Nota van toelichting

Algemeen

Artikel 1:62 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) geeft de in die wet bedoelde toezichthouders (de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank NV) de bevoegdheid om ter zake van overtreding van het ingevolge de Wft bepaalde een bestuurlijke boete op te leggen. In de bijlage bij artikel 1:62 van de Wft is opgenomen voor welke overtredingen een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Evenals op grond van de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang in effectenuitgevende instellingen en de Wet financiële dienstverlening, die door de Wft zijn vervangen, bezitten de toezichthouders slechts een beperkte discretionaire bevoegdheid tot vaststelling van het bedrag van de bestuurlijke boete. Artikel 1:63, eerste lid, van de Wft bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald. Dit besluit strekt tot uitvoering van dit artikel. Het bedrag van de bestuurlijke boete, zoals berekend op grond van dit besluit, staat in beginsel vast. Alleen indien het bedrag van de boete in een bepaald geval onevenredig hoog is, kan de toezichthouder het lager stellen op grond van artikel 1:63, derde lid, van de Wft.

Primair is met dit besluit, wat betreft het systeem van oplegging en het bedrag van de boete, geen beleidswijziging beoogd ten opzichte van de hiervoor genoemde sectorale wetten. De systematiek blijft gelijk: het bedrag van de boete is enerzijds afhankelijk van de categorie waarin de overtreding is ingedeeld en anderzijds van een (eventuele) draagkrachtfactor. Echter, het samenbrengen van de verschillende 'boetebijlagen' van de sectorale wetten, en enkele algemene maatregelen van bestuur, in één algemene maatregel van bestuur heeft wel tot gevolg dat er een aantal wijzigingen, als gevolg van harmonisatie en actualisering, heeft plaatsgehad. Deze zullen hieronder in het artikelsgewijze gedeelte van deze nota van toelichting nader worden toegelicht.
Een andere hier te noemen wijziging is dat de betrokkene voortaan altijd in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn zienswijze naar voren te kunnen brengen voorafgaand aan het opleggen van een boete. In de sectorale regelgeving bestond de regeling dat er bij een boete waarvoor het tariefnummer 1 of 2 van toepassing is de betrokkene niet in de gelegenheid gesteld behoefde te worden. Deze bepaling is niet overgenomen, bij het opleggen van een boete zal wat betreft de uitzonderingen op de hoorplicht onverkort de afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht gelden. Dit is in het bijzonder van belang nu in beginsel iedere bestuurlijke boete gepubliceerd zal worden, al dan niet onmiddellijk na het opleggen daarvan.

Administratieve lasten

Aan dit besluit zijn geen administratieve lasten verbonden. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete gaat het om de sanctionering van een bepaalde overtreding, dit heeft geen gevolgen voor de administratieve lasten.

Consultatie

Nederlandse vereniging van assurantieadviseurs en financiële dienstverleners (NvA)

In haar reactie op consultatie van dit besluit gaf de NvA aan bezorgd te zijn om de voorgestelde indeling van de financieledienstverleners voor het bepalen van de draagkracht. De NvA gaf aan dat bij de indeling van de draagkrachtcategorieën de verschillen tussen de verscheidende onder toezicht staande instellingen niet voldoende tot uiting komt. Naar aanleiding van dit commentaar is vierde artikel van het besluit aangepast. De aantallen voltijdsequivalenten zijn in de onderdelen a tot en met e verhoogd.

Nederlandse Vereniging van Banken (NVB)

Allereerst stelt de NVB in haar commentaar dat in dit besluit een wijziging van de boetesystematiek in houdt. Dit zou in strijd zijn met hetgeen in het Algemeen Overleg van 13 oktober 2005, inzake de nieuwe boetesystematiek, is opgetekend. Hierbij wordt vooral verwezen naar het niet langer indelen in twee categorieën van de bestuurlijke boetes. Een categorie waarbij wel en een categorie waarbij geen rekening wordt gehouden met de draagkracht van de overtreder.

Hierop kan worden geantwoord dat het geenszins de bedoeling is om met dit besluit reeds een deel van de voorgestelde boetesystematiek te implementeren. De redenen om niet langer een tweetal categorieën op te nemen zijn vooral gelegen in een vereenvoudiging in lijn met de gedachte achter het oorspronkelijke voorstel[1]. Bij het oorspronkelijke wetsvoorstel was een belangrijke reden om twee tabellen te maken het feit dat ook een niet ondertoezichtstaande instelling bepaalde overtredingen kon begaan, met name natuurlijke personen. In bepaalde wetgeving bestond er wel de mogelijkheid om ook natuurlijke personen te beboeten. In de Wet toezicht effectenverkeer 1995 werd bijvoorbeeld ook bij natuurlijke personen rekening gehouden met de draagkracht. Met de huidige redactie wordt beoogd om het draagkracht beginsel, in lijn met de huidige wetgeving, verder te implementeren en de regeling voorts te vereenvoudigen. Dit leidt er in bepaalde gevallen toe dat voor bepaalde overtreders straks wel met de draagkracht rekening wordt gehouden waar dat momenteel niet het geval is. Dit is echter in de lijn met de gedachte achter de huidige wetgeving en is dan ook een wenselijk gevolg.

Benadrukt wordt dat deze aanpassing geen aanpassing is, die ingegeven wordt door de toekomstige boetesystematiek. Ten aanzien van deze nieuwe boetesystematiek kan nog het volgende worden opgemerkt. De implementatie van deze nieuwe boetesystematiek zal er toe leiden dat onderhavig besluit relatief kort van kracht zal zijn. Momenteel is reeds gestart met de voorbereiding van de wetgeving die de boeteregeling in financiële toezichtswetgeving zal aanpassen. Deze zal naar verwachting binnen een jaar na de inwerkingtreding van onderhavig besluit van kracht worden.

Dutch Fund and Asset Management Association (DUFAS)

De opmerkingen van DUFAS richten zich voornamelijk op de hoogte van de tarieven zelf en de manier waarop met de draagkracht rekening wordt gehouden. Deze opmerkingen geven geen reden tot aanpassing van dit besluit. De opmerkingen zullen wel mee worden genomen bij de implementatie van de voorgestelde wijzigingen van de boetesystematiek.

---

[1] Wet van 28 oktober 1999, Stb. 1999, 592.

Artikelsgewijs

Artikel 1

Artikel 1 bepaalt de wijze waarop het eigen vermogen moet worden bepaald. Deze bepaling komt overeen met het bepaalde hiervoor in de Wet toezicht effectenverkeer 1995.
In het geval van een eenmanszaak gelden dezelfde regels als voor natuurlijke personen. Het eigen vermogen wordt in dat geval bepaald aan de hand van het vermogen in box 3 zoals dat blijkt uit de laatste aangifte voor de inkomstenbelasting.
Wanneer er geen gegevens beschikbaar zijn over het eigen vermogen dient de toezichthouder op eigen wijze de desbetreffende informatie te achterhalen.

Artikel 2

Dit artikel stelt de hoogte vast van de boeten aan die door de toezichthouders kunnen worden opgelegd bij overtreding van de in artikel 3, 4 en 5 genoemde artikelen. De bedragen, ingedeeld onder vijf tariefnummers, die sinds de invoering van het boete-instrument in de financiële wetgeving in 2000 niet waren gewijzigd, zijn ten opzichte van de sectorale wetgeving beperkt opgehoogd. Met deze ophoging is een aanpassing aan de prijsontwikkelingen beoogd en zijn bovendien de bedragen op ronde getallen gebracht. Daarnaast zijn ook de grensbedragen in artikel 6 voor de draagkrachtfactor aangepast. Op deze wijze blijft de balans die op deze terreinen bestond onder de werking van de sectorale wetgeving behouden.
Voorts is als gevolg van de harmonisatie het tariefnummer 2a, dat gold voor een klein aantal regelingen zoals onder meer de Wet toezicht effectenverkeer 1995, komen te vervallen. Dit is bereikt door de tariefnummers 2 en 2a samen te voegen tot tariefnummer 2, waarbij in de meeste gevallen het boetebedrag op het lagere niveau van categorie 2 is gehandhaafd. Voor het harmoniseren op het niveau van categorie 2 is gekozen omdat deze categorie in alle wetten voorkwam en het tariefnummer 2a een uitzondering betrof. Dit betekent dat de overtredingen die voorheen beboetbaar waren volgens tariefnummer 2a nu onder tariefnummer 2 vallen. Deze indeling komt grotendeels overeen met de indeling die voor vergelijkbare overtredingen in andere sectorale wetten werd gevolgd. Wel zijn hierop enkele uitzonderingen gemaakt, zoals bijvoorbeeld in de artikel 4:20 en 4:23 van de Wft. De reden hiervoor is dat deze bepalingen een verplichting opleggen om informatie aan de consument te verstrekken. In de nieuwe indeling van de boetecategorieën wordt een dergelijke bepaling beboet met het tarief uit categorie 3.

Artikel 3

Dit artikel bepaalt de hoogte van de boete voor overtredingen door aan elke beboetbare bepaling een tariefnummer te koppelen. Het tariefnummer bepaalt in beginsel, indien van toepassing in combinatie met de draagkrachtfactor, het bedrag van de boete. Wat betreft de koppeling van de overtredingen aan de tariefnummers is zo veel mogelijk aangesloten bij de indeling zoals deze gold in de sectorale wetgeving. Wel zijn binnen de indeling van de verschillende categorieën van tariefnummers enkele

harmonisaties doorgevoerd. Zo zijn enkele inconsequenties die bestonden binnen de indeling van boetecategorieën in de sectorale wetgeving weggenomen.
Dit resulteert er in dat aan de ene kant van het spectrum overtreding van verbodsbepalingen in de zwaarste, vijfde categorie, is geplaatst en dat overtreding van minder zwaarwegende administratieve regels in de eerste categorie is geplaatst. Een voorbeeld van een overtreding uit categorie 5 is de overtreding van de vergunningsplicht voor kredietinstellingen met zetel in Nederland, zoals bepaald in artikel 1a:10 van de Wft. Een overtreding van een regel die in categorie 1 valt, is bijvoorbeeld de kennisgeving van wijzigingen aan de toezichthouder zoals bepaald in artikel 2:70, tweede lid van de Wft. Tussen deze twee uitersten bevinden zich de overige overtredingen. In de tweede categorie passen bijvoorbeeld de meer gewichtige overtredingen van regels van administratieve aard, die er wel toe kunnen leiden dat er zwaardere overtredingen worden begaan in een later stadium. Hierbij kan gedacht worden aan de meldingsplicht in artikel 4:11, vierde lid van de Wft van een beleggingsinstelling en beleggingsonderneming aan de toezichthouder over incidenten die verband houden met het waarborgen van een adequaat beleid dat een integere uitoefening van zijn onderscheidenlijk haar bedrijf waarborgt. De derde categorie is breed en divers toegepast bij overtredingen van gemiddeld zware aard en betreft bijvoorbeeld overtreding van regels met betrekking tot informatieverstrekking aan consumenten, zoals het geen gehoor geven aan een verzoek van een consument om inzicht te verlenen in het beleggingsbeleid van de financiële onderneming of het niet verstrekken van informatie aan een consument voorafgaand aan de overeenkomst inzake een financieel product of dienst. De vierde categorie ten slotte betreft ernstige overtredingen. Hierbij moet worden gedacht aan het overtreden van regels op het gebied van de betrouwbaarheid van bestuurders. Ook overtreding van regels die erop gericht zijn dat tijdig melding wordt gedaan door een financiële onderneming van overschrijding van bepaalde solvabiliteitsgrenzen wordt dusdanig ernstig geacht dat deze in de vierde categorie zijn geplaatst. Als laatste voorbeeld van een ernstige overtreding uit de vierde categorie kan de overtreding van de kernbepalingen met betrekking tot informatievoorziening aan consumenten, zoals de verplichting tot het beschikbaar stellen van een prospectus, worden genoemd.

Artikel 4

Artikel 4 somt in de huidige redactie de bepalingen van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft die de basis vormen voor de beboeting van de Nadere Regeling van de AFM. Het beboetbaar stellen van deze bepalingen zal niet langer in de Nadere Regeling plaats vinden maar in dit besluit. Op het moment van voorbereiding van dit besluit is deze Nadere Regeling in bewerking als gevolg van de Wet op het financieel toezicht. Alvorens dit besluit in werking treedt zal dit artikel dan ook aangepast worden. Voor dit moment wordt volstaan met het noemen van de delegatiebepalingen in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Overigens zal het beboetbaar stellen van de Nadere Regeling tijdelijk van aard zijn. De normen die nu worden geregeld in de Nadere Regeling zullen binnen afzienbare tijd op het niveau van een algemene maatregel van bestuur worden geregeld.

Artikel 5

Dit artikel stelt enkele bepalingen van de Prospectusverordening beboetbaar.

Artikel 6

Dit artikel bepaalt in het eerste lid dat bij het bepalen van het bedrag van de boete voor bepaalde personen rekening moet worden gehouden met hun draagkracht. Het tweede lid werkt uit op welke manier met de draagkracht rekening moet worden gehouden: door vermenigvuldiging van het bedrag van de boete, dat kan worden afgeleid uit artikel 2, 3, 4 en 5 met de bij die persoon horende draagkrachtfactor uit artikel 7.

Ook in de sectorale wetgeving speelde de draagkracht van de overtreder een rol bij de bepaling van het bedrag van de boete. De manier waarop deze een rol speelt is echter gewijzigd. In de sectorale wetgeving bepaalde de tabel waarin de overtreding was opgenomen of er met de draagkracht van de overtreder rekening moest worden gehouden; bij overtredingen die in de eerste tabel waren opgenomen speelde draagkracht wel, en bij overtredingen opgenomen in de tweede tabel geen rol. Als gevolg van de harmonisatie van de 'boetebijlagen' en de uitbreiding van de groep ondertoezichtgestelden, is het niet mogelijk om voor de Wft eenzelfde regime te hanteren. De categorie waarin de overtreder valt, op basis van artikel 6, eerste lid, bepaalt binnen het huidige systeem of er rekening moet worden gehouden met draagkracht. Er is niet langer een indeling in tabellen gemaakt. Hiermee is beleidsmatig geen wijziging beoogd, het resultaat zal in de meeste gevallen ook niet verschillen met het systeem zoals dat voorheen gold. Wel is met de gewijzigde systematiek tegemoet gekomen aan een belangrijke tekortkoming

Op een belangrijk punt schoot het systeem onder de sectorale wetgeving te kort: bij beboeting van zogenaamde illegale instellingen[2] kon er geen rekening worden gehouden met draagkracht. Aangezien een belangrijk deel van de boetes juist aan deze illegale instellingen wordt opgelegd, werd deze situatie niet wenselijk geacht. Binnen het huidige systeem is het dan ook mogelijk gemaakt dat er rekening kan worden gehouden met draagkracht bij illegale instellingen.

Voorheen was het mogelijk om af te wijken van de regels ten aanzien van het horen van betrokkene, wanneer er een 'lichte' overtreding had plaatsgevonden van normen die geplaatst waren in de eerste en tweede categorie *en* geen rekening behoefde te worden gehouden werd met de draagkracht van de overtreder. Op grond van de huidige wet en dit besluit is het niet langer mogelijk om af te wijken van de wettelijke regeling in de Algemene wet bestuursrecht inzake het horen van de overtreder.

De toezichthouder dient alvorens de draagkracht te kunnen bepalen over de gegevens van de overtreder te beschikken. Veelal zal de toezichthouder al over deze gegevens beschikken. Wanneer dit niet het geval is dan zal de overtreder deze, binnen een door de toezichthouder te stellen, redelijke termijn dienen te verstrekken. Hierbij kan gedacht worden aan een zelfde termijn als die aan de overtreder wordt gegund voor het naar voren brengen van zijn zienswijze over het voornemen van de toezichthouder tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

---

[2] Met deze term wordt hier bedoeld: (rechts)personen die zonder de daarvoor benodigde vergunning of zonder te hebben voldaan aan andere markttoetredingsvereisten, opereren op de financiële markt.

Het vierde lid van artikel 6 bepaalt dat bij het uitblijven van de 'draagkrachtgegevens' automatisch een draagkrachtfactor vijf geldt. Mocht dit in bijzondere gevallen tot buitenproportionele boetes leiden dan kan de toezichthouder de hoogte van de boete via de matigingsbevoegdheid – op grond van artikel 1:63, derde lid, van de Wft – verlagen.

Het vijfde lid van artikel 6 geeft een voorrangsregeling voor het geval een overtreder in meerdere categorieën - genoemd in het eerste lid - is in te delen. Een houder van een verklaring van geen bezwaar (artikel 6, eerste lid, onderdeel c) kan eveneens een financiële onderneming zijn. De voorrangsregeling in dit draagt er zorg voor dat de hoogste draagkrachtfactor geldt in een specifiek geval.

Artikel 7

Als gevolg van de harmonisatie van de bepalingen met betrekking tot de draagkracht, is er gekozen voor een andere indeling van de draagkrachtcategorieën. Waar mogelijk zijn categorieën samengevoegd (natura-uitvaartverzekeraars en schadeverzekeraars) en de categorieën van de Wet financiële dienstverlening (op basis van voltijdsequivalenten of te wel fte's) en Wet toezicht effectenverkeer 1995 (vennootschappen en rechtspersonen) zijn overgenomen in dit artikel.
Zoals hierboven al is aangeven zijn, in lijn met de verhoging van de bedragen van de boetes, de grensbedragen die de draagkrachtfactor bepalen eveneens opgehoogd.
De onderdelen een tot en met vier zijn duidelijk afgebakende categoriën die overgenomen zijn uit de huidige wetgeving. Wat betreft de financiëledienstverleners zijn de aantallen voltijdsequivalenten in de onderdelen a tot en met e verhoogd ten opzichte van de Wet financiële dienstverlening. Hiermee wordt bereikt dat een financiëledienstverlener minder snel in een hogere draagkrachtfactor wordt ingedeeld. Door deze indeling zal een groot deel van de financiëledienstverleners niet geconfronteerd worden met een draagkrachtfactor van twee of hoger. Deze indeling past beter bij de indeling van de overige categorieën.