overtreders. Wellicht kan verder enige inspraak in de tekst van de te publiceren schikking voor deze partijen aantrekkelijk zijn. Iets wat de FCA overigens ook mogelijk maakt. Deze prikkels zouden straks wel eens zo groot kunnen zijn, dat ook zaken die vanuit de optiek van de overtreder minder evident zijn geschikt kunnen worden. Juist in die zaken kan dan een enorme capaciteitswinst geboekt worden door de AFM.

Tot slot geeft de AFM in de Wgb 2011 aan dat ze een schikking zou willen gebruiken voor uitgekristalliseerde zaken. Dit zullen zaken zijn die al op signaalniveau of na niet al te uitputtend onderzoek tot een duidelijke indicatie van een overtreding leiden. Met andere woorden, het zal gaan om zaken waarvan vrij snel met enige zekerheid gezegd kan worden dat sprake is van een overtreding. Als dit vergunninghoudende partijen zijn, die van het leveren van financiële diensten afhankelijk zijn, dan kan schikken interessant zijn. Deze partijen zullen in de regel snel schoon schip willen maken, mede omdat negatieve media-aandacht in korte tijd de business van deze partijen kan raken.

Ter afsluiting nog een gedachte over de mogelijkheid om een schikking te combineren met een toezegging. Dat is een verleidelijke gedachte, omdat de verschillende effecten van de schikking en het toezeggingsbesluit dan cumuleren. Te denken valt aan het toezeggen van bepaalde compliance- of beheersingsmaatregelen in combinatie met het betalen van een schikkingsbedrag. Deze variant lijkt het OM te zijn overeengekomen met Ballast Nedam. Ballast Nedam heeft als onderdeel van de schikking beloofd het integriteitsbeleid aan te scherpen. Behoudens dit voorbeeld, is de vraag of een dergelijke schikking wel voldoende interessant is voor een overtreder. De cumulatie van toezeggingen en het betalen van een schikkingsbedrag kan een overtreder in een minder gunstige positie brengen dan een boete alleen. Desalniettemin is het gezien de ervaring van het OM goed om bij een schikkingsbevoegdheid voor de AFM deze mogelijkheid open te houden.

7. Conclusie

Voor de AFM als gedragstoezichthouder zijn er duidelijke voordelen te behalen met een algemene bevoegdheid om toezeggingen te aanvaarden evenals met een AFM-brede schikkingsbevoegdheid. De hiervoor genoemde voordelen van deze bevoegdheden voor toezichthouders ACM, OM

en FCA gelden vrijwel steeds in gelijke mate voor het financieel toezicht door de AFM. De twijfel van de wetgever in 2003, of een schikkingsbevoegdheid wel voldoende aantrekkelijk zou zijn voor overtreders, lijkt niet meer aan de orde. Met het hoger worden van boetebedragen en verdere uitbreiding van de publicatieverplichting van de AFM, zal de schikking voor overtreders steeds interessanter zijn. Het lijkt nu dan ook een goed moment om een schikkingsbevoegdheid voor de AFM te heroverwegen.

-
49. Het voordeel van schikken zou met invoering van significant hogere boetebedragen onder de Verordening Marktmisbruik, straks wel aanzienlijk groter kunnen zijn. Op grond van de conceptverordening, gaat voor rechtspersonen straks een maximumboete van € 15 miljoen of drie keer de jaaromzet gelden.
50. Zie de voorgestelde wijziging van art. 1:97 Wft in Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten, *Kamerstukken I 2013/14*, 33 849, nr. A, p. 6.