

Vergaderjaar 2007–2008

31 458

Wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 15 februari 2008 en het nader rapport d.d. 7 mei 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën, mede namens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 3 januari 2008, no. 07.004236, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Financiën, mede namens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving), met memorie van toelichting.

Het voorstel wijzigt het boetestelsel in de financiële wetgeving. Deze wijzigingen komen voort uit de zogenaamde Boetenota² en hebben betrekking op de systematiek en de hoogte van de verschillende soorten boetes, alsmede op de beboetbaarheid van individuele bestuurders van financiële instellingen. Uitwerking vindt plaats in het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, dat nog niet aan de Raad van State ter advisering is aangeboden (hierna: het Boetebesluit)³. De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel. Hij maakt opmerkingen over het niveau van de regelgeving en de verhouding tot Titel 5 van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht⁴. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 3 januari 2008, nr. 07 004236 machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies gedateerd van 15 februari 2008, nr. W06.08 0006/II, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het advies van de Raad merk ik, mede namens mijn ambtgenoot van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het volgende op.

1. Niveau van de regelgeving

Thans zijn de hoogte en de systematiek van de bestuurlijke boetes voor een groot deel in de desbetreffende wetten en de daarbij behorende bijlagen bepaald⁵. Als gevolg van het voorstel worden de systematiek en de hoogte van de bestuurlijke boetes in de financiële wetgeving bij algemene maatregel van bestuur bepaald, evenals de mate waarin de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, leiden tot verhoging of verlaging van de op te leggen

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II 2004/05, 30 125, nr. 2, Boetestelsel in financiële wetgeving.

³ Een concept van dit besluit is, evenals een concept van dit voorstel, te vinden op de website van het Ministerie van Financiën.

⁴ Kamerstukken I 2006/07, 29 702, A.

⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 10e, eerste lid, van de Sanctiewet 1977, de bijlage bij de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, de bijlage bij de Wet inzake de geldtransactiekantoren, de bijlage in het wetsvoorstel Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Kamerstukken II 2007/08, 31 238, nr. 2), de bijlage bij de Wet toezicht trustkantoren en de bijlage als bedoeld in artikel 20 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. In de Wet financieel toezicht is bepaald dat de hoogte van de bestuurlijke boete bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald.

boete. Alleen het maximum van de boete van € 2 000 000 is in de wet opgenomen¹. De op te leggen boetes zullen worden bepaald aan de hand van boeterichtsnoeren.

Naar het oordeel van de Raad dienen uit een oogpunt van rechtszekerheid de essentiële elementen van het stelsel, zoals de indeling in boetecategorieën en de wijze waarop aan de flexibiliteit van de bovenste twee boetecategorieën invulling wordt gegeven, in de desbetreffende financiële wetten te worden vastgelegd, zeker nu de sancties bepaald niet van geringe omvang zijn². De vrijwel blanco delegatie in de aan te passen wetten biedt bovendien geen garantie dat de regels voor boeteoplegging de in de Boetenota en de memorie van toelichting aangekondigde opzet krijgen. De Raad adviseert het voorstel in bovengenoemde zin te wijzigen.

1. Niveau van regelgeving

De Raad geeft in zijn advies aan dat hij uit het oogpunt van rechtszekerheid het van belang acht dat de indeling in boetecategorieën en de wijze waarop aan flexibiliteit in de hoogste twee boetecategorieën invulling wordt gegeven, op wetsniveau wordt geregeld. Om aan deze opmerking van de Raad tegemoet te komen, wordt het wetsvoorstel op twee onderdelen gewijzigd. De eerste wijziging betreft de aanpassing van de grondslag om regels vast te stellen over de wijze waarop bij de boeteoplegging rekening dient te worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Deze regels zullen bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) worden vastgesteld. Dit betekent dat de in het (oorspronkelijke) wetsvoorstel opgenomen grondslag voor het stellen van beleidsregels komt te vervallen. De tweede wijziging betreft het verplaatsen van de indeling van de boetecategorieën van de AMvB naar de wet. Op deze wijze wordt in de wet opgenomen welke boetecategorieën er zijn en wordt per categorie geregeld wat het basisbedrag, het minimumbedrag en het maximumbedrag van de boete is.

Met de bovenvermelde wijzigingen is de rechtszekerheid bij de boeteoplegging voldoende gewaarborgd.

2. Verhouding tot Titel 5 van de Vierde tranche van de AWB

a. Functiescheiding

Volgens de memorie van toelichting is door alle bij het wetsvoorstel betrokken marktpartijen aandacht gevraagd voor functiescheiding bij de toezichthouder. De toelichting wijst erop dat volgens artikel 5.4.2.6 van de Vierde tranche bij een bestuurlijke boete van meer dan € 340 altijd een rapport dient te worden opgemaakt en dat de overtreder altijd gehoord dient te worden³. Indien artikel 5.4.2.6 van toepassing is, geldt ingevolge het bepaalde in artikel 10:3, vierde lid, een mandaatverbod. Dit houdt in dat binnen het betrokken bestuursorgaan sprake moet zijn van een functiescheiding. De beslissing om een bestuurlijke boete op te leggen mag niet worden genomen door een ambtenaar die betrokken is geweest bij het onderzoek of het opstellen van het rapport dat aan die beslissing ten grondslag heeft gelegen, aldus de toelichting⁴. De Raad wijst er op dat functiescheiding ingevolge het voorgestelde vierde lid van artikel 10:3 van de Algemene wet bestuursrecht inhoudt dat het mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een proces-verbaal of een rapport heeft opgemaakt. Deze bepaling belet niet dat de boete wordt opgelegd door een aan dezelfde afdeling verbonden directe collega of leidinggevende van degene die rapport heeft opgemaakt van de overtreding. De Raad is van oordeel dat uit een oogpunt van rechtsbescherming in dit geval, ook gelet op de hoogte van de op te leggen boetes, zwaardere waarborgen tot functiescheiding nodig zijn. De afdeling binnen de toezichthouder die het toezicht verricht dient niet meer betrokken te zijn bij het doen van een boetevoorstel. De Raad adviseert in het wetsvoorstel deze waarborg op te nemen en het daartoe aan te passen.

b. Beboetbaarheid van individuele bestuurders en leidinggevendenden

In de memorie van toelichting wordt vermeld dat het nieuwe boetestelsel ook zal gelden voor individuele bestuurders. Daartoe wordt verwezen naar artikel 5.0.1, derde lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht. Ingevolge deze bepaling en de uitleg daarvan in de memorie van toelichting van de Aanpassingswet vierde tranche algemene wet bestuursrecht⁵ geldt voor de

¹ Het is de Raad opgevallen dat in het op internet geplaatste concept van het Boetebesluit de maximale boetes in de flexibele categorieën kunnen zijn gerelateerd aan het met de overtreding verkregen wederrechtelijke voordeel en in dat geval het maximum van 2 miljoen euro aanmerkelijk kunnen overstijgen. Het wetsvoorstel voorziet echter niet in de mogelijkheid van een nog hogere boete dan 2 miljoen euro.

² Aanwijzing 24, eerste lid, onderdeel e, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³ Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (slot artikel 5.4.2.6, eerste lid, Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).

⁴ Kamerstukken I 2006/07, 29 702, A.

⁵ Kamerstukken II 2006/07 31 124, nr. 3, blz. 26–27.

beboetbaarheid van bestuurders en leidinggevendenden de genuanceerde jurisprudentie van de Hoge Raad gevormd op grond van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht¹. De Raad adviseert in de toelichting daarom de enkele mededeling dat een beboetbaar feit zowel door rechtspersonen als door natuurlijke personen kan worden begaan, ten aanzien van de strafbaarheid van bestuurders en leidinggevendenden te nuanceren overeenkomstig hetgeen geldt op grond van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht.

c. Vrijheid toezichthouder tot bepaling van de hoogte van de boete
De verschillende toezichthouders op de financiële sector zullen de hoogte van de bestuurlijke boete dienen te bepalen aan de hand van zogenaamde «boeterichtsnoeren». Deze richtsnoeren worden in beleidsregels van de ministers van Financiën en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitgewerkt. Volgens de memorie van toelichting bepaalt de toezichthouder binnen de door de minister gegeven kaders hoe de specifieke omstandigheden van het geval het bedrag van de bestuurlijke boete beïnvloeden. De Boetenota vermeldt dat de toezichthouder bij de bepaling van de boetehoogte – binnen de maximumkaders – rekening moet houden met zaken als de mate van verwijtbaarheid van de overtredingen, de draagkracht van de onderneming, recidive, het economisch effect van de boete op de instelling en de sector en de overige omstandigheden van het geval, zoals mogelijke gevolgen van een publicatie². Deze vermelding is in overeenstemming met artikel 5.4.1.7, tweede lid, van de Vierde tranche van de Awb³.

De memorie van toelichting suggereert dat met de woorden «binnen de door de minister gegeven kaders» aan de toezichthouder – met in achtneming van de wettelijk bepaalde minima en maxima – geen vrijheid toekomt om naar beneden of boven af te wijken van de bij wijze van richtsnoer bepaalde hoogte van de boetes, terwijl de Vierde tranche Awb en ook de Boetenota daarvan wel uitgaan. De Raad adviseert de memorie van toelichting in overeenstemming met het vermelde in de Boetenota te verduidelijken.

2. Verhouding tot Titel 5 van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

a. functiescheiding

Het wetsvoorstel Wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II, 2003–2004, 29 702, nr. 2) regelt een nieuwe algemene functiescheiding. Deze regeling behelst dat indien het voornemen bestaat om een bestuurlijke boete op te leggen die hoger is dan € 340,- een mandaatverbod geldt. Dit mandaatverbod houdt in dat de ambtenaar die bij het onderzoek naar de gedraging of bij het opstellen van een rapport over de gedraging betrokken was, niet meer betrokken mag zijn bij de beslissing om een bestuurlijke boete op te leggen. In de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 2) worden in diverse wetten bepalingen met de strekking dat de werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete en in verband met het onderzoeken van een gedraging door andere personen worden verricht, vervangen door een verwijzing naar de artikelen 5.4.2.6 en 10:3 van de Awb.

De Raad stelt in zijn advies dat er zwaardere waarborgen tot de functiescheiding moeten worden opgenomen dan die welke voortvloeien uit de vierde tranche Algemene wet bestuursrecht. De Raad adviseert onder meer om te regelen dat de afdeling waar de ambtenaar die het onderzoek uitvoert of die het rapport opstelt, niet betrokken mag zijn bij de beslissing om een bestuurlijke boete op te leggen. In de praktijk zullen de toezichthouders, de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), hun processen zo inrichten dat hieraan wordt voldaan. Immers, indien een door een toezichthouder vastgesteld boetebesluit wordt aangevochten, zal die toezichthouder moeten kunnen aantonen dat aan de verplichting tot functiescheiding is voldaan. Het is echter niet wenselijk om de toezichthouders tot een bepaald organisatorisch model te dwingen. Het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is op dit punt helder: ingeval de op te leggen bestuurlijke boete hoger is € 340,- dient er sprake te zijn van functiescheiding. Het is aan de toezichthouders om hier in de praktijk invulling aan te geven.

¹ Zie onder andere HR 20 november 1984, NJ 1985, 355 en HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 en 322.

² Boetestelsel in financiële wetgeving, Kamerstukken II 30 125, nr. 2, blz. 12.

³ Dit artikellid luidt: 2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is bepaald, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

b. beboetbaarheid van individuele bestuurders en leidinggevendenden
De Raad adviseert om de toelichting betreffende de beboetbaarheid van individuele bestuurders en leidinggevendenden te nuanceren aan de hand van de jurisprudentie van de Hoge Raad, gevormd op basis van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht. Aan dit advies wordt tegemoet gekomen.

c. vrijheid toezichthouder tot bepaling van de hoogte van de boete
Conform het advies van de Raad is een verduidelijking aangebracht in de memorie van toelichting betreffende de vrijheid van de toezichthouder tot bepaling van de hoogte van de bestuurlijke boete. In lijn met het in wetsvoorstel Wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht opgenomen artikel 5.4.1.7, tweede lid, en de nota Boetestelsel in financiële wetgeving¹ zal de toezichthouder rekening dienen te houden met de omstandigheden van het geval binnen de wettelijk gegeven maximum- en minimumkaders.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Financiën,
W. J. Bos

¹ Boetestelsel in financiële wetgeving, Kamerstukken II 2004–2005, 30 125, nr. 2, blz. 12.