

## Feedback statement consultatie Boetetoemingsbeleid AFM 2021

### 1. Inleiding

Marktpartijen zijn in de gelegenheid gesteld om tussen 25 maart en 30 april 2021 te reageren op de voorgenomen herziening van het boetetoemingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De AFM heeft één consultatiereactie ontvangen, van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB). De NVB heeft twee punten naar voren gebracht, die in dit feedback statement worden weergegeven en behandeld. De consultatiereactie leidt uiteindelijk niet tot aanpassing van het concept-beleid. De AFM waardeert het dat de NVB de gelegenheid heeft genomen voor het leveren van een constructieve bijdrage om de kwaliteit en uitvoerbaarheid van het boetetoemingsbeleid te versterken.

### 2. Bespreking consultatiereactie per onderwerp

De reactie van de NVB richt zich op de strekking en formulering van enkele boeteverhogende en -verlagende omstandigheden uit het stappenplan van artikel 3.2 van het boetetoemingsbeleid. Het gaat om het volgende:

- **Ernst/duur van de overtreding**

*Opmerking en verzoek NVB*

Het beleid benoemt de benadeling/schade voor derden, als relevante omstandigheid in het kader van de ernst/duur van de overtreding. Niet duidelijk is of de hier bedoelde benadeling enkel verhogend of ook verlagend kan werken. Waar de overtreding nadelig voor de overtreder zelf is geweest of er (nagenoeg) geen impact is geweest voor klanten of de financiële stabiliteit, komt de vraag op hoe evenredig een hoge boete is. Wij verwijzen naar een recente uitspraak op dit punt van de Hoge Raad van 29 mei 2020 (ECLI:NL:HR:2020:973).

*Verzoek:* wij verzoeken de AFM in het beleid op te nemen dat naast de mate van benadeling/schade voor derden (zoals consumenten, cliënten, beleggers of pensioendeelnemers) ook het nadeel dat betrokkene zelf heeft ondervonden van de overtreding meeweegt bij de bepaling van de boetehoogte.

*Reactie AFM*

De AFM stelt voorop dat alle omstandigheden die worden genoemd onder stap 1 zowel kunnen leiden tot een verhoging als tot een verlaging van het basisbedrag van de boete. Zo is het denkbaar dat de AFM het bedrag verlaagt gelet op een mindere ernst, als blijkt dat door de overtreding geen klanten of beleggers zijn benadeeld. De AFM ziet geen reden voor een nadere verduidelijking op dit punt.

De NVB verzoekt de AFM om bij de bepaling van de boetehoogte ook te laten meewegen: 'het nadeel dat de betrokkenen zelf heeft ondervonden van de overtreding'. De AFM ziet een dergelijk nadeel in beginsel niet als iets dat de ernst van de overtreding raakt. Als de betrokkene op enige wijze (ook) zelf schade heeft ondervonden door zijn overtreding, kan de AFM daarmee rekening houden bij de toepassing van de passendheidstoets van stap 5, onder 'evenredigheid algemeen'. Het gaat daarbij om bijzondere omstandigheden die in de voorgaande stappen niet zijn betrokken, maar in het specifieke geval wel relevant zijn. Omdat dit – als gezegd in het beleid – een restcategorie betreft, zijn die omstandigheden verder niet benoemd of anderszins uitgewerkt. Uiteraard kunnen ook eventuele door de betrokkene zelf ondervonden nadelige gevolgen van de

overtreding hieronder worden begrepen en – afhankelijk van alle omstandigheden van het geval – aanleiding zijn voor een verlaging van de boete.

- **Meewerken en genomen maatregelen door overtreder**

*Opmerking en verzoek NVB*

Stap 1 en stap 2 van het beleid betreffen ernst, duur en verwijtbaarheid, maar volgens het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) zijn ook van belang (1) de mate waarin de overtreder meewerkt bij het vaststellen van de overtreding en (2) maatregelen die de overtreder na de overtreding heeft genomen om herhaling te voorkomen. Het voorgestelde beleid neemt deze factoren weliswaar mee onder ‘opstelling van de overtreder’, maar niet helder is waarom de mate van medewerking en door de instelling zelf getroffen maatregelen niet opgesomd zijn als zelfstandige factoren van belang. De toelichting bij het Bbbfs stelt dat met alle in artikel 1b genoemde omstandigheden bij het vaststellen van de boete ‘in ieder geval’ rekening moet worden gehouden. Wij concluderen dat deze factoren derhalve even belangrijk zijn als de wel individueel geduide omstandigheden als ernst, duur en verwijtbaarheid.

*Verzoek:* wij verzoeken de AFM in het stappenplan zelfstandig belang toe te kennen aan de factoren (1) medewerking en (2) door de instelling genomen maatregelen.

*Reactie AFM*

Terecht wijst de NVB op het belang van de factoren (1) medewerking bij vaststellen overtreding en (2) maatregelen ter voorkoming van herhaling. Dit zijn twee van de acht factoren waarmee de AFM ingevolge artikel 1b van het Bbbfs voor zover van toepassing rekening moet houden bij het vaststellen van de hoogte van de boete. In het boetetoemingsbeleid wordt aan deze acht factoren expliciet belang toegekend, op de volgende wijze:

- de factoren a tot en met d uit artikel 1b van het Bbbfs worden (samengenomen als ‘ernst en duur van de overtreding’) behandeld in stap 1 van het beleid;
- de factoren e en f worden (samengenomen als ‘mate van verwijtbaarheid’) behandeld in stap 2 van het beleid;
- de factor f wordt daarnaast (als ‘recidive’) behandeld in stap 3 van het beleid; en
- de – door de NVB bedoelde – factoren g en h worden (samengenomen als ‘opstelling van de overtreder’) behandeld in stap 5 van het beleid.

De AFM onderschrijft de constatering van de NVB dat alle acht factoren op zichzelf even belangrijk kunnen zijn. De AFM heeft gekozen voor bovenstaande indeling in het stappenplan van haar beleid, omdat het Bbbfs verschillende gevolgen verbindt aan de uitwerking van de afzonderlijke factoren. Zo kan de ernst en duur van de overtreding reden zijn voor een verhoging of verlaging van het basisbedrag van de boete met maximaal 50%, leidt recidive tot een verplichte verdubbeling van het bedrag en kunnen de door de NVB bedoelde factoren (samengenomen als opstelling overtreder) uitsluitend een verlaging van de boete tot gevolg hebben. De AFM ziet geen aanleiding voor een aanpassing van het beleid zelf, maar heeft naar aanleiding van de input van de NVB wel de toelichting op dit punt verduidelijkt, in de alinea ‘Passendheidstoets (stap 5)’.