

Vergaderjaar 2004–2005

30 125

Boetestelsel in financiële wetgeving

Nr. 3

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 6 september 2005

Binnen de vaste commissie voor Financiën¹ hebben enkele fracties de behoefte om over de Nota van de minister van Financiën d.d. 19 mei 2005 (Kamerstuk 30 125, nr. 1) inzake het boetestelsel in financiële wetgeving, enkele vragen en opmerkingen voor te leggen.

De vragen en opmerkingen zijn op 1 juli 2005 aan de minister voorgelegd. Bij brief van 2 september 2005 zijn ze, voorzien van een inleiding, door de minister van Financiën beantwoord.

De voorzitter van de commissie,
Tichelaar

De adjunct-griffier van de commissie,
Vente

¹ Samenstelling:

Leden: Van der Vlies (SGP), Crone (PvdA), Bakker (D66), Hofstra (VVD), De Haan (CDA), Bussemaker (PvdA), Vendrik (GL), Halsema (GL), Kant (SP), Blok (VVD), Ten Hoopen (CDA), Ondervoorzitter, Smits (PvdA), De Pater-van der Meer (CDA), Van As (LPF), Tichelaar (PvdA), Voorzitter, Koopmans (CDA), Gerkens (SP), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Varela (LPF), De Nerée tot Babberich (CDA), Koomen (CDA), Fierens (PvdA), Aptroot (VVD), Smeets (PvdA), Heemskerk (PvdA), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD) en Van Egerschot (VVD).

P;v. leden: Rouvoet (CU), Koenders (PvdA), Dittrich (D66), Balemans (VVD), Kortenhorst (CDA), Vacature (PvdA), Duyvendak (GL), Van Gent (GL), De Ruiter (SP), De Krom (VVD), Atsma (CDA), Dijsselbloem (PvdA), Omtzigt (CDA), Eerdmans (LPF), Noorman-den Uyl (PvdA), Mosterd (CDA), Van Bommel (SP), De Vries (CDA), Hermans (LPF), Mastwijk (CDA), Rambocus (CDA), Stuurman (PvdA), Luchtenveld (VVD), Blom (PvdA), Douma (PvdA), De Vries (VVD) en van Beek (VVD).

I Vragen en opmerkingen vanuit de fracties

Vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie

Level playing field

De minister geeft aan dat het boetestelsel in financiële wetgeving evenwichtig moet zijn ten opzichte van andere toezichts- en handhavingsmogelijkheden, zowel nationaal als internationaal. Uit het oogpunt van het creëren van een gelijk speelveld en het bevorderen van het Nederlandse vestigingsklimaat moet het boetebeleid ook niet te veel uit de pas lopen met het beleid dat financiële toezichthouders in andere landen hanteren (p 8). De leden van de CDA-fractie willen graag explicieter van de minister vernemen hoe het door hem voorgestelde (combinatie)stelsel (van flexibel en vast boetestelsel) past bij het stelsel van toezichthouders in andere landen.

Relatie strafrechtelijk en bestuursrechtelijke handhaving (en civielrechtelijke handhaving).

Zou de minister nadrukkelijker kunnen ingaan op het onderscheid tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving met betrekking tot boetes?

Verdiert het vanuit het oogpunt van rechtsbescherming en due process niet de voorkeur de bevoegdheid tot strafoplegging bij uitsluiting toe te laten komen aan een onafhankelijke rechter, in elk geval bij zwaardere overtredingen waarvan een onder toezicht staande instelling – dus niet: illegale instelling – wordt verdacht (pag. 9–10)?

Kan de minister nader ingaan op de door de markt aangevoerde bezwaren – zoals de reputatie/imagoschade, hausse aan civiele claims – tegen de publicatie van de boete of dwangsom (pag. 15)?

De inlichtingenplicht en het «nemo tenetur»-beginsel staan op gespannen voet met elkaar. Zodra een betrokkene weigert te antwoorden geeft hij immers aan een boete te verwachten en beschuldigt zo zichzelf impliciet van wetsovertreding. Is het niet beter de toezichthouder duidelijkheid te laten scheppen, door de betrokkene expliciet mede te delen dat hij wordt verdacht van overtreding van een voorschrift, zodra dit het geval is, waarna de waarborgen uit het strafprocesrecht van toepassing worden (pag. 15)?

Is de minister voornemens bij het formuleren van een wetsvoorstel in het kader van beboeting van personen bij elke beboetbare norm opnieuw te kijken of de normadressaat de juiste is, nu de bepalingen indertijd niet zijn geformuleerd met in het achterhoofd dat personen beboet zouden kunnen worden (pag. 18)?

Hoe moet het begrip recidive (p. 19 e.v.) geïnterpreteerd worden? Is dat «dezelfde overtreding door dezelfde (rechts)persoon»?

De minister schetst (p. 22) dat individuen nu al vaak via het strafrecht kunnen worden aangesproken en dat de toezichthouder de instelling en functionaris een aanwijzing kunnen geven. In hoeverre is het daar bovenop nog nodig persoonlijke boetes te kunnen uitdelen? Kan dit niet beperkt worden tot personen betrokken bij illegale instellingen?

Het opleggen van een boete aan een instelling kan cumuleren met een boete aan een individuele persoon (pag. 21/22). Hoever strekt in dat verband het «una via»-beginsel? Betekent het ook dat de keuze voor het opleggen van een bestuursrechtelijke boete aan een instelling het gebruik van het strafrechtelijk traject tegen een individuele bestuurder van die instelling uitsluit?

Kan de minister aangeven of en in hoeverre de bestuursrechtelijke waarborgen voor de rechten van de verdachte aanwezig zijn bij deze nieuwe bestuursrechtelijke sanctie, waar het gaat om het zwijgrecht, de cautie, de hoorplicht, de inzage in het dossier en de zogenoemde «mini» instructie van artikel 36a -36e Wetboek van Strafvordering (p. 23 e.v.)? Klopt het dat

de strafrechtelijke waarborging voor de verdachte gunstiger is, omdat die waarborgen eerder in de procedure intreden?

Hoe wordt voorkomen (p. 23 e.v.) dat er een cumulatie plaatsvindt van de met de boete/dwangsom beoogde voordeelontneming c.q. schadevergoeding en een op het civiele recht gebaseerde soortgelijke verplichting?

Hoe vaak is het inmiddels voorgekomen dat opgelegde boetes niet geïnd konden worden door de AFM en DNB (p. 27)? Welke maatregelen zijn hiertoe genomen om de bedragen alsnog te innen?

Blijft in het nieuwe wetsvoorstel boetestelsel de bepaling in stand dat de bevoegdheid een boete op te leggen vervalt 3 jaren na de dag waarop de overtreding is begaan (p. 32) of wordt in het nieuwe wetsvoorstel de Vierde Tranche Awb gevolgd?

Zal in het toekomstig wetsvoorstel uitputtend worden opgesomd welke overtredingen «lichte overtredingen» zijn, waarvoor vaste bedragen gaan/blijven gelden en welke zwaarder zijn? Graag zouden de leden van de CDA-fractie ook gemotiveerd willen zien waarom bepaalde overtredingen zwaar en andere licht zijn.

Toezichthouder

De toezichthouder krijgt meer mogelijkheden om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval (p. 23). Zou dit kunnen leiden tot ongelijke behandeling van verschillende zaken?

De Nota stelt een General Counsel voor (p. 24) binnen de toezichthouder, die voorstellen voor de hoogte van sancties moet doen aan het Bestuur. Kan de minister nader ingaan op de wijze waarop deze functie een adequaat functionerende fysieke, organisatorische en personele scheiding van de activiteiten van de boetefunctionarissen ten opzichte van de functionarissen die in het kader van het uitoefenen van toezicht informatie hebben verkregen, behelst? Hoe staat deze functionaris hiërarchisch ten opzichte van de toezichthouders die de overtredingen opsporen? Welke waarborgen zijn er wanneer een «opspoorder» van functie wil wisselen en onderdeel van de General Counsel wil worden of andersom? Functioneert de General Counsel alleen met betrekking tot boetes of ook met betrekking tot andere sancties, zoals aanwijzing, dwangsom en bestuurders-toets?

Blijft de toezichthouder in het gemengde stelsel ook de factor «draagkracht van de instelling» meewegen bij het vaststellen van de hoogte van de boete? Hoe wordt dit meegerekend voor pensioenfondsen die niet zoals andere commerciële instellingen een eigen vermogen hebben? Kan de hoogte van de boete bij de nieuwe voorgestelde systematiek (p. 16 e.v.) geen draagkrachtprobleem opleveren, doordat een instelling in zijn wettelijk vereiste solvabiliteit wordt bedreigd? Er komt een samenwerkingsbepaling tussen toezichthouders, gericht op het voorkomen van dubbele boeteoplegging, maar wordt daar het draagkrachtprobleem ook mee ondervangen? Is het niet verstandig, teneinde te vermijden dat de instelling van het ene probleem in het andere rolt (dreigende noodregeling/faillissement, publicatie van boete gevolgd door lawine van privaatrechtelijke schadeclaims) bij boetes en dwangsommen voor zwaardere overtredingen in het geval van onder toezicht staande instellingen (dus niet bij illegale instellingen) overleg hierover met de prudentiële toezichthouder (die immers toeziet op het faillissementsrisico) te verplichten?

Wetsvoorstel

Wanneer wordt het wetsvoorstel boetestelsel financiële sector bij de Tweede Kamer ingediend (p. 28)?

Is overwogen om het boetestelsel voor pensioenfondsen op te nemen in de pensioen- en spaarfondsenwet?

Wordt in het wetsvoorstel ook geregeld dat er niet eerder wordt overgegaan tot publicatie van bestuursrechtelijke boetes voordat de bezwaar- en

beroepstermijn is verstreken en er eventueel uitspraak is gedaan? Is het mogelijk om in «zware gevallen» meteen over te gaan tot publicatie? Hoe ziet de minister de relatie tussen (onterechte) publicatie en imago- en reputatieschade?

Vragen en opmerkingen van de leden van de PvdA-fractie

Wanneer en door welke bedrijven zijn de op blz. 5 genoemde boetes betaald in het kader van de aandelenleasezaak, en voor welke overtredingen? Zijn de boetebeschikkingen later ook gebruikt door rechtbanken in hun overwegingen?

Welke bank, en wanneer, kreeg wegens misleiding een boete van f 20 000, terwijl het door overtreding verkregen voordeel f 2,5 miljoen bedroeg? (blz. 5)

De leden van de fractie van de PvdA vragen hoe vaak boetes worden uitgedeeld in het kader van de Wet melding zeggenschap. Hoe vaak liggen deze boetes op het maximum van 21 781 euro? Worden deze boetes ook uitgedeeld bij vijandelijke overnames of andere gevallen waarin een grote verschuiving van zeggenschap plaatsvindt? (blz. 8)

Kan de minister inzicht geven in hoe vaak het voorkomt dat bedrijven zonder vergunning opereren? (blz. 10)

Zal in het toekomstig wetsvoorstel uitputtend opgesomd worden welke overtredingen lichte overtredingen zijn, en welke zwaarder zijn? Hoe verhoudt de hoogte van de dwangsommen zich tot de hoogte van de boetes? Hoe vaak worden dwangsommen in de praktijk opgelegd? (blz. 11)

Kunnen verschillen optreden in het «wederrechtelijk verkregen voordeel» en de «door derden geleden schade»?

Kan de minister verduidelijken op welke manier dergelijk verschil ontstaat?

Hoe moet het begrip recidive geïnterpreteerd worden? Is dat dezelfde overtreding door dezelfde rechtspersoon, of door dezelfde bestuurder? (blz. 13)

Hoe verhouden zich de beoogde boeterichtsnoeren voor de financiële toezichtswetten zich tot de boeterichtsnoeren van de mededingingswetgeving?

Hoe zal gewaarborgd worden dat bestuurlijke boetes voor personen niet door het bedrijf betaald worden? (blz. 14)

Kan de minister meer inzichtelijk te maken op welke wijze de inlichtingenplicht en het nemo tenetur zich in beginsel tot elkaar verhouden? (blz. 15)

Wordt altijd aan betrokkenen expliciet medegedeeld dat ze verdacht worden van overtreding van een voorschrift? Hoe worden betrokkenen in staat gesteld om gebruik te maken van hun zwijgrecht als zij worden verdacht van overtreding van een voorschrift?

Zijn de bestuursrechtelijke waarborgen voor de rechten van de verdachte aanwezig bij de nieuwe voorgestelde sanctie, waar het gaat om het zwijgrecht, de cautie, de hoorplicht, de inzage in het dossier en de zgn. mini instructie van art. 36a – 36e Wetboek van Strafrecht?

Kan de minister verduidelijken hoe de boetefunctionaris hiërarchisch staat ten opzichte van de toezichthouders die overtredingen opsporen?

Functioneert de General Counsel alleen m.b.t. boetes of ook m.b.t. andere sancties, zoals de aanwijzing, dwangsom en bestuurderstoets? (blz. 16)

Waarom toetst de rechter een boetebesluit van een toezichthouder in beginsel slechts marginaal, zo vragen de leden van de PvdA-fractie. Kan de minister meer inzichtelijk maken wat dit in de praktijk zal betekenen?

Wanneer kan indiening van het wetsvoorstel wijziging boetestelsel in de Kamer worden verwacht?

Kan de minister nader ingaan op de door de markt aangevoerde bezwaren, zoals reputatie/imagoschade, hausse aan civiele claims, tegen de publicatie van de boete of dwangsom.

De toezichtskosten zijn de laatste paar jaren al flink gestegen. Kan de minister aangeven hoe hij de kosten in het nieuwe boetestelsel zal beheersen?

Is het mogelijk dat een eventueel strafrechtelijk onderzoek wordt gehinderd door de bestuursrechtelijke procedure? Hoe is de coördinatie geregeld tussen de verschillende opsporingsdiensten? Beschikken de verschillende diensten over dezelfde opsporingsbevoegdheden? Wat zijn eventuele verschillen?

Samenloop bestuursrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen

Heeft de minister overwogen om de bezwaarprocedure te laten vervallen, zodat een betrokkene meteen beroep bij de rechter in kan stellen indien hij niet berust in de bestuurlijke boete? Zou dit een snelle en effectieve rechtsgang kunnen bevorderen? Waarom is gekozen voor een beroep op het college van beroep voor het bedrijfsleven? Zou het denkbaar zijn dat voor boetes die aan individuele personen zijn gegeven een ander beroepscollege, de afdeling rechtspraak van de raad van state, meer voor de hand ligt? Wat zijn de door de minister gehanteerde argumenten?

Wat is de formele verhouding van het wetsvoorstel ten opzichte van de door de minister van justitie aanhangig gemaakte wetsvoorstellen inzake bestuurlijke boetes? Zijn deze op dezelfde manier vorm gegeven? Wat zijn de redenen voor de verschillen?

Zal het mogelijk zijn, indien een bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een individueel persoon, dat de betrokken instelling die persoon schade-loos stelt? Is het mogelijk om maatregelen te treffen die een dergelijke compensatie voorkómen? Zal het mogelijk zijn je te «verzekeren» tegen dit soort aansprakelijkheid en op die manier de persoonlijke sanctie te ontlopen?

Zijn er naast het genoemde OESO-rapport ook andere bronnen waaruit blijkt dat van individuele boetes een preventieve werking uitgaat? Welke zijn dat? Zijn in dit verband Amerikaanse ervaringen voorhanden?

Kan de minister aangeven waarom in de tabel op pag. 4 in de kolom «Toekomstige wetten» de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang apart staat vermeld, terwijl de minister elders aangeeft (pag. 3) dat deze nieuwe Wmz in de Wet op het financieel toezicht (Wft) wordt geïncorpo-reerd? (blz. 3)

Kan de minister aangeven waarop zijn stelling dat een verhoging van de sanctiehoogte ook de preventieve werking zal verhogen, is gebaseerd (pag. 4)? Gaat die stelling volgens de minister ook op voor illegaal opere-rende instellingen en personen? Zo ja, in welke orde van grootte (in aantallen en bedragen) zal de door de toezichthouders geschatte schade die door deze instellingen en personen wordt veroorzaakt, naar verwachting kunnen dalen? (blz. 4)

In de tabel op pag. 6 wordt een overzicht gegeven van de maximumboete-bedragen voor financiële overtredingen in buurlanden. Kan de minister aangeven wat de maximumboetebedragen in de andere dan de in dit overzicht opgenomen lidstaten zijn? Kan op basis van die aanvullende gegevens nog wel worden geconcludeerd dat het voorgestelde nieuwe stelsel «niet onevenredig» afwijkt van het boetebeleid van andere toezichthouders? Kan de minister tevens aangeven op welke wijze in andere lidstaten de rechtsbescherming aan betrokkenen bij bestuurlijke handhaving is vormgegeven? Is er i.c. eveneens sprake van «niet oneven-redige» afwijkingen?

Kan de minister per toezichthouder in aantallen en bedragen aangeven in hoeverre het sinds de introductie van het boete-instrument wel en juist

niet is gelukt opgelegde boetes te incasseren en hoeveel incasso-procedures, inclusief nog te incasseren bedragen, er nog lopen c.q. uitstaan? Wat betekent de opmerking «dat alle huidige bevoegdheden [tot invordering] tot het uiterste [zullen] worden benut» in de praktijk? Kan de minister een overzicht geven van de ingezette bevoegdheden, de doorlooptijden, etc. tot nog toe, en de verwachtingen ten aanzien daarvan indien er «nog meer prioriteit» wordt gelegd bij daadwerkelijke inning van opgelegde boetes? Wordt die extra prioriteit nu al in de praktijk gebracht? Zo niet, op welke termijn zal dat dan gebeuren? Maken de toezichthouders per incasso een kosten/baten-analyse? Zo niet, hoe wordt dan voorkomen dat onevenredig veel tijd en geld wordt gestoken in «bijna onmogelijke» invordering van opgelegde boetes (met name in het buitenland)?

Komen de kosten van boete-oplegging en incasso ten laste van het Rijk?

Zo nee, waarom niet, en op basis van welke systematiek en aan wie zullen de bedragen dan worden doorbelast? Zo ja, met welk percentage en/of met welke bedragen zal de rijksbijdrage aan de kosten die de AFM en DNB maken worden verhoogd?

Kan de minister aangeven hoe met elkaar is te rijmen dat:

- enerzijds wordt gesteld dat het aangekondigde «wetsvoorstel wijziging boetestelsel» op termijn in zijn geheel na invoering van de Wft – dus niet in de afzonderlijke financiële toezichtwetten – zal worden geïncorporeerd (volgens de laatste planning dus in de tweede helft van 2006), en
- anderzijds wordt gesteld dat recente voorvallen het noodzakelijk maken dat met de implementatie van de voorstellen niet kan worden gewacht op invoering van de Vierde tranche Awb (wat betekent dat na invoering van de financiële boetebepalingen daaruit vervolgens weer een aantal bepalingen moet worden geschrapt, hetgeen niet efficiënt is te noemen)?

Vindt de minister met andere woorden niet dat, als de financiële boetebepalingen dan toch niet op korte termijn zullen worden ingevoerd, het uit wetstechnisch en efficiency oogpunt voor de hand ligt om de invoering van deze bepalingen te laten samenlopen met de invoering van de Vierde tranche Awb?

Kan de minister in dit verband aangeven wanneer de Vierde tranche Awb naar verwachting zal worden afgerond en in werking zal treden? In hoeverre en op welke inhoudelijke punten bestaat volgens de minister het risico dat een wijziging in deze Vierde tranche zal noodzaken tot een nieuwe aanpassing van de in deze nota gepresenteerde voornemens?

Hoe ziet de minister de voorgestelde bestuursrechtelijke procedures in verhouding tot de eisen van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, met name wat betreft de mogelijkheid tot publicatie van een opgelegde boete alsook de onderliggende overtreding vóór een rechterlijke toetsing. Kan de minister aangeven wat de verhouding zal zijn tussen de wijziging van de boetebepalingen en de in deel 1 Wft op te nemen bepalingen inzake de publicatiebevoegdheden van de toezichthouders?

Bij de beoordeling van de draagkracht van een betrokken financiële instelling wordt blijkens de nota gekeken naar het eigen vermogen en de balans, maar niet, zoals in de zojuist genoemde brief voorgestaan, naar de verlies- en winstrekening, die de actuele draagkracht van de betrokken instelling juist zal reflecteren. Kan de minister aangeven waarom niet naar de verlies- en winstrekening wordt gekeken ter beoordeling van de draagkracht?

Kan de minister nader ingaan op de stand van zaken bij de tijdens de mondelinge behandeling van deel 1 Wft aangekondigde onderzoeken naar (1) de civielrechtelijke gevolgen van overtreding van de Wft en (2) de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders en de Staat? Kunnen de uitkomsten van deze onderzoeken van belang zijn voor het onderhavige boetevoorstel? Wat zouden de gevolgen kunnen zijn voor toezicht-

houders en marktpartijen als zij met snel opeenvolgende wijzigingen van regelgeving en beleid worden geconfronteerd?

In voetnoot 1 op pag. 14 stelt de minister dat de financiële toezichthouders in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland over de bevoegdheid beschikken om aan individuele personen een bestuurlijke boete op te leggen. Kan de minister aangeven of dat ook voor de toezichthouders in de andere dan de genoemde lidstaten geldt? Kan de minister voorts aangegeven uit welk OESO-onderzoek blijkt dat sancties tegen individuen, naast sancties tegen organisaties, een belangrijke afschrikkende werking hebben? Kan de minister uitgebreid op dat onderzoek ingaan en daarbij aangeven of en in hoeverre de conclusies daarvan ook van toepassing op de (Nederlandse) financiële sector kunnen worden verklaard?

Kan de hoogte van de boete bij de nieuwe voorgestelde systematiek geen draagkrachtprobleem opleveren, doordat een instelling in zijn wettelijk vereiste solvabiliteit wordt bedreigd? Er komt een samenwerkingsbepaling tussen toezichthouders, gericht op het voorkomen van dubbele boeteoplegging, maar wordt daar het draagkrachtprobleem ook mee ondervangen? Wat vindt de minister hiervan? (blz. 16)

Toezichthouder

De Nota stelt een General Counsel voor binnen de toezichthouder, die voorstellen voor de hoogte van sancties moet doen aan het Bestuur. Kan de minister nader ingaan op de wijze waarop deze functie een adequaat functionerende fysieke, organisatorische en personele scheiding van de activiteiten van de boetefunctionarissen ten opzichte van de functionarissen die in het kader van het uitoefenen van toezicht informatie hebben verkregen, behelst? Hoe staat deze functionaris hiërarchisch ten opzichte van de toezichthouders die de overtredingen opsporen? Welke waarborgen zijn er wanneer een «opspoorder» van functie wil wisselen en General Counsel wil worden of andersom? Functioneert de General Counsel alleen m.b.t. boetes of ook m.b.t. andere sancties (aanwijzing, dwangsom, bestuurderstoets, etc.) ?

Is de minister voornemens bij het formuleren van een wetsvoorstel in het kader van beboeting van personen bij elke beboetbare norm opnieuw te kijken of de normadressaat de juiste is, nu de bepalingen indertijd niet zijn geformuleerd met in het achterhoofd dat personen beboet zouden kunnen worden?

Het opleggen van een boete aan een instelling kan cumuleren met een boete aan een individuele persoon. Hoe ver strekt in dat verband het «una via»-beginsel? Betekent het ook dat de keuze voor het opleggen van een bestuursrechtelijke boete aan een instelling het gebruik van het strafrechtelijk traject tegen een individuele bestuurder van die instelling uitsluit? Is het mogelijk dat in bepaalde gevallen, eventueel na het blijken van nieuwe feiten of omstandigheden, alsnog strafrechtelijk vervolgd wordt? Wat zijn de bewijsrechtelijke implicaties van de bestuursrechtelijke procedure in de daarna volgende strafrechtelijke procedure?

Kan de minister aangeven of en in hoeverre de bestuursrechtelijke waarborgen voor de rechten van de verdachte aanwezig zijn bij deze nieuwe bestuursrechtelijke sanctie, waar het gaat om het zwijgrecht, de cautie, de hoorplicht, de inzage in het dossier en de zgn. «mini» instructie van artikel 36a -36e Wetboek van Strafvordering (p. 23 e.v.)? Is het waar dat de strafrechtelijke waarborging voor de verdachte gunstiger is, omdat die waarborgen eerder in de procedure intreden?

Hoe wordt voorkomen dat er een cumulatie plaatsvindt van de met de boete/dwangsom beoogde voordeelontneming c.q. schadevergoeding en een op het civiele recht gebaseerde soortgelijke verplichting?

Zal in het toekomstig wetsvoorstel uitputtend worden opgesomd welke overtredingen «lichte overtredingen» zijn, waarvoor vaste bedragen gaan/blijven gelden en welke zwaarder zijn? Graag zouden wij ook gemotiveerd willen zien waarom u bepaalde overtredingen zwaar en andere licht vindt. (Bijlage 1, blz. 20 e.v.)

II Reactie van de minister

Inleiding

Bij de beantwoording van de vragen is een onderverdeling gemaakt naar onderwerp en zijn enkele gelijklopende vragen van verschillende fracties gezamenlijk behandeld. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan bod:

1. Rechtsbescherming en verhouding tot het strafrecht
2. Functiescheiding
3. Draagkracht, afstemming en hoogte van de boete
4. Internationale verhoudingen
5. Wetstechnische vragen
6. Praktijkvragen
7. Overige vragen

1. Rechtsbescherming en verhouding tot het strafrecht

Alle drie de fracties die vragen hebben gesteld, CDA, PvdA en VVD, zijn bij hun vragen uitvoerig ingegaan op de rechtsbescherming bij de bestuursrechtelijke handhaving en de verhouding tot het strafrecht. Hieronder zal ik op dit onderwerp ingaan.

De leden van de CDA-fractie stellen de vraag of het niet beter is om de bevoegdheid tot strafoplegging bij uitsluiting toe te laten komen aan een onafhankelijke rechter.

Indien de leden hiermee bedoelen dat er uitsluitend via de strafrechter boetes opgelegd zouden moeten kunnen worden, dan raakt dat de kern van het huidige handavingsinstrumentarium van de financiële toezichthouders en dat acht ik niet wenselijk. De invoering van de mogelijkheid tot het opleggen van de bestuurlijke boete in de financiële toezichtswetgeving past in een rijksbrede ontwikkeling¹ om het accent van de handhaving van het strafrecht naar het bestuursrecht te verschuiven. Voor een lichte overtreding is de strafrechtelijke procedure immers relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar. Het is mijns inziens dan ook niet wenselijk om de strafoplegging alleen door de strafrechter te laten geschieden. Dit zou namelijk betekenen dat de toezichthouders tot een tandenloze tijger verworden.

Primair zijn de financiële toezichthouders verantwoordelijk voor de bestuursrechtelijke handhaving van de desbetreffende regels. Daar is bij uitstek de deskundigheid en de ervaring aanwezig die nodig zijn voor een effectieve en ook efficiënte handhaving. Sinds de invoering van het instrument van de bestuurlijke boete (en dwangsom) is de toezichthouder hiervoor ook adequaat uitgerust.

Uit de evaluatie van de Wet tot Invoering van de dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving² – die ik vorig jaar uitvoerig met de Tweede Kamer heb besproken – is ook gebleken dat sinds de invoering de handhaving is verbeterd. De huidige voorgestelde wijzigingen van het boetestelsel zijn de uitwerking van de door de Tweede Kamer uitgesproken wensen tijdens de behandeling van bovengenoemde evaluatie.

Bij de handhaving van de financiële toezichtswetgeving vervult het strafrecht een belangrijke aanvullende en ondersteunende functie. Die komt voornamelijk tot uiting in die gevallen waarin de rechtsorde ernstig geschokt is en er bovendien elementaire belangen zijn geschonden. Ook in de gevallen dat de verwachting bestaat dat het niet langer effectief is om langs de bestuurlijke weg op te treden – bijvoorbeeld in het geval de door een overtreder aange trokken gelden moeten worden getraceerd of

¹ Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

² Kamerstukken II, 2003–2004, 29 370, nr. 1.

veiliggesteld – biedt de inzet van het strafrecht aanvullende mogelijkheden. Het strafrecht beschikt dan namelijk over andere of effectievere dwangmiddelen dan het bestuursrecht. Het instellen van strafvervolgning gebeurt echter alleen op initiatief van het openbaar ministerie, in overleg met de toezichthouder.

In reactie op de specifieke opmerking van de CDA fractie over de rechtsbescherming bij de bestuursrechtelijke handhaving merk ik op dat het opleggen van een sanctie via het bestuursrecht mijns inziens op geen bezwaar stuit vanuit het oogpunt van rechtsbescherming en «due process».

Ook in het bestuursrechtelijke traject is de rechtsbescherming namelijk gewaarborgd, zowel bij de oplegging als bij het daaropvolgende traject. De eisen die artikel 6 EVRM aan strafvervolgning stelt, gelden evenzeer in bestuursrechtelijke procedures over bestuurlijke boetes. Immers, een bestuurlijke boete geldt als «criminal charge». Dit betekent dat ook de elementen «fair trial» en «due process» onverkort van toepassing zijn bij de boeteoplegging.

In dit kader is van belang om op te merken dat de boetebepalingen in de huidige, en toekomstige, financiële wetgeving voorzien in een schorsende werking van bezwaar en beroep. Dit betekent dat een boete slechts geëffectueerd kan worden ná een eventuele gerechtelijke toets in twee instanties. Bij de gerechtelijke toets zullen altijd de elementen die de rechtsbescherming van de belanghebbende betreffen, worden getoetst. De schorsende werking vormt overigens een uitzondering op de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zoals die zal gaan gelden na de inwerkingtreding van de vierde tranche.

Zoals ook reeds in de Boetenota is vermeld, zal voor de overige bepalingen inzake de rechtsbescherming geheel worden aangesloten bij de vierde tranche van de Awb. Voor een nadere toelichting kan ik u dan ook grotendeels verwijzen naar de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel¹. Hieronder zal ik mij beperken tot het kort bespreken van een tweetal rechtswaarborgen.

Zowel de fractie van het CDA als de fractie van de PvdA hebben een nadere vraag gesteld over het «nemo tenetur» beginsel, in het bijzonder over de verhouding met de inlichtingenplicht. Beide fracties constateren op dit vlak een spanningsveld. In antwoord op deze vraag kan ik melden dat ik dit spanningsveld ook zie; het is immers inherent aanwezig bij elke wetgeving waarbij de uitvoerder of toezichthouder zowel inlichtingen kan vorderen als boetes kan opleggen. Voorbeelden zijn de Belastingdienst en de NMa. Als gezegd, zullen voor alle bestuurlijke boetes – dus ook voor die binnen de financiële wetgeving – binnen afzienbare tijd de rechtswaarborgen uit de vierde tranche van de Awb gaan gelden. Wellicht ten overvloede verwijs ik u voor een uitvoerige beschouwing omtrent het «nemo tenetur» beginsel en de inlichtingenplicht naar de memorie van toelichting bij de vierde tranche van de Awb².

Ook wat betreft het moment dat aan een instelling of persoon het zwijgrecht toekomt, hebben de CDA en PvdA fractie een vraag gesteld. Voor de beantwoording van deze vraag veroorloof ik mij wederom grotendeels te volstaan met de verwijzing naar de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb. Hierin wordt uitvoerig ingegaan op het zwijgrecht. Samenvattend kan ik op deze plaats melden dat wordt voorgesteld om aan een persoon zwijgrecht te laten toekomen zodra deze met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Deze terminologie sluit aan bij het strafrecht en het fiscale recht. Ook wordt met deze terminologie onderstreept dat het recht van zwijgen enkel geldt bij vragen die gericht zijn op bestraffing. Tot de inwerkingtreding van de vierde tranche

¹ Kamerstukken II, 2003–2004, 29 702, nr. 3, p. 94 e.v.

² Kamerstukken II, 2003–2004, 29 702, nr. 3.

Awb zal een gelijkkluidende bepaling inzake het zwijgrecht in de wetgeving ter implementatie van de Boetenota worden opgenomen. Op de rechts-waarborgen bij beboeting van individuele bestuurders kom ik later terug.

Voorts vraagt de CDA fractie zich af of de toezichthouder meer mogelijkheden krijgt om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Daarbij stelt zij de vraag of dit kan leiden tot ongelijke behandeling van verschillende zaken. Op deze vraag kan ik instemmend reageren: de uitbreiding van de mogelijkheden van de toezichthouder maakt maatwerk beter mogelijk. Zodoende wordt het voor de toezichthouder mogelijk om aan verschillende zaken ook een verschillend gevolg te geven. In de huidige situatie kunnen verschillende zaken vaak slechts op één enkele manier worden afgedaan als gevolg van de rigiditeit van het systeem. Dit kan leiden tot ongerechtvaardigde verschillen bij het opleggen van boetes.

Eén van de factoren waar toezichthouders in de toekomst bijvoorbeeld rekening mee kunnen houden is recidive. Binnen het huidige systeem kan hiermee geen rekening worden gehouden. Dit leidt er toe dat een instelling die recidiveert slechts met dezelfde boete kan worden bestraft als een instelling die voor de eerste maal de overtreding begaat.

Over het begrip recidive stellen de CDA en PvdA fractie voorts de vraag hoe dit geïnterpreteerd dient te worden. En dan bijzonder doelend op de mogelijkheid om aan zowel een instelling als aan een bestuurder een boete op te leggen. Meer concreet is hierbij de vraag gesteld hoe de bestuurder en de rechtspersoon zich tot elkaar verhouden in geval van recidive.

Voor de betekenis van het begrip recidive kan in beginsel worden aangesloten bij het strafrecht. Dat betekent dat in elk geval de situatie dat de overtreder binnen een bepaalde periode dezelfde bepaling in een toezichtswet overtreedt als recidive kan worden aangemerkt en aldus kan worden meegewogen bij de vaststelling van de hoogte van de op te leggen boete. Ook de situatie dat twee keer of vaker achter elkaar, binnen een bepaalde tijdspanne, een zelfde soort overtreding wordt begaan, zoals het niet naleven van rapportageverplichtingen, kan onder omstandigheden als recidive worden aangemerkt.

Recidivist is de rechtspersoon en/of de natuurlijk persoon aan wie de herhaalde overtreding destijds en thans is of wordt verweten: alleen als dit verwijt in zowel het verleden als het heden dezelfde rechtspersoon en/of natuurlijk persoon betreft, kan die rechtspersoon en/of natuurlijk persoon als recidivist worden gezien. Een natuurlijk persoon die herhaaldelijk dezelfde overtreding begaat of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, moet eveneens als recidivist kunnen worden aangepakt, ook als de herhaalde overtredingen zijn verricht als bestuurder van een andere rechtspersoon. Voor die andere rechtspersoon, daar waar de bestuurder recidiveert, hoeft dit dan uiteraard géén recidive te betekenen.

Van de VVD fractie kwam voorts de vraag of het mogelijk is dat een eventueel strafrechtelijk onderzoek wordt gehinderd door de bestuursrechtelijke procedure. Ook vroeg de VVD fractie zich af hoe de coördinatie is geregeld tussen de verschillende opsporingsdiensten.

In antwoord op deze vragen kan ik allereerst melden dat er op het gebied van de financieel-economische criminaliteit slechts één bijzondere opsporingsdienst bevoegd is, de FIOD-ECD.

Wat betreft de afstemming tussen een strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving hebben de verschillende partijen, de FIOD-ECD, de toezichthouders en het openbaar ministerie, afspraken gemaakt. Deze zijn vastgelegd in het «Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties» van 30 juni 2004¹. In dit convenant is ook geregeld dat de partijen op gezette tijden met elkaar in overleg treden in het zogeheten tripartie

¹ Staatscourant 6 juli 2004, nr. 126, p. 13.

overleg. In dit overleg wordt onder meer de keuze tussen een bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke afdoening besproken. Bovendien worden door partijen jaarlijks afspraken gemaakt, met de bijbehorende terugkoppeling, over de kwantiteit en kwaliteit van de door de toezichthouders aan het openbaar ministerie aangeleverde zaken. Uit de praktijk is gebleken dat de terugkoppeling door de verschillende actoren over de bereikte resultaten nog wat te wensen over liet. Recentelijk zijn hiertoe nadere afspraken gemaakt. Deze werkwijze draagt er toe bij dat de verschillende bij het handhavingstraject betrokken partijen op een zo goed mogelijke manier samenwerken.

Daarnaast stelde de VVD fractie de vraag of de gehele bezwaarprocedure bij de toezichthouder niet beter kan komen te vervallen. In antwoord op deze vraag kan ik allereerst melden dat het reeds mogelijk is om de bezwaarfase over te slaan. Sinds 1 september 2004 kan, met wederzijds goedvinden, direct beroep worden aangetekend bij de rechtbank¹. Overigens gaat, zoals uit de evaluatie van de Wet IDBB blijkt², van de bezwaarfase een hoge zeefwerking uit. Ook in boetezaken wordt niet altijd beroep bij de bestuursrechter ingesteld tegen een beslissing op bezwaar van de toezichthouder.

Daarnaast biedt het degene aan wie een boete of een andere toezichtmaatregel is opgelegd niet alleen een mogelijkheid om hiertegen in verweer te komen bij een andere functionaris dan degene die de boete heeft opgelegd, maar ook geeft het de toezichthouder een efficiënte correctiemogelijkheid.

Ik ben dan ook van mening dat een bezwaarfase een nuttige functie vervult binnen het gehele traject en zie bovendien geen redenen om van de algemene bestuursrechtelijke procedure af te wijken.

Graag wil ik in dit verband nogmaals benadrukken dat, nu en in de toekomst, van bezwaar (en beroep) een schorsende werking uit gaat. Dit betekent dat het punitieve element van de maatregel slechts daadwerkelijk in werking treedt ná een eventuele rechterlijke toets.

De leden van de PvdA fractie hebben een vraag gesteld over de reikwijdte van de rechterlijke toets, meer concreet is gevraagd om in te gaan op de marginale toetsing in praktijk.

Marginale toetsing houdt in dat de rechter in beginsel de beleidsvrijheid van, in dit geval, de toezichthouder erkent om al dan niet over te gaan tot het opleggen van bijvoorbeeld een boete of een last onder dwangsom. De jurisprudentie op grond van artikel 6 EVRM eist dat de rechter inhoudelijk (vol) toetst of de toezichthouder een juist gebruik heeft gemaakt van zijn matigingsbevoegdheid. Deze toetsing is van belang bij het opleggen van flexibele boetes, aangezien de toezichthouder bij de flexibele boetes een behoorlijke mate van vrijheid heeft om de hoogte vast te stellen. Uit de jurisprudentie kan echter worden afgeleid dat als uitgangspunt de hoogte van de vaste boete als evenredig met de ernst van de overtreding kan worden verondersteld.

De leden van de PvdA fractie vragen wat dit nu in het nieuwe stelsel zal gaan betekenen. Uiteraard is dat in eerste instantie aan de rechter om te bepalen. Op grond van het bovenstaande lijkt echter de verwachting gerechtvaardigd dat in de praktijk de rechter de keuze van een toezichthouder om een bestuurlijke boete op te leggen niet snel zal betwisten. Vervolgens zal, indien sprake is van een flexibele boete, de toezichthouder de gekozen hoogte van de boete terdege moeten motiveren, omdat de rechter dit onderdeel van de boetebeschikking altijd inhoudelijk en dus «vol» toetst. Gelet op de bestaande jurisprudentie kan de rechter in de gevallen waar een wettelijk gefixeerde boete is opgelegd als uitgangspunt nemen dat de hoogte van de boete evenredig is met de ernst van de overtreding. De verwachting is dat de rechter in die gevallen dus meer afstand

¹ Staatsblad 2004, 270.

² Kamerstukken II, 2003–2004, 29 370, nr. 1.

zal bewaren en dat de toezichthouders bij oplegging van de vaste boetes niet in elke zaak zullen hoeven te motiveren waarom deze boetecategorie is opgelegd en waarom geen gebruik is gemaakt van de matigingsbevoegdheid.

Ook vraagt de VVD fractie zich af waarom, ook bij persoonlijke boetes, is gekozen om het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) te handhaven als tweede feitelijke instantie. In antwoord hierop merk ik op dat er mij geen redenen bekend zijn om van de huidige praktijk binnen de financiële toezichtswetgeving af te wijken. Temeer nu juist bij deze instantie de meeste kennis van de financieel-economische wetgeving aanwezig is. Ook lijkt het mij geen wenselijke situatie dat twee verschillende colleges over dezelfde materie in hoogste instantie oordelen, nog los van de inefficiënte spreiding van de kennis over dit bijzondere rechtsgebied die de inschakeling van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State tot gevolg zou hebben. Bovendien is het CBB ook bij andere financieel-economische wetgeving, zoals bij de mededingingswetgeving, de tweede feitelijke instantie. Ik zie dan ook geen reden om wat betreft de persoonlijke boetes van deze staande praktijk af te wijken. De motivering om de huidige praktijk – dat rechtbank Rotterdam als gerecht in eerste aanleg op treedt – vast te houden is grotendeels gelijklopend.

Dat brengt mij op de beantwoording van de overige vragen over de mogelijkheid om individuele bestuurders te beboeten.

In de Boetenota wordt geanticipeerd op de vierde tranche Awb. Hierin wordt de algemene bestuursrechtelijke jurisprudentie¹ gecodificeerd, die het beboeten van individuele bestuurders en feitelijk leidinggevend mogelijk heeft gemaakt. Op basis van genoemde jurisprudentie bestaat reeds de mogelijkheid om in bepaalde gevallen individuele bestuurders te beboeten, bijvoorbeeld daar waar het gaat om overtreding van een norm die zich tot een ieder richt, zoals artikel 82 Wet toezicht kredietwezen 1992. Om in de financiële toezichtswetgeving individuele bestuurders van persoonlijke beboeting uit te sluiten, zou een uitzondering gemaakt moeten worden op de vierde tranche Awb. Een reden voor het opnemen van een dergelijke uitzondering zie ik niet, noch voor het opnemen van een beperkte uitzondering voor bestuurders van onder toezicht staande instellingen.

De leden van de verschillende fracties zijn voorts specifiek ingegaan op de vraag of cumulatie van een bestuurlijke boete met een strafrechtelijke sanctie mogelijk zou zijn. De Boetenota volgt in beginsel op het gebied van rechtswaarborgen de vierde tranche van de Awb, waar in titel 5.4. deze cumulatie wordt uitgesloten. Alleen in het geval zich nieuwe feiten en omstandigheden voordoen, kan dit een nieuwe overtreding opleveren. De financiële toezichtswetgeving vormt geen uitzondering op andere rechtsgebieden. Wanneer de omstandigheden een nieuwe overtreding opleveren, zal in het bovengenoemde tripartite overleg bekeken worden of bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke handhaving gewenst is voor de afdoening van de nieuw geconstateerde overtreding. De vraag van de VVD fractie of bij nieuwe feiten en omstandigheden strafrechtelijke afdoening mogelijk is, beantwoord ik dan ook bevestigend.

Ook voor het antwoord op de vraag van de CDA en PvdA fractieleden over de bestuursrechtelijke waarborgen voor de rechten van de verdachten (zijnde individuele bestuurders) in vergelijking met de strafrechtelijke waarborgen, verwijs ik naar de toelichting op de vierde tranche Awb². Daarin is opgenomen dat «de regeling van de bestuurlijke boete in het bestuursrecht geen exacte kopie hoeft te zijn van de regeling in het Wetboek van Strafrecht. Waar het om gaat is dat in het geval van bestraffende sancties bepaalde minimumwaarborgen gelden, ongeacht de classi-

¹ ABRS 24 februari 1984, AB 1984, 480; ABRS 27 maart 2001, AB 2002, 102; ABRS 3 juli 2002, AB 2002, 311 en ABRS 17 juli 2002, AB 2003, 78.

² Kamerstukken II, 2003 – 2004, 29 702, nr. 3 p. 124.

ficatie naar nationaal recht.» Ik meen dat deze minimumwaarborgen bij oplegging van bestuurlijke boetes in de vierde tranche Awb goed zijn gewaarborgd.

Op de vragen van de PvdA en VVD fractieleden of de boetes die worden opgelegd aan individuele bestuurders niet door het bedrijf zullen worden betaald, kan antwoorden dat dat zeker niet de bedoeling is. Vooral niet, omdat in de gevallen waarin de individuele bestuurder persoonlijk wordt beboet, deze ook zelfstandig verwijtbaar gehandeld zullen hebben. De vraag is echter of een wettelijke regeling, inhoudende dat bedrijven de individuele boetes niet mogen betalen voor hun bestuurders, wel wenselijk en/of noodzakelijk is.

Ik acht een dergelijke regeling niet noodzakelijk. Mocht het in een specifieke situatie zo zijn dat een instelling voor haar bestuurder de boete rechtstreeks voldoet, dan heeft dit fiscaal onaantrekkelijke consequenties. Enerzijds zal de boete – als gevolg van een in de Wet Inkomstenbelasting 2001 opgenomen aftrekbeperking – niet aftrekbaar zijn voor de instelling en anderzijds zal de voldoening door de instelling wél leiden tot belastbaar inkomen bij de bestuurder. Een directe voldoening door de instelling van de aan de bestuurder opgelegde boete lijkt mij dan ook voor beide partijen niet aantrekkelijk.

Het zou kunnen voorkomen dat het bedrijf de beboete bestuurder via een verhoging van de beloning «compenseert» voor de boete. Via deze constructie zou de aftrekbeperking niet in beeld hoeven komen; er is immers geen direct verband. De vraag is of het wenselijk is dat deze «salarisstijgingen» met wetgeving wordt tegengegaan. Dit is mijns inziens niet het geval en bovendien technisch niet of nauwelijks uitvoerbaar. Een causaal verband tussen een (extra) salaris verhoging en de opgelegde boete is immers zeer moeilijk aan te tonen en zeker niet in wetgeving te vervatten. Hier ligt dan ook een taak voor de aandeelhouder; het gaat immers over de arbeidsvoorwaarden.

Over de preventieve werking van de verhoging van sancties, merk ik op dat het moeilijk is om concrete uitspraken te doen over de toekomstige preventieve werking van de verhoging van de boetes en met welke getallen de schade zal dalen. In het algemeen kan worden opgemerkt dat de meeste zware overtredingen van financiële toezichtswetgeving eerder een economische dan een emotionele drijfveer hebben. Er kan immers meer geld worden verdiend. Bij een verhoging van de sancties neemt het voordeel van overtreding van de wet af. Dat maakt geen verschil voor illegale of voor onder toezichtstaande instellingen. Het OESO onderzoek waar ik op doel is naar voren gekomen in het kader van het Kabinetstandpunt voor de evaluatie van de Mededingingswet¹. Uit deze rapporten bleek dat sancties tegen individuen – naast sancties tegen organisaties – een belangrijke additionele afschrikking kunnen vormen. De mogelijkheid van hogere boetes vergroot in het algemeen de preventieve werking.

Voorts worden diverse vragen gesteld over de publicatiebevoegdheid van de toezichthouders. Hierover is in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet op het financieel toezicht² (Wft) een discussie gaande. Voor het antwoord op de vragen aangaande de publicatiebevoegdheid vermag ik dan ook volstaan met een verwijzing naar de parlementaire behandeling van de Wft dit najaar.

2. Functiescheiding

Zoals ook al bij de behandeling van andere wetgeving naar voren is gekomen, bestaan er bij de leden van de fracties vragen over de vormgeving van de functiescheiding bij de toezichthouders.

¹ Kamerstukken II, 2003–2004, 29 272, nr. 1 p. 25.

² Kamerstukken II, 2004–2005, 29 708, nr. 1 e.v.

In de Boetenota is daarom een Kabinetsstandpunt opgenomen over de scheiding tussen de toezichthoudende medewerkers en de medewerkers die betrokken zijn bij het opleggen van boetes. De functiescheiding bij het opleggen van bestuurlijke boetes is voorgeschreven in de verschillende toezichtwetten. De functiescheiding houdt in dat de toezichthoudende medewerker die betrokken is geweest bij het vaststellen van een overtreding niet betrokken wordt of kan worden bij het opleggen van een bestuurlijke boete. Tot op heden geldt deze functiescheiding op het uitvoerende niveau door het bestaan van een onafhankelijke boetefunctionaris. Met de installatie van een General Counsel wordt de functiescheiding aangescherpt, aanmerkelijk uitgebreid en doorgetrokken tot een hoger niveau bij de toezichthouders. De General Counsel krijgt een centrale rol bij de advisering en beoordeling over het opleggen van een boete. In praktijk verloopt het traject vanaf onderzoek tot aan het opleggen van een boete als volgt. Zodra de onderzoeksafdeling een dossier heeft afgesloten, gaat dit dossier naar de boetefunctionaris die op basis van het dossier adviseert of een boete geïndiceerd is en in het nieuwe stelsel in het geval van een flexibele boete welke hoogte in het specifieke geval passend wordt gevonden. Behalve de overdracht van een afgesloten onderzoeks-dossier, waarin een overtreding wordt geconstateerd en mogelijk schriftelijke nadere vragen na ontvangst van het dossier, vindt verder geen informatieoverdracht plaats tussen de medewerkers van de verschillende afdelingen. De General Counsel adviseert vervolgens het bestuur/de directie, waarna dit/deze beslist of een boete wordt opgelegd. Op deze manier is noch de uitvoerend directeur, noch de onderzoeksafdeling betrokken bij de besluitvorming omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete en is de functiescheiding doorgetrokken tot een hoger niveau in vergelijking met de huidige situatie. «Overstappen» van medewerkers uit de toezichtsafdelingen naar de functie van boetefunctionaris zullen uiteraard in de toekomst wel eens kunnen voorkomen; in dergelijke gevallen verricht de betrokkene geen werkzaamheden in dossiers die door hem of haar in de vorige functie zijn behandeld. Uiteraard zullen de toezichthouders in het nieuwe boetstelsel organisatorische en fysieke maatregelen treffen die de onafhankelijke positie van de General Counsel waarborgen.

3. Draagkracht, afstemming en hoogte van de boete

Zowel de fractie van het CDA als de fractie van de VVD hebben de vraag gesteld of de nieuwe voorgestelde systematiek geen draagkrachtproblemen op zal leveren. Zij vragen zich af of een instelling in zijn wettelijk vereiste solvabiliteit wordt bedreigd bij het opleggen van een boete. In antwoord op deze vraag kan ik melden dat in het nieuwe systeem beter rekening kan worden gehouden met de draagkracht van de instelling. Alhoewel het in het nieuwe systeem mogelijk is om hogere boetes op te leggen, wordt daarnaast ook de mogelijkheid gecreëerd om flexibele boetes op te leggen en dus maatwerk te leveren. Zo zal bij de bepaling van de hoogte van de boete de draagkracht van de instelling een belangrijke rol spelen. Binnen de huidige systematiek is het leveren van maatwerk slechts beperkt mogelijk door het systeem van vaste boetes.

Naast deze verruimde aandacht voor de draagkracht van de instellingen in de toekomstige wettelijke regeling hebben de AFM en DNB in een convenant¹ vastgelegd dat zij elkaar vooraf informeren indien een bepaalde toezichtsmaatregel wordt opgelegd, waaronder een bestuurlijke boete. Dit is alleen anders wanneer dit gelet op de urgentie of de situatie niet mogelijk respectievelijk onnodig is. Dit overleg bevordert onder meer dat DNB op prudentieel terrein maatregelen kan treffen indien de boeteoplegging door de AFM daartoe aanleiding geeft.

¹ Staatscourant 2004, 224/31.

De VVD fractie heeft voorts de vraag gesteld of de verlies- en winstrekening een geschikte parameter kan zijn voor het bepalen van de draagkracht van een financiële instelling. Alhoewel er zeker argumenten voor deze werkwijze te bedenken zijn, behoeft een antwoord op deze vraag mijns inziens nader onderzoek. De verlies- en winstrekening bergt namelijk ook enkele nadelen in zich: het is slechts een momentopname die niet altijd inzicht geeft in de totale financiële situatie van de instelling. Zo kan het winstsaldo op de verlies- en winstrekening kunstmatig laag worden gehouden door reserves van de brutowinst over te boeken naar het eigen vermogen. Voorts kan de vraag worden gesteld hoe de draagkracht moet worden ingeschat van een overtreder die gedurende meerdere jaren verlies boekt, maar desondanks een positief eigen vermogen heeft. Voorkomen moet worden dat het opleggen van een bestuurlijke boete aan een overtreder de facto wordt geblokkeerd door het enkele feit dat de verlies- en winstrekening van een overigens draagkrachtige instelling een verlies laat zien.

De CDA fractie heeft in dit kader de vraag gesteld hoe ten aanzien van pensioenfondsen – die niet zoals andere commerciële instellingen een eigen vermogen hebben – de draagkracht wordt bepaald. Hierop kan ik antwoorden dat bij pensioenfondsen in beginsel kan worden uitgegaan van het balanstotaal van het pensioenfonds.

Naast de draagkracht zullen er bij het vaststellen van de hoogte van een boete in het flexibele systeem ook andere factoren een rol spelen. Ook deze factoren zullen in boeterichtsnoeren nader worden uitgewerkt. Over de boeterichtsnoeren heeft de PvdA fractie de vraag gesteld hoe de beoogde boeterichtsnoeren voor de financiële toezichtswetten zich verhouden tot de boeterichtsnoeren van de mededingingswet. Hierop kan ik antwoorden dat de boeteverlagende én -verhogende factoren veel overeenkomsten vertonen met de mededingingswetgeving. In de Boetenota is reeds uiteen gezet dat de ernst van de overtreding, de draagkracht van de overtreder, recidive en de opstelling van de overtreder een rol gaan spelen.

Een verschil met de mededingingswetgeving is wel dat in de financiële wetgeving het maximum van de boetes in de meeste gevallen vast ligt. Voor de zware overtredingen bestaat de mogelijkheid om te kiezen voor de maximumboete van 1 miljoen euro, danwel – wanneer dit hoger is – tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel of éénmaal het bedrag van de door derden geleden schade.

Op de vraag van de PvdA fractie hoe de hoogte van de dwangsommen zich verhoudt tot de hoogte van de boetes kan ik als volgt antwoorden. De hoogte van de dwangsom wordt door de toezichthouder zelfstandig vastgesteld en dient uit hoofde van de Awb in redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. Het doel bij de vaststelling is te komen tot een dwangsom waarvan voldoende prikkel uitgaat om aan de last te voldoen, zonder dat hierbij de overtreder onevenredig zwaar wordt getroffen. Hierbij zal onder meer worden gekeken naar de hoogte van de bij de overtreding behorende boete en het verkregen/te verkrijgen wederrechtelijk voordeel. Jaarlijks nemen de toezichthouders in hun jaarverslag op de aantallen dwangsommen en boetes die zijn opgelegd.

Voorts stellen de leden van de PvdA fractie de vraag of er tussen de in de Boetenota geïntroduceerde begrippen «wederrechtelijk verkregen voordeel» en «door derden geleden schade» een verschil kan ontstaan. Hierop kan ik instemmend antwoorden; het is zeer goed mogelijk dat het verkregen voordeel kleiner, groter of juist gelijk uitvalt dan de door derden geleden schade. Enkele voorbeelden mogen dit verduidelijken.

Een onafhankelijk adviseur die een product adviseert dat niet past bij het profiel van de belegger kan grote schade veroorzaken (de belegger blijft b.v. achter met een schuld), de adviseur heeft echter alleen de provisie als genoten voordeel.

De instelling die bij een emissie achtergehouden aandelen verkoopt met winst die zij eigenlijk onder de beleggers had moeten verdelen, geniet een voordeel dat gelijk is aan de schade die beleggers hebben geleden.

Bij overtredingen van artikel 82 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 – dat wil zeggen het aantrekken, ter beschikking verkrijgen of ter beschikking hebben van al dan niet op termijn opvorderbare gelden van het publiek (in de volksmond ook wel «piramidespel» genoemd, maar die term is niet geheel juist) – wordt vaak aanzienlijke schade geleden door de geldgevers die hun ingelegde gelden uiteindelijk niet terugontvangen. Het door de geldnemer (dus de overtreder) behaalde voordeel is daarentegen beperkt, zolang de ingelegde gelden geheel of gedeeltelijk worden terugbetaald. Krijgt dezelfde overtreding meer het karakter van oplichting, dan zal het wederechtelijk verkregen voordeel in het algemeen wel groot zijn.

4. Internationale verhoudingen

In reactie op de vragen over de internationale context van het nieuwe boetestelsel ten opzichte van de omringende landen, merk ik het volgende op. Eén van de uitgangspunten waarmee rekening is gehouden bij de opstelling van het nieuwe boetestelsel is dat het nieuwe stelsel evenwichtig moet zijn ten opzichte van andere toezichtsregelgeving, niet alleen nationaal bij andere rechtsgebieden, maar ook internationaal vergeleken bij de omringende landen. Mijns inziens is het huidige Nederlandse boetestelsel met voor illegale instellingen in praktijk een hoogst mogelijke boete van EUR 87 125,- niet evenwichtig vergeleken bij de maximale boetehoogte in omringende landen, waarin het laagste maximum 1 miljoen euro is.

In het Verenigd Koninkrijk, Zweden, Ierland, België, Frankrijk en Duitsland hebben de financiële toezichthouders de mogelijkheid om bestuurlijke boetes op te leggen. In het algemeen kennen deze landen voor de hoogte van de boete ofwel een vast stelsel ofwel een flexibel stelsel. Van de eerdergenoemde landen hebben het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Frankrijk daarbij altijd ook de mogelijkheid om bestuurders individueel te beboeten. In Zweden, België en Duitsland kunnen individuele bestuurders alleen in specifieke gevallen individueel worden beboet. De maximum boetes in de Europese landen variëren van geen enkel maximum (VK) tot een laagste maximum van 1 miljoen euro (D). De overige maxima zitten daartussenin met bedragen van 5 miljoen en 2,5 miljoen. Daarnaast bestaat in Frankrijk en België de mogelijkheid om een boete op te leggen die verband houdt met het met de overtreding wederrechtelijk verkregen voordeel. Met het nieuwe boetestelsel houdt Nederland dus in alle opzichten het midden van de omringende landen; dit draagt bij tot het creëren van een gelijk speelveld binnen de Europese financiële markt. In het toekomstige gemengde stelsel worden efficiëntie en flexibiliteit gecombineerd. De toezichthouders hebben de mogelijkheid om bij ernstige overtredingen de hoogte van de boete rekening te kunnen houden met de omstandigheden van het geval. Tegelijkertijd kan bij de standaardovertredingen efficiënt worden gewerkt, omdat de hoogte van de boete daar in beginsel vastligt. Voor zover het gaat om de maximumboete van 1 miljoen euro voor zware overtredingen bevindt Nederland zich met het nieuwe stelsel nog steeds aan de lage kant in vergelijking met de hierboven genoemde landen. Daar staat tegenover dat de hoogte van de boete in het nieuwe stelsel zal kunnen worden gerelateerd aan het door derden geleden nadeel of het met de overtreding wederrechtelijk verkregen voordeel, ook als daarmee het maximum van 1 miljoen euro

wordt overschreden. Ook met de mogelijkheid om individuele bestuurders te beboeten wijkt Nederland niet significant af van de andere landen. Ik ben van mening dat het nieuwe gemengde stelsel zowel nationaal als internationaal gezien evenwichtig is en daarom in deze tijd passend in de financiële toezichtswetgeving.

5. Wetstechnische vragen

Terugkomend op de introductie van persoonlijke boetes vragen zowel de fractie van het CDA als de fractie van de VVD zich af of bij elke beboetbare norm zal worden bekeken of de normadressant de juiste is. Hierover kan ik opmerken dat het niet nodig is om de normadressanten van de financiële toezichtswetgeving aan te passen aan de «nieuwe» sanctiemogelijkheid.

Indien namelijk een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon kan de bestuurlijke sanctie tevens of in plaats daarvan ook worden opgelegd aan diegenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Dit zal, naar analogie van artikel 51 Wetboek van Strafrecht, in de Awb worden opgenomen.

De CDA fractie heeft voorts de vraag gesteld over de termijn waarna de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt. In de huidige wet bedraagt deze termijn drie jaar. Nu de vierde tranche Awb echter afwijkende termijnen bevat en er wat betreft de financiële toezichtswetgeving geen redenen bestaan om voor wat betreft de termijnen af te wijken, zal in het nieuwe boetestelsel een verjaringstermijn van twee respectievelijk vijf jaar worden opgenomen. Hierbij zal de termijn van twee jaar gelden voor de lichte overtredingen en de termijn voor vijf jaar voor de midden en zware categorie overtredingen.

De VVD fractie vraagt naar de verschillen tussen de wijziging van de Awb en de wijziging van het boetestelsel. Deze verschillen zullen beperkt zijn; de meeste bepalingen zullen integraal onderdeel gaan uitmaken van de financiële toezichtswetgeving. De aanpassingen die nodig zijn, zullen voornamelijk van wetstechnische aard zijn. Het gaat om de bepalingen van de financiële toezichtswetgeving die na de invoering van de vierde tranche doublures opleveren.

Slechts op enkele punten wordt afgeweken van de voorgestelde redactie van de vierde tranche. Een voorbeeld daarvan is de eerdergenoemde handhaving van de schorsende werking van bezwaar en beroep. De vierde tranche zal, zoals de VVD fractie zich afvraagt, geen gevolgen hebben voor de voornemens die in de Boetenota zijn opgenomen.

In dit kader vraagt de VVD fractie zich voorts af waarom er wél op de Wft wordt gewacht maar niet op de vierde tranche Awb. In antwoord hierop kan ik melden dat de inwerkingtredingdatum van de Wft gepland staat op 1 juli 2006. Dit is geen realistische termijn voor de inwerkingtreding van onderhavige wetswijziging.

Bovendien is er nog geen zicht op een zeer spoedige inwerkingtreding van de vierde tranche Awb. Gezien de ook door uw Kamer uitgesproken wens om een spoedige aanpassing van het boetestelsel te realiseren acht ik het niet opportuun om te wachten op de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb. Naar verwachting zal de vierde tranche van de Awb begin 2008 in werking treden.

Hier kan ook de vraag van de CDA en PvdA fractie worden beantwoord over het tijdschema van de indiening van het wetsvoorstel inzake het nieuwe boetestelsel. Deze indiening zal naar verwachting begin 2006 plaatsvinden.

De fracties van het CDA, PvdA en VVD hebben voorts de vraag gesteld in hoeverre het toekomstige wetsvoorstel de «lichte» en «zware» overtre-

dingen specifiek zal benoemen. In reactie op deze vraag kan ik melden dat er een limitatieve opsomming van de lichte en zware boetes (en de tussencategorie) zal worden gegeven. De fractie van de VVD zou bovendien graag een nadere onderbouwing zien waarom bepaalde overtredingen als licht dan wel zwaar worden beoordeeld. Deze nadere motiveering zal bij het wetsvoorstel plaats vinden. Als voorbeeld van een lichte overtreding kan het niet op tijd indienen van een rapportage worden genoemd. Het verrichten van bepaalde handelingen zonder een vergunning valt onder de zware categorie.

Wat betreft de opmerking van de VVD dat de Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang tweemaal in een verschillende context staat vermeld merk ik op dat de opname in de kolom «Toekomstige wetten» een vergissing is. De Wet melding zeggenschap en kapitaalbelang zal in de Wft worden geïncorporeerd.

Leden van de CDA fractie vragen zich af of is overwogen om het boetestelsel voor pensioenfondsen op te nemen in de pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Hiertoe kan ik melden dat de Boetenota na behandeling in het parlement door middel een wetsvoorstel in de diverse wetten – waaronder de Wft – zal worden geïmplementeerd. Met de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is afgesproken dat het wetsvoorstel Pensioenwet de Wft zal volgen. Dit betekent dat ook op het terrein van het boetebeleid in beginsel zal worden aangesloten bij het in de Boetenota en de Wft vervatte nieuwe boetebeleid. Het wetsvoorstel Pensioenwet ligt nu voor advies bij de Raad van State. Dit wetsvoorstel is bedoeld ter vervanging van de huidige PSW.

Met betrekking tot de mogelijkheid van het opleggen van een individuele boete wordt opgemerkt dat dit op basis van de huidige PSW reeds mogelijk is en dat dit ook in het wetsvoorstel Pensioenwet zal worden gehandhaafd.

De leden van de VVD fractie hebben een vraag gesteld hoe er bij de bepaling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden met schadevergoedingsacties op grond van het civiele recht.

Voorafgaand aan de beantwoording van deze vraag merk ik op dat het «wederechtelijk verkregen voordeel» slechts een van de drie wijzen is waarop een maximum van de hoogte van de boete bepaald kan worden. Voorts speelt het een rol als een van de factoren in de boeterichtsnoeren. In deze context is het niet bedoeld als een bestuursrechtelijke voordeelontneming.

De vraag is vervolgens gesteld of cumulatie van boeteoplegging door de toezichthouder met een civiele schadevergoedingsactie door gedupeerde mogelijk is, deze vraag kan ik als volgt beantwoorden.

Het instellen van een dergelijke actie is mogelijk zowel vóór als ná het moment dat de toezichthouder gebruik heeft gemaakt van zijn handhavingsbevoegdheden. De oplegging van een bestuursrechtelijke maatregel door de toezichthouder en de eis tot schadevergoeding van de cliënt of andere betrokkene zijn echter gescheiden trajecten, ieder met een eigen doel. Wel maakt het nieuwe boetestelsel het mogelijk dat de toezichthouder bij het opleggen van de boete rekening houdt met ingediende en reeds toegewezen civiele schadevergoedingsacties; deze hebben immers invloed op de draagkracht van een financiële instelling. Wellicht ten overvloede merk ik op dat het instellen van een schadevergoedingsactie – bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad – een actie is die in het burgerlijk wetboek is geregeld en om die reden los staat van de financiële toezichtswetgeving. Ook in andere rechtsgebieden is het overigens mogelijk dat naast handhaving door de toezichthouder een civiele actie wordt ingesteld. Te denken valt hierbij aan het mededingingsrecht.

6. Praktijkvragen

De leden van de PvdA fractie hebben tevens enkele praktijkvragen gesteld. Hieronder zal ik daar zoveel mogelijk op ingaan. Het is namelijk niet mogelijk om verder in detail te treden ten aanzien van individuele zaken dan in de Boetenota reeds is gedaan. Dit vloeit voort uit de geheimhoudingsbepalingen in de financiële toezichtswetgeving. Wel kan ik melden dat het bij de AFM niet bekend is of rechtbanken in individuele civiele procedures gebruik hebben gemaakt van de overwegingen uit de boetebeschikkingen die aan financiële instellingen waren gericht.

Wat betreft het antwoord op de vraag hoe vaak het voor komt dat bedrijven zonder vergunning opereren, kan ik alleen inzicht geven in het aantal zaken dat op overtreding van de markttoetredingsbepalingen is geconstateerd. De AFM meldt hierover dat zij vanaf 1 januari 2003 ruim 500 dossiers in onderzoek heeft genomen voor (mogelijke) overtredingen van artikel 7 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (het opereren zonder vergunning). Veelal betreft het illegale instellingen, maar ook wel cliëntenremisiers die buiten hun vrijstelling handelen.

Het merendeel van de bestuurlijke boetes die DNB tot op heden heeft opgelegd overtredingen betrof van verbodsbepalingen inzake de markttoegang van financiële instellingen, in het bijzonder de artikelen 6 en 82 van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en artikel 3 van de Wet inzake de geldtransactiekantoren. DNB heeft voorts in 2004 ten aanzien van 138 signalen een beoordeling gemaakt en in totaal 51 maatregelen getroffen. Hierbij is vastgesteld dat er ruim 130 miljoen euro aan gelden in strijd met de wet van het publiek is aangetrokken.

De daadwerkelijke omvang van het aantal illegaal opererende instellingen is uiteraard niet bekend.

Zowel de CDA als de VVD fractie hebben vragen gesteld betreffende de inning van boetes. Wat betreft de kosten van de inning kan ik melden dat deze op de gebruikelijke wijze worden doorberekend aan de onder toezichtstaande instellingen alsmede aan de Staat, in de vorm van een hogere overheidsbijdrage waarvan de hoogte gekoppeld is aan het totaal van de door de AFM gemaakte kosten.

Voor wat betreft de invordering van boetes en dwangsommen kan ik melden dat de AFM sinds de introductie van de mogelijkheid om een boete of dwangsom op te leggen 7 maal problemen heeft ondervonden. Daarnaast is de AFM elf keer geconfronteerd met een faillissement van een instelling.

DNB heeft nog slechts beperkt ervaring met het opleggen van bestuurlijke boetes: sinds de invoering van het boete-instrument vanaf 2000 heeft DNB 7 keer een boete opgelegd voor een totaalbedrag van € 236 000. Tot op heden is van dit bedrag ruim € 27 000 geïnd.

Veel van de opgelegde boetes zijn nog niet geïnd als gevolg van de in de financiële toezichtswetten opgenomen schorsende werking van bezwaar, beroep en hoger beroep bij de bestuursrechter. Bij een voor de toezichthouder positief uitvallende uitspraak zal de opgelegde boete worden ingevorderd.

Overigens gaat ook van de verzetprocedure bij de civiele rechter tegen een dwangbevel tot invordering een schorsende werking uit.

In die gevallen waarin de toezichthouders geconfronteerd worden met nalatigheid in de betaling worden de volgende stappen ondernomen:

- aanmaning;
- vervolgens dwangbevel en overdracht aan een Gerechtsdeurwaarder-kantoor;
- blijft betaling dan nog uit dan worden (in overleg met de toezichthouder) door het Gerechtsdeurwaarderkantoor alle mogelijke

middelen gebruikt om betaling af te dwingen, zoals bankbeslag, beslag (on)roerende goederen en het aanvragen van faillissement. Om onnodige kosten te voorkomen wordt altijd bekeken of er een reële kans op succes aanwezig is.

7. Overige vragen

Van de VVD fractie kwam de vraag hoe in de toekomst de kosten in het nieuwe boetestelsel beheerst gaan worden. In antwoord hierop kan ik melden dat zowel met DNB als met de AFM de afspraak is gemaakt om de kosten van het merendeel van de bestaande taken enkel nog te laten groeien met het inflatiepercentage. Daarnaast hebben beide toezichthouders zich verplicht om waar mogelijk besparingen te realiseren door efficiënter te werken. Het zijn echter de nieuwe toezichttaken die tot een substantiële stijging van de kosten hebben geleid. Die stijging heeft meer dan eens de aandacht getrokken. Vandaar dat er samen met de AFM een onderzoek wordt voorbereid naar de kosten van het toezicht in andere landen. Het uiteindelijk te verkrijgen vergelijkingsmateriaal zou een leidraad kunnen vormen voor toekomstige afspraken over de hoogte van de kosten van het toezicht.

Vertrouwende de vragen van uw commissie hiermee afdoende te hebben beantwoord.