



Boetetoemetingsbeleid AFM 2021

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten om de volgende beleidsregel vast te stellen met betrekking tot het bepalen van de hoogte van bestuurlijke boetes die worden opgelegd wegens overtreding van de bepalingen die zijn genoemd in paragraaf 2 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs), hoofdstuk 10 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit Pw en Wvb), onderdeel b van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en bijlage 2 bij het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten:

Artikel 1 – Definities

In deze beleidsregel wordt verstaan onder:

- omzetgerelateerde boete*: boete van ten hoogste een bij wet vastgesteld percentage van de netto-omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit;
- recidive*: de omstandigheid dat ten tijde van het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verstreken sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding;
- verkregen voordeel*: de inkomsten die de overtreder door de verboden gedraging heeft ontvangen minus door hem gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de overtreding, alsook door de overtreding vermeden verliezen of door de overtreding voorkomen kosten;
- voordeelgerelateerde boete*: boete van ten hoogste een bij wet vastgesteld aantal maal het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen;
- wettelijk basisbedrag*: het wettelijk vastgestelde basisbedrag van de boete, in de categorie 1, 2 of 3.

Artikel 2 – Wettelijke boeteregimes

In deze beleidsregel worden de volgende drie wettelijk vastgelegde boeteregimes onderscheiden:

- 1) het regime van de boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag;
- 2) het regime van de voordeelgerelateerde boete; en
- 3) het regime van de omzetgerelateerde boete.

Het beleid ten aanzien van elk van deze regimes wordt hieronder uiteengezet.

Artikel 3 – Beleid regime 1 (boete op basis van een wettelijk basisbedrag)

3.1 Inleiding

Overtredingen waarvoor wettelijke basisbedragen gelden, heeft de wetgever ingedeeld in drie categorieën. Voor overtredingen van categorie 1 (de laagste) geldt in beginsel een vast bedrag. Voor de categorieën 2 en 3 geldt een flexibele boetesystematiek. Het stappenplan dat hieronder wordt uiteengezet, geldt voor boetes van de categorieën 2 en 3. Bij elke stap wordt aan het einde aangegeven of deze ook geldt voor boetes van categorie 1.

3.2 Stappenplan: van wettelijk basisbedrag naar boetebedrag

Stap 1 – Ernst en duur overtreding

In de regelgeving is vastgesteld dat het basisbedrag wordt verhoogd of verlaagd met maximaal 50% op grond van de ernst en/of duur van de overtreding. De AFM past deze verhoging of verlaging toe in stappen van 25%. De AFM houdt hierbij rekening met de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder a tot en met d, van het Bbbfs. Voor zover van toepassing en van belang, kan de AFM meer specifiek rekening houden met de volgende omstandigheden:

- de mate van benadeling/schade voor derden (zoals consumenten, cliënten, beleggers of pensioen-deelnemers);
- het door de overtreding verkregen voordeel, waaronder ook begrepen bespaarde kosten en vermeden verliezen;
- de maatschappelijke impact van de overtreding;
- de omvang van de overtreding (waarbij het bijvoorbeeld gaat om het onderliggende financieel belang, het aantal betrokken personen, het aantal dossiers of het al dan niet structurele karakter van een overtreding);
- de mate waarin de norm is geschonden;



- de mate waarin door de overtreding de stabiliteit en/of integriteit van de onderneming van de overtreder in het geding is gekomen;
 - de mate waarin de overtreding heeft geleid tot van marktverstoring (zoals concurrentievervalsing, verstoring *level playing field* of geschaad vertrouwen in de markt); en
 - de gevolgen van de overtreding voor het financieel stelsel.
- Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 2 – Mate van verwijtbaarheid

In de regelgeving is vastgesteld dat het basisbedrag wordt verhoogd of verlaagd met maximaal 50% op grond van de mate waarin de overtreding de overtreder is te verwijten. De AFM past deze verhoging of verlaging toe in stappen van 25%. De AFM houdt hierbij rekening met de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder e en f, van het Bbbfs. Voor zover van toepassing en van belang, kan de AFM meer specifiek rekening houden met de volgende omstandigheden:

- eerder door de overtreder begane overtredingen van normen van gelijke of vergelijkbare strekking;¹
- de mate waarin de overtreder geacht moet worden op de hoogte te zijn geweest van de invulling van de norm door de AFM (bijvoorbeeld door verstrekte *guidance*, een eerder gegeven waarschuwing of gepubliceerde sancties jegens derde partijen);
- de mate waarin de overtreding voortvloeit uit of inherent is aan een vaste werkwijze of het bedrijfsmodel van de overtreder;
- de mate waarin de bedrijfscultuur heeft bijgedragen aan de overtreding; en
- de mate waarin de overtreding met opzet is begaan (voorbeeldvragen: heeft de overtreding zich voorgedaan ondanks serieuze inspanningen om deze te voorkomen, is bewust het risico genomen dat de overtreding zich zou voordoen, is de overtreding willens en wetens begaan?).

In gevallen waarin de ernst en duur van de overtreding (stap 1) en de mate van verwijtbaarheid (stap 2) sterke overlap vertonen, kan de AFM ervoor kiezen om beide stappen gezamenlijk te nemen en op basis daarvan het basisbedrag te verhogen of te verlagen in stappen van 25%. Bijvoorbeeld: een verlaging met 25% in verband met zowel een mindere ernst als een geringere verwijtbaarheid. Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 3 – Recidive

In de regelgeving is de verplichting opgenomen om het bedrag van de boete, na toepassing van de stappen 1 en 2, te verdubbelen 'indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding'.

In voorkomend geval wordt deze verdubbeling toegepast. Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1.

Stap 4 – Omvangtabel

Bij het bepalen van de hoogte van de boete houdt de AFM rekening met de omvang van de te beboeten onderneming dan wel het vermogen van de natuurlijk persoon, conform onderstaande omvangtabel. Het percentage uit de omvangtabel wordt toegepast op het bedrag dat is vastgesteld na het nemen van de stappen 1, 2 en 3.

¹ Als sprake is van recidive in de zin van de wet, dan wordt de eerdere overtreding niet meegewogen in het kader van de verwijtbaarheid, maar in het kader van stap 3 hieronder (recidive).



Overtreder	Percentage boete
Onderneming¹	
Netto-jaaromzet vanaf € 50.000.000 of balanstotaal vanaf € 25.000.000	100%
Netto-jaaromzet minimaal € 35.000.000 of balanstotaal minimaal € 17.500.000	80%
Netto-jaaromzet minimaal € 20.000.000 of balanstotaal minimaal € 10.000.000	60%
Netto-jaaromzet minimaal € 9.000.000 of balanstotaal minimaal € 4.500.000	40%
Netto-jaaromzet minimaal € 3.000.000 of balanstotaal minimaal € 1.500.000	20%
Netto-jaaromzet minimaal € 1.000.000 of balanstotaal minimaal € 500.000	10%
Netto-jaaromzet minder dan € 1.000.000 en balanstotaal minder dan € 500.000	5%
Natuurlijk persoon²	
Vermogen vanaf € 5.000.000	50-100% ³
Vermogen tussen € 2.000.000 en € 5.000.000	30%
Vermogen tussen € 1.000.000 en € 2.000.000	20%
Vermogen tussen € 500.000 en € 1.000.000	10%
Vermogen minder dan € 500.000	5%

¹ Het gaat hierbij om de omzet in het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit en het balanstotaal aan het eind van het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit. Het criterium waarmee de onderneming in de hoogste delingsfactor terecht komt, is steeds doorslaggevend. Ofwel: de tabel wordt gevolgd van boven naar onder, totdat wordt voldaan aan één of beide criteria.

² Het gaat hierbij om het vermogen aan het eind van het boekjaar voorafgaand aan het boetebesluit.

³ Uitgangspunt is 50%, de AFM kan in voorkomend geval hiervan gemotiveerd afwijken en komen tot maximaal 100%.

Als de voor toepassing van de omvangtabel benodigde financiële gegevens niet beschikbaar zijn, probeert de AFM hiervan een schatting te maken. Is ook een reële schatting niet mogelijk, dan wordt de overtreder ingedeeld in de hoogste categorie van de tabel.

In de gevallen dat de netto-jaaromzet en/of het balanstotaal klaarblijkelijk geen juist beeld geven van de omvang van de onderneming, kan de AFM de onderneming indelen in de naast hogere of naast lagere categorie uit de tabel. Hetzelfde geldt wanneer het vermogen van een natuurlijk persoon klaarblijkelijk geen juist beeld geeft van zijn of haar financiële positie.

Indien de bestuurlijke boete wordt opgelegd aan een onderneming die opgenomen is in een groep met een geconsolideerde jaarrekening, worden bij de berekening van de omvang de totaalbedragen gehanteerd uit de geconsolideerde jaarrekening van de uiteindelijke moederonderneming. Deze stap geldt niet voor boetes van categorie 1.

Stap 5 – Passendheidstoets

Het op basis van de voorgaande stappen vastgestelde boetebedrag kan door de AFM worden verlaagd op grond van overige omstandigheden van het geval, met inachtneming van onderstaande uitgangspunten:

1. Opstelling van de overtreder

In veel zaken kan van belang zijn op welke wijze de overtreder zich opstelt. In dit verband houdt de AFM rekening met:

- de mate waarin de overtreder meewerkt bij het vaststellen van de overtreding;
- maatregelen die de overtreder na de overtreding heeft genomen om herhaling van de overtreding te voorkomen.²

Meer specifiek spelen voor de AFM – voor zover van toepassing en van belang – de volgende vragen een rol:

- Heeft de overtreder, voordat hij bekend was met een onderzoek door de AFM, uit eigen beweging concrete en specifieke maatregelen getroffen ter beëindiging van de overtreding?
- Heeft de overtreder uit eigen beweging en onverplicht de overtreding aan de AFM gemeld?
- Heeft de overtreder meegewerkt aan het onderzoek, niet alleen door vragen te beantwoorden, maar ook door zelf de overtreding, inclusief oorzaken en gevolgen daarvan, adequaat te analyseren en de uitkomsten daarvan met de AFM te delen?
- Heeft de overtreder uit eigen beweging de gevolgen van de overtreding zo veel en zo snel mogelijk ongedaan gemaakt? Heeft hij bijvoorbeeld betrokkenen uit eigen beweging ingelicht over de overtreding en zo nodig schadeloos gesteld?

2. Cumulatie van boetes

Indien sprake is van te onderscheiden, maar wel met elkaar samenhangende overtredingen waarvoor twee of meer afzonderlijke boetes worden opgelegd, beoordeelt de AFM of het totale bedrag aan boetes dat voor de samenhangende overtredingen wordt opgelegd passend is. De AFM hanteert hierbij de volgende uitgangspunten:

² Deze omstandigheden worden specifiek genoemd in artikel 1b, onder g en h, van het Bbbfs.



- De AFM stelt aan de hand van de stappen 1 tot en met 4 per afzonderlijke overtreding een boetebedrag vast. De vastgestelde boetebedragen worden vervolgens in totaliteit bezien. Indien het totaalbedrag aan boetes, gelet op het geheel aan samenhangende gedragingen, als niet-passend wordt beoordeeld, laat de AFM de hoogste boete in stand en verlaagt de AFM de overige boete(s) zodanig dat het totaal aan boetes gelet op de samenhangende overtredingen passend is.
 - Indien een enig of grootaandeelhouder als feitelijk leidinggever wordt beboet naast de onderneming zelf, kan de feitelijk leidinggever door het totaal aan boetes mogelijk onevenredig in zijn vermogen worden geraakt. In dat geval zal de hoogte van de boete voor de feitelijk leidinggever in deze stap met in beginsel maximaal een derde worden verlaagd.
3. *Evenredigheid algemeen*
Tot slot kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die in het voorgaande niet zijn betrokken, maar in het kader van de evenredigheid van de hoogte van de boete in een specifiek geval wel relevant zijn. De AFM kan de boete (verder) verlagen op grond van een of meer omstandigheden uit deze 'restcategorie'.

In gevallen waarin de omstandigheden genoemd onder 1 tot en met 3 samenhang vertonen, kan de AFM ervoor kiezen om de boete te verlagen met één percentage of één bedrag voor het geheel. Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1. Daarbij houdt de AFM bovendien – voor zover nog relevant – rekening met de omstandigheden genoemd in artikel 1 van het Bbbfs.

Stap 6 – Voordeel als ondergrens

Indien de AFM kan vaststellen of met enige mate van nauwkeurigheid kan schatten welk voordeel de overtreder door de overtreding heeft verkregen en het na stap 5 vastgestelde bedrag lager is dan het bedrag van het voordeel, verhoogt de AFM het boetebedrag tot ten minste het bedrag van het verkregen voordeel.

Stap 7 – Draagkracht

Indien aannemelijk is dat het op grond van de vorige stappen vastgestelde boetebedrag de draagkracht van de overtreder overstijgt, gaat de AFM in beginsel over tot matiging van de boete tot een bedrag dat de overtreder redelijkerwijs geacht moet worden te kunnen voldoen, zo nodig met het aangaan van een betalingsregeling. Uitgangspunt hierbij is dat de overtreder met een betalingsregeling van maximaal twee jaar de boete moet kunnen voldoen. Het is aan de overtreder om inzicht te geven in zijn draagkracht, aan de hand van een door de AFM bij het boetevoornemen gevoegd draagkrachtformulier.

Er kunnen redenen zijn om in afwijking van het bovenstaande over te gaan tot het opleggen van boete die de draagkracht van de overtreder te boven gaat. De AFM gaat niet over tot een (volledige) matiging van de boete op grond van draagkracht, in bijvoorbeeld de volgende gevallen:

- Het bedrag van het met de overtreding behaalde voordeel (zie stap 6) overstijgt de draagkracht van de overtreder. Uitgangspunt blijft dat het bedrag van het voordeel geldt als het minimale boetebedrag;
- De overtreding is dermate ernstig en/of verwijtbaar dat een boete onder een bepaald bedrag geen passende reactie meer zou opleveren;
- De overtreder heeft in de periode tussen de overtreding en boeteoplegging onverplicht gelden uitgekeerd (zoals dividenden). Met een gebrek aan draagkracht dat daardoor is ontstaan, wordt geen rekening gehouden.

In beginsel matigt de AFM boetes van de categorieën 2 en 3 niet verder dan tot een bedrag van € 10.000 voor rechtspersonen en een bedrag van € 5.000 voor natuurlijke personen. Indien gelet op de specifieke omstandigheden van het geval een boete van dit beleidsmatige minimum nog onevenredig hoog zou zijn, gaat de AFM over tot verdergaande matiging. Deze stap geldt ook voor boetes van categorie 1.

Afsluitend

Vastgestelde boetes worden als volgt naar beneden afgerond:

- boetes tot € 1.000.000 op een veelvoud van € 1.000;
- boetes tussen € 1.000.000 en € 5.000.000 op een veelvoud van € 10.000;
- boetes vanaf € 5.000.000 op een veelvoud van € 50.000.

Artikel 4 – Beleid regime 2 (voordeelgerelateerde boete)

Het opleggen van een voordeelgerelateerde boete, in plaats van een boete vanuit een wettelijk



basisbedrag, is in de wet- en regelgeving opgenomen als een keuze.³ De AFM kiest voor toepassing van dit regime:

- indien het met de overtreding behaalde voordeel door de AFM kan worden vastgesteld of met enige mate van nauwkeurigheid kan worden geschat; en
- het (vastgestelde of geschatte) behaalde voordeel meer bedraagt dan 50% van het voor de overtreding geldende wettelijke basisbedrag; en
- toepassing van dit regime leidt tot een hoger boetebedrag dan toepassing van regime 1 (boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag).

Indien een voordeelgerelateerde boete wordt opgelegd, wordt de hoogte van de boete als volgt vastgesteld:

Uitgangspunt beleid – verhoging boetebedrag met verkregen voordeel

In beginsel wordt de boete berekend aan de hand van het stappenplan van artikel 3.2, met uitzondering van stap 6. Deze stap luidt in dat geval:

Stap 6 – Verhoging met bedrag behaalde voordeel

De AFM verhoogt het na stap 5 vastgestelde boetebedrag met het bedrag van het door de overtreding verkregen voordeel.⁴

Uitzondering zwaarste zaken

Indien bovenstaande wijze van verhoging geen passende bestraffing zou toelaten, stelt de AFM de boete vast op ten hoogste het wettelijk vastgestelde maximaal aantal malen het bedrag van het verkregen voordeel.

Artikel 5 – Beleid regime 3 (omzetgerelateerde boete)

Artikel 5.1 – Omzetgerelateerde boete als enige optie

In zaken waarin de wet de omzetgerelateerde boete dwingend voorschrijft, geldt het volgende beleid:

Uitgangspunt beleid – toepassing wettelijk basisbedrag plus stappenplan

Bij het vaststellen van de omzetgerelateerde boete wordt beleidsmatig in principe de boete berekend op dezelfde wijze als beschreven in artikel 3. Vanuit het wettelijke basisbedrag, zoals dat geldt voor 'kleinere ondernemingen' en natuurlijke personen, wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Zwaardere zaken – gewogen omzet

De AFM wijkt af van bovenstaand uitgangspunt indien toepassing hiervan in het concrete geval geen passende bestraffing zou toelaten, gelet op de ernst en/of duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en/of overige omstandigheden van het geval. Hierbij is te denken aan overtredingen die:

- de ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen of een zorgvuldige behandeling van cliënten direct bedreigen;
- grootschalig en structureel van karakter zijn;
- een directe aantasting zijn van de integriteit van de financiële sector; of
- leiden tot maatschappelijke onrust.

Anders benaderd, kan gedacht worden aan zaken waarbij een boete ter hoogte van het basisbedrag, verhoogd met 50% wegens de ernst van de overtreding en/of de mate van verwijtbaarheid, niet zou volstaan.

In deze gevallen wordt beleidsmatig een basisbedrag gehanteerd, gebaseerd op een 'gewogen omzet' van de onderneming. De gewogen omzet wordt als volgt berekend:

- a. de netto-jaaronzet tot € 250.000.000 telt voor 100% mee;
- b. de netto-jaaronzet tussen € 250.000.000 en € 1.000.000.000 telt voor 20% mee; en
- c. de netto-jaaronzet boven € 1.000.000.000 telt voor 2% mee.

Het beleidsmatige basisbedrag wordt vervolgens berekend met de formule:

Basisbedrag = gewogen omzet × voor de overtreding geldende maximale boetepercentage × 0,25.

³ In enkele gevallen geldt hierbij een wettelijk minimumbedrag aan behaald voordeel.

⁴ Als maximum van de boete (na doorlopen stappenplan met aangepaste stap 6) geldt hierbij het wettelijk vastgestelde maximaal aantal malen het bedrag van het verkregen voordeel.



Het beleidsmatige basisbedrag wordt afgerond op een veelvoud van € 10.000. Als minimum voor het beleidsmatige basisbedrag geldt het aan de overtreding gekoppelde wettelijke basisbedrag. Vanuit dit beleidsmatig vastgestelde basisbedrag wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Zwaarste zaken

Als ook een boete op basis van de gewogen omzet (zie 'zwaardere zaken') geen passende bestraffing zou toelaten, stelt de AFM zonder berekening van enig basisbedrag de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het voor de desbetreffende overtreding geldende maximumbedrag.

Schematisch laat het bovenstaande zich als volgt weergeven:

Hoofdregeel	Analoge toepassing wettelijk basisbedrag, daarna doorlopen van het stappenplan
Zwaardere zaken	Beleidsmatig basisbedrag dat wordt berekend op grond van gewogen omzet, daarna doorlopen van het stappenplan
Zwaarste zaken	Geen basisbedrag, de boete wordt vastgesteld op ten hoogste het wettelijk maximum

Artikel 5.2 – Omzetgerelateerde boete als een van de opties

In zaken waarin de wet de omzetgerelateerde boete als een van de opties geeft, geldt het bovenstaande beleid in beginsel eveneens. De AFM kan er echter dan ook voor kiezen om in plaats van een omzetgerelateerde boete een voordeelgerelateerde boete op te leggen, naar analogie met de uitgangspunten van artikel 4 van dit beleid.

Artikel 6 – Slotbepalingen

Artikel 6.1 – Intrekking bestaande beleidsregel

Het boetetoemingsbeleid van de AFM met bijbehorend matigingsbeleid uit september 2009 (laatstelijk aangepast in maart 2015) wordt ingetrokken.

Artikel 6.2 – Bekendmaking en inwerkingtreding

Deze beleidsregel zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst en treedt in werking met ingang van 1 juli 2021.

Artikel 6.3 – Overgangsregeling

Op overtredingen die zijn begaan of zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van deze beleidsregel blijft het voormalige boetetoemingsbeleid van toepassing, indien dat voor de overtreder gunstiger is.

Artikel 6.4 – Citeertitel

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Boetetoemingsbeleid AFM 2021.

Amsterdam, 18 mei 2021

*Stichting Autoriteit Financiële Markten
L.B.J. van Geest,
voorzitter*

*H.L. van Beusekom,
bestuurder*



TOELICHTING

1. Inleiding

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is een onafhankelijke toezichthouder, belast met wettelijk toezicht op de financiële markten: op sparen, beleggen, verzekeren, lenen, pensioenen, kapitaalmarkten, asset management, accountantsorganisaties en verslaggeving. De AFM beschikt over verschillende handhavingsbevoegdheden, waaronder het opleggen van bestuurlijke boetes. De wijze waarop de AFM de hoogte van een bestuurlijke boete vaststelt, is vastgelegd in het Boetetoemingsbeleid AFM 2021. Dit beleid vervangt het – aanvankelijk voor intern gebruik opgestelde – Boetetoemingsbeleid AFM uit 2009, dat voor het laatst is aangepast in maart 2015 en medio 2017 is gepubliceerd.

In deze toelichting worden enkele achtergronden belicht van het Boetetoemingsbeleid AFM 2021 (hierna ook: boetetoemingsbeleid of beleid) en bepaalde keuzes uitgelegd.

2. Doel en reikwijdte boetetoemingsbeleid

Het doel van het boetetoemingsbeleid is tweeledig, namelijk:

- om in elke afzonderlijke zaak te komen tot een boete waarvan de hoogte, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, evenredig is; en
- om op voorhand zoveel mogelijk transparantie te geven over de wijze waarop de hoogte van de boete wordt vastgesteld.

Het boetetoemingsbeleid ziet op vrijwel alle bestuurlijke boetes die de AFM oplegt. Het beleid ziet niet op boetes die worden opgelegd wegens overtreding van de bepalingen die zijn genoemd in onderdeel a van de bijlage bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc). De reden hiervan is dat voor deze boetes een afwijkend regime geldt (zie artikel 2.15 Whc). Het beleid is wel van toepassing op boetes die worden opgelegd wegens overtreding van bepalingen uit onderdeel b van de bijlage bij de Whc. Via artikel 3.4, vijfde lid, Whc is artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) hierop van toepassing.

3. Stappenplan

Het boetetoemingsbeleid legt het AFM-beleid neer ten aanzien van drie wettelijk vastgelegde boeteregimes:

- het regime van de boete gebaseerd op een wettelijk basisbedrag;
- het regime van de voordeelgerelateerde boete; en
- het regime van de omzetgerelateerde boete.

Het boetetoemingsbeleid omschrijft welke stappen worden doorlopen om de hoogte van de boete te bepalen. Dit stappenplan is deels of geheel van toepassing op alle drie wettelijk vastgelegde boeteregimes. Hieronder volgt een toelichting op enkele van de zeven in het beleid beschreven stappen.

Ernst/duur overtreding en mate van verwijtbaarheid (stap 1)

In de stappen 1 en 2 van het stappenplan worden omstandigheden genoemd die voor de AFM relevant kunnen zijn voor het bepalen van de ernst en duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. De AFM benadrukt dat zij met deze opsomming geen verplichting op zich neemt om in iedere zaak alle omstandigheden stap voor stap te doorlopen. Het doel van de opsomming is vooral erin gelegen om meer kleuring en duiding te geven aan de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 1b, aanhef en onder a tot en met f, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs).

Omvangtabel (stap 4)

Stap 4 van het stappenplan bevat een omvangtabel. Voor het bepalen van de omvang van ondernemingen is hierbij gekozen voor een combinatie van twee criteria: netto-jaaromzet en balanstotaal. Het criterium waarmee de onderneming in de hoogste categorie (hoogste percentage) terecht komt is doorslaggevend. De netto-jaaromzet als criterium ligt in de rede, omdat dit in lijn is met het regime van de omzetgerelateerde boete dat geldt voor grotere ondernemingen bij boetes van categorie 3. Daarnaast is het balanstotaal een indicatie voor de omvang van een onderneming, blijkens bijvoorbeeld de jaarverslaggevingsregels uit het Burgerlijk Wetboek (Boek 2, titel 9, afdeling 11).

Anders dan in de voormalige omvangtabel, wordt in de nieuwe tabel geen onderscheid gemaakt naar soort onderneming. Hierdoor ontstaat een meer eenduidige en uniforme manier om de omvang van



ondernemingen vast te stellen. Een andere wijziging is dat de nieuwe tabel zeven categorieën kent met percentages tussen 5 en 100, in plaats van de vier categorieën uit de voormalige tabel. Hierdoor ontstaat een meer graduele indeling. Daarnaast zijn er grensbedragen aangepast, zowel voor ondernemingen (voor zover te vergelijken met de grensbedragen uit de voormalige tabel) als voor natuurlijke personen.

Ten aanzien van natuurlijke personen is een belangrijke wijziging dat de hoogste categorie is teruggebracht tot in beginsel 50%. Dit om disproportioneel hoge boetes te voorkomen, ook voor personen voor wie draagkracht geen rol speelt. Een hoger percentage (tot 100%) is tegelijkertijd niet uitgesloten, om uitdrukkelijk de optie open te houden om in voorkomend geval ook voor natuurlijke personen te komen tot het wettelijk maximum.

De AFM bepaalt de omvang van de onderneming dan wel het vermogen van de natuurlijke persoon in beginsel op basis van gegevens die de belanghebbende zelf heeft aangeleverd. Bij het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt de belanghebbende in de gelegenheid gesteld om financiële gegevens aan de AFM te verstrekken die hiertoe noodzakelijk zijn. Mochten de benodigde gegevens uitblijven of onvolledig zijn, dan kan de AFM zich ook baseren op overige bij haar bekende gegevens of gegevens uit openbare bronnen, zoals bij het handelsregister gedeponeerde jaarstukken.

Onder het vermogen van een natuurlijk persoon wordt verstaan: de waarde van de bezittingen minus de schulden. Uit de vragen die worden gesteld in het draagkrachtformulier blijkt welke gegevens voor de AFM van belang zijn ter vaststelling van het vermogen van de natuurlijke persoon.

Passendheidstoets (stap 5)

Stap 5 ziet op overige omstandigheden van het geval, die aanleiding kunnen zijn voor een verlaging van de boete. De twee genoemde factoren onder 'opstelling van de overtreder' (medewerking aan vaststellen overtreding en maatregelen ter voorkoming van herhaling) komen uit artikel 1b, onder g en h, van het Bbbfs. Met een nadere uitwerking van die omstandigheden in het beleid wil de AFM partijen uitdrukkelijk stimuleren om bijvoorbeeld hun overtreding aan de AFM te melden, de gevolgen van hun overtreding te ondervangen en herhaling te voorkomen. Om in aanmerking te komen voor een verlaging is het noodzakelijk dat de overtreder gemotiveerd uiteenzet wat hij hiertoe heeft ondernomen en wat het resultaat ervan is. Overkoepelend hierbij is ook van belang in hoeverre de overtreder daarmee méér heeft gedaan dan op grond van de wet al van hem mocht worden verwacht. Omdat over het algemeen de beoordeling in hoge mate casuïstisch is, stelt de AFM in het beleid geen percentages vast waarmee de boete kan worden verlaagd op grond van de opstelling van de overtreder. De ervaring leert dat verlagingen met meer dan 30% uitzonderlijk zijn. Tegelijkertijd is een verdere verlaging niet uitgesloten, mede gelet op artikel 4, tweede lid, van het Bbbfs, dat voorziet in een verlaging van de boete met maximaal 100% om redenen van medewerking en maatregelen ter voorkoming van herhaling.

Draagkracht (stap 7)

In stap 7 van het stappenplan wordt ingegaan op eventuele verlaging van de boete op gronden van draagkracht van de overtreder. Bij het vaststellen van de hoogte van de boete dient de AFM rekening te houden met de draagkracht van de overtreder (zie bijvoorbeeld artikel 4, eerste lid, van het Bbbfs). Ter bepaling hiervan wordt bij het boetevoornemen een 'draagkrachtformulier' gevoegd, dat ingevuld en voorzien van bijlagen kan worden geretourneerd. De AFM benadrukt dat het aan de (vermeende) overtreder is om hiermee een actueel en volledig inzicht in zijn financiële situatie te geven.

In dit verband wijst de AFM voorts erop dat er geen verplichting bestaat om per definitie doorslaggevende betekenis toe te kennen aan een gebrek aan draagkracht van de overtreder. In stap 7 worden enkele voorbeelden gegeven van situaties waarin de AFM kan overgaan tot het opleggen van een boete die de draagkracht van de overtreder overstijgt.

4. Begrip verkregen voordeel

Op verschillende plaatsen in het beleid wordt gesproken over het door de overtreding verkregen voordeel. In het beleid is 'verkregen voordeel' gedefinieerd als: *"De inkomsten die de overtreder door de verboden gedraging heeft ontvangen minus door hem gemaakte kosten die in directe relatie staan tot de overtreding, alsook door de overtreding vermeden verliezen of door de overtreding voorkomen kosten."* In lijn met bestaande jurisprudentie, licht de AFM deze definitie als volgt toe:

- Slechts de kosten die in directe relatie staan tot de overtreding, gelden als kosten die voor aftrek in aanmerking komen. Het is aan de overtreder om – gemotiveerd en met specificatie van de desbetreffende posten – aan te tonen dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt;



- De opgevoerde kosten dienen te kunnen worden afgeleid uit bewijsstukken, die (afzonderlijk of in samenhang gezien) verifieerbaar en voldoende betrouwbaar zijn;
- Ook bespaarde kosten zijn aan te merken als voordeel;
- In beginsel zal worden uitgegaan van het verkregen voordeel voor belastingen.

5. Voordeelgerelateerde boete

In veel gevallen kan de AFM ervoor kiezen om een voordeelgerelateerde boete op te leggen. Artikel 4 van het beleid beschrijft onder welke omstandigheden hiervoor wordt gekozen en hoe het boetebedrag dan wordt vastgesteld. Als uitgangspunt geldt dat voor een voordeelgerelateerde boete wordt gekozen indien toepassing van 'regime 1' (gebaseerd op wettelijk basisbedrag), gelet op de omvang van het behaalde voordeel, niet tot een passende bestraffing zou leiden. Beleidsmatig is ervoor gekozen om hiervan uit te gaan indien het voordeel meer bedraagt dan 50% van het geldende basisbedrag. In lijn met genoemd uitgangspunt wordt in het beleid voorts geëxpliciteerd dat de AFM alleen kiest voor de voordeelgerelateerde boete indien dit leidt tot een hoger boetebedrag dan toepassing van het regime dat is gebaseerd op het wettelijke basisbedrag. Dat is weliswaar in de regel, maar niet per definitie het geval.

Voor de berekening van het boetebedrag wordt in beginsel het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, zij het dat het na stap 5 vastgestelde boetebedrag wordt verhoogd met het bedrag van het door de overtreding verkregen voordeel. Hierdoor omvat de boete expliciet een element van voordeelsontneming, naast het punitieve element. Om te voorkomen dat het verkregen voordeel dubbel in het boetebedrag wordt verdisconteerd, wordt in die gevallen bij het vaststellen van de ernst en duur van de overtreding (stap 1) de omvang van het voordeel buiten beschouwing gelaten.

Van bovenstaand beleid kan worden afgeweken wanneer de AFM in het licht van alle omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat (ook) toepassing daarvan niet tot een passende bestraffing zou leiden. In die gevallen stelt de AFM de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het voor de desbetreffende overtreding geldende maximumbedrag onder 'regime 2'.

6. Omzetgerelateerde boete

Inleiding

Een aantal wetten waarop dit beleid betrekking heeft, voorziet in de verplichting dan wel mogelijkheid tot het opleggen van een boete van ten hoogste een bepaald percentage van de netto-jaaromzet van de overtreder (omzetgerelateerde boete). Ten aanzien van overtredingen van categorie 3 is in die gevallen geen sprake van een keuze, maar is dit het dwingend voorgeschreven boeteregime. Waar ten aanzien van boetes van categorie 2 wordt voorzien in een omzetgerelateerde boete, heeft de AFM wel een keuze.⁵ Beleidsmatig past de AFM in die gevallen het regime van de omzetgerelateerde boete toe, zoals beschreven in artikel 5.1 van het beleid. Indien dit, gelet op de omvang van het met de overtreding behaalde voordeel, niet zou leiden tot een passende bestraffing, kan de AFM in deze gevallen echter in plaats daarvan het regime van de voordeelgerelateerde boete toepassen. Dit is opgenomen in artikel 5.2 juncto artikel 4 van het beleid.

Uitgangspunt beleid

Waar het omzetgerelateerde boeteregime van toepassing is, geeft de wet- en regelgeving uitsluitend een maximumbedrag van de boete. Meer dan bij toepasselijkheid van een wettelijk basisbedrag, is voor de overtreder daarom onduidelijk welke boete hem zou kunnen worden opgelegd. Het boetetoemingsbeleid geeft transparantie op dit punt. Als uitgangspunt geldt dat de boete wordt berekend op dezelfde wijze als beschreven in artikel 3 van het beleid. Vanuit het wettelijke basisbedrag, zoals dat geldt voor 'kleinere ondernemingen' en natuurlijke personen, wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen,⁶ waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden.

Beleid zwaardere zaken

Voor de categorie 'zwaardere zaken' wordt beleidsmatig een basisbedrag berekend op grond van een 'gewogen omzet' van de onderneming. Er is gekozen voor een systematiek met een gewogen omzet in plaats van een lineair systeem, om te voorkomen dat een zeer grote onderneming voor eenzelfde

⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 1:82, tweede lid, sub b, Wft en artikel 10, vijfde lid, van het Bbbfs.

⁶ Dat is in deze gevallen niet gebaseerd op een wettelijke verplichting (zie artikel 3a van het Bbbfs), maar een beleidsmatige keuze.



overtreding een buitenproportioneel hogere boete opgelegd zou krijgen dan een onderneming van geringere omvang. De formule voor de berekening van het beleidsmatige basisbedrag luidt: Basisbedrag = gewogen omzet x voor de overtreding geldende maximale boetepercentage x 0,25. Een voorbeeld ter illustratie: een onderneming met een netto-jaaromzet van € 4 miljard wordt beboet wegens een overtreding waarop een boete staat van maximaal 10% van de netto-jaaromzet. De gewogen omzet is: € 250.000.000 + € 150.000.000 + € 60.000.000 = € 460.000.000. Dit leidt tot een beleidsmatig basisbedrag van € 460.000.000 x 10% x 0,25 = € 11.500.000.

Daarna wordt het stappenplan van artikel 3.2 doorlopen, waarbij in stap 4 altijd 100% van het boetebedrag wordt aangehouden. Het uiteindelijke bedrag van de boete kan na het doorlopen van het stappenplan niet hoger zijn dan het maximumpercentage dat in de wet- en regelgeving is bepaald, ook niet in geval van recidive.

Beleid zwaarste zaken

Tot slot houdt de AFM ruimte om in voorkomend geval boetes op te leggen tot aan het wettelijk vastgestelde maximum (over het algemeen 10% van de netto-jaaromzet). Daartoe is er de categorie 'zwaarste zaken'. In die zaken stelt de AFM zonder berekening van enig basisbedrag de boete vast op een bedrag dat zij passend en geboden acht, tot ten hoogste het maximum dat voor de desbetreffende overtreding geldt.

Afsluiting

Het beleid geeft slechts in algemene zin indicaties voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van zwaardere of zwaarste zaken. Daarbij is onder meer aansluiting gezocht bij de wetsgeschiedenis.⁷

7. Boetevoornemen

Indien de wet een keuze toelaat, geeft de AFM in het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete geen uitsluitel over de vraag welk boeteregime zal worden toegepast.

Indien de wet voorziet in een omzetgerelateerde boete, geeft de AFM in het boetevoornemen geen uitsluitel over de vraag voor welke van de drie beleidsmatige opties uit artikel 5 van het beleid zal worden gekozen.

De reden voor deze werkwijze is dat de beslissing op bovenstaande punten zal worden genomen door het bestuur van de AFM, mede naar aanleiding van de zienswijze die in de regel op het boetevoornemen zal zijn gegeven. Dit heeft niet alleen een formele maar ook een praktische achtergrond. Zeker in het geval van een omzetgerelateerde boete is een inhoudelijke beoordeling van de zaak nodig om een keuze te kunnen maken tussen de drie beleidsmatige opties. Op die beoordeling kan de AFM in een boetevoornemen niet vooruitlopen.

8. Overgangsregeling

Het nieuwe beleid treedt direct in werking. Wel geldt een overgangsregeling om te voorkomen dat overtredingen die zijn begaan ten tijde van het oude beleid worden beboet onder de regels van het nieuwe beleid, indien toepassing van het nieuwe beleid zou leiden tot een hogere boete. Concreet gaat het hierbij met name om de toepassing van de omvangtabel van stap 4 in het stappenplan. Zou de overtreder volgens het nieuwe beleid worden ingedeeld in een hogere categorie (dus: hoger percentage van het basisbedrag) dan volgens in het oude beleid, dan zal het oude beleid worden toegepast. Ten aanzien van de *voordeelgerelateerde* boete bestond tevoren geen beleid, dus zal het nieuwe beleid in alle gevallen direct van toepassing zijn. Ten aanzien van de *omzetgerelateerde* boete bestond tevoren wel beleid, maar dat zag op wetgeving die ingrijpend is gewijzigd per 11 augustus 2016 en laat zich niet vergelijken met het nieuwe beleid. Voor alle overtredingen die zijn begaan of aangevangen vanaf genoemde datum zal op dit punt het nieuwe beleid daarom direct van toepassing zijn.

⁷ Kamerstukken II, 2015/16, 34 455, nr. 3, p. 9.