

Vergaderjaar 2008–2009

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)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 26 mei 2009

1. Inleiding

Met belangstelling heeft de regering kennisgenomen van het voorlopig verslag. Deze memorie van antwoord is mede namens de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid opgesteld.

1. Verhouding bestuursrecht – strafrecht

De leden van de fracties van CDA, PvdA en VVD vroegen allen naar de reden waarom de regering heeft gekozen voor handhaving door middel van het bestuursrecht en niet door middel van het strafrecht.

Zoals verwoord in de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel¹ staat de effectiviteit van de handhaving centraal bij de keuze voor een punitief sanctiestelsel. Daarbij is onder meer van belang de deskundigheid en capaciteit die kunnen worden aangewend ten behoeve van het toezicht op naleving van de relevante regelgeving. Toezicht en handhaving kunnen in sommige gevallen misschien worden verdeeld over meerdere instanties en in andere gevallen ligt het voor de hand dat één en dezelfde instantie zowel toezicht op de naleving van regels houdt, als deze regels handhaaft door middel van diverse bevoegdheden, waaronder de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Handhaving van wetgeving moet voldoen aan de eisen van doeltreffendheid, doelmatigheid en rechtmatigheid, evenals aan hiermee samenhangende eisen van onafhankelijkheid, deskundigheid en rechtsgeleerdheid. Leidend daarbij is het onderscheid tussen de zogenaamde «besloten context» en de «open context». In een besloten context is het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor de handhaving is belegd bij het betrokken bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast. Een besloten context kan worden geïdentificeerd indien er sprake is van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van specifieke wetten is belast en uit dien hoofde heeft te maken met een afgebakende doelgroep en dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbanden zijn ten behoeve van de uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. Een open context

¹ Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, nr. D.

kenmerkt zich door de toepasselijkheid van regels op een ieder, ongeacht de uitoefening van bepaalde activiteiten en ongeacht de hoedanigheid van burgerschap of bedrijf. In een open context is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt.

De regering heeft bovenstaande uitgangspunten ook toegepast bij het onderhavige wetsvoorstel. De doelgroep bestaat in dit geval onder meer uit financiële instellingen, pensioenuitvoerders, accountantsorganisaties, trustkantoren en geldtransactiekantoren. Slechts enkele normen spelen een rol buiten een besloten context, een voorbeeld daarvan is het verbod op handelen met voorwetenschap. Voorgenoemde overtreding kan in beginsel door ieder die actief is in de effectenhandel worden begaan. Het tweede criterium van een besloten context is eveneens van toepassing op de door deze wet geraakte doelgroep. De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) hebben veel, en vaak intensief contact met de onder toezicht gestelde instellingen en organisaties. Dat contact neemt vaak een aanvang tijdens de vergunningaanvraag en blijft ook na verlening van die vergunning nog intensief. Financiële instellingen moeten ingevolge de Wet op het financieel toezicht (Wft) bijvoorbeeld rapportages aan de toezichthouder verzorgen. Na de vergunningverlening komen de financiële instellingen of trustkantoren onder doorlopend toezicht. Afhankelijk van het aantal financiële instellingen en de omvang van de financiële instellingen kunnen de contacten zeer frequent zijn. De regering is gelet op het bestaan van een duidelijke besloten context van mening dat een bestuursrechtelijk sanctiestelsel het meest voor de hand ligt in de financiële sector.

Daarnaast merkt de regering de financieeltoezichtwetgeving aan als een hoog specialistisch rechtsgebied. De toezichthouders hebben als prudentieel toezichthouder en gedragstoezichthouder de gespecialiseerde kennis van de relevante wet- en regelgeving. Zij zijn daarom goed geëquipeerd om handhavend op te treden. De toezichthouders kunnen gebruik maken van de kennis die aanwezig is binnen hun organisatie en op die wijze doeltreffend en doelmatig een overtreding sanctioneren. De bestuurlijke boete verstrekt de andere bestuurlijke handhavinginstrumenten die de toezichthouders ter beschikking staan.

Zoals de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aangeeft, geldt de voorkeur voor bestuursrechtelijke handhaving ook indien hoge geldboetes noodzakelijk zijn om de naleving van regels door bijvoorbeeld grote bedrijven te bevorderen. Dan is volgens de kabinetsnota een bestuurlijke boetebevoegdheid verantwoord als het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor de rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven voldoende zijn verzorgd. Bij DNB en AFM is dit het geval. Wel noemt de kabinetsnota als grens dat indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn, strafrecht toepassing moet krijgen. Als de overtreding een zodanige aanzienlijke inbreuk maakt op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving, vormt dit een reden – ook binnen een besloten context – het strafrecht toe te passen. In geval van de Wft is dit ook mogelijk, omdat de Wft zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.

De leden van de PvdA-fractie vroegen aan de regering of straks wel voor alle overtredingen de bestuurlijke boete de geëigende punitieve maatregel is gelet op de opmerking in de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel dat een bestuurlijke boete de geëigende punitieve maatregel is,

indien het gaat om overtredingen met een geringe normatieve lading, die eenvoudig zijn vast te stellen.

Zoals in het voorgaande al is vermeld geeft de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aan, dat de voorkeur voor bestuursrechtelijke handhaving in een besloten context ook kan gelden indien hoge geldboetes noodzakelijk zijn. De hoogte van de bestuurlijke boete moet naar oordeel van de regering zijn afgestemd op de doelgroep. Een bestuurlijke boete is een punitieve sanctie en het is wenselijk dat de boete ook als zodanig wordt ervaren door degene die een overtreding heeft begaan. In het wetsvoorstel is met dat gegeven zorgvuldig omgesprongen en is ook voorzien in de mogelijkheid om een boete op maat te maken. De doelgroep die te maken krijgt met het herziene bestuursrechtelijke sanctiestelsel volgens dit wetsvoorstel is weliswaar eenvoudig te identificeren, maar ook zeer divers. Binnen de doelgroep kunnen kleine zelfstandigen vallen, maar ook de wereldwijde financiële conglomeraten waar dagelijks miljarden aan geldstromen in omgaan. De regering vindt het belangrijk dat in het nieuwe stelsel elke soort financiële instelling kan worden geconfronteerd met een bestuurlijke boete die voor die instelling adequaat en toepasbaar is. De toezichthouders krijgen dan ook veel ruimte om een bestuurlijke boete op maat te maken, er wordt een ruime bevoegdheid geïntroduceerd die voorziet in het in aanmerking nemen van de bijzondere omstandigheden van het geval. De toezichthouder houdt rekening met de ernst van de gedraging, het gedrag dat daarop volgt (bijvoorbeeld: beëindigen ze op eigen initiatief de overtreding), de duur van de overtreding, de inzet van de overtreder om zelf de overtreding te beëindigen. Tevens kijkt de toezichthouder naar de draagkracht van de overtreder. Als het gaat om een kleine zelfstandige of een natuurlijk persoon dan zal in veel gevallen draagkracht de reden zijn om een lagere bestuurlijke boete op te leggen dan een financieel conglomeraat ontvangt voor een soortgelijke overtreding. Dat de boetemaxima fors hoger liggen dan thans het geval is en ook hoger zullen zijn dan bijvoorbeeld de boetes die ingevolge de Wet op de economische delicten kunnen worden opgelegd is goed te verklaren als naar de aard van de financiële sector wordt gekeken. Een bestuurlijke boete moet in alle gevallen en voor allerlei soorten instellingen en personen een daadwerkelijke punitieve sanctie zijn en ook zo aanvoelen, een hoog boetemaximum, een mogelijkheid om recidive extra te beboeten en vooral veel flexibiliteit maakt de bestuurlijke boete in de financieeltoezichtwetgeving een effectief instrument.

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering om te reflecteren over de verschillen tussen strafrechtelijke afhandeling en bestuursrechtelijke afhandeling van een overtreding, met name op het punt van de geringere procesrechtelijke bescherming bij bestuursrechtelijke afdoening van een overtreding.

In de literatuur waarnaar de leden van de PvdA fractie verwijzen wordt het bestuursrecht aangemerkt als zijnde met minder waarborgen omkleed dan het strafrecht. Wij onderschrijven deze stelling niet. Vaak wordt gedacht, dat de bestuursrechter altijd terughoudend zou toetsen. Dat is juist bij bestuurlijke boetes niet het geval. Het is vaste jurisprudentie dat de bestuursrechter bij bestuurlijke boetes «vol» moeten toetsen. In het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Kamerstukken I 2006/07, 29 702, A) wordt dit nog eens benadrukt doordat de bestuursrechter daarin wordt verplicht om zo nodig zelf de hoogte van de boete vast te stellen (zie het voorgestelde artikel 8:72a). Evenzeer is vaste jurisprudentie, dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete de bewijslast geheel op het bestuursorgaan rust en dat ook andere aan het strafrecht ontleende waarborgen, zoals het vermoeden van onschuld en het recht

om te zwijgen, onverkort gelden. Dat kan ook niet anders, want deze waarborgen vloeien grotendeels voort uit artikel 6 van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM), dat voor bestuurlijke boetes evenzeer geldt als voor strafrechtelijke sancties. Derhalve is de rechtsbescherming van de burger in het bestuursrecht gelijkwaardig aan de rechtsbescherming in het strafrecht, zodat het niveau van rechtsbescherming geen argumenten kan opleveren voor de keuze tussen het ene of het andere stelsel. In een behoorlijke rechtsbescherming moet in alle gevallen zijn voorzien.

De leden van de VVD-fractie vroegen zich af hoe de regering aankijkt tegen dit wetsvoorstel in het licht van de «criminal charge».

Het feit dat de bestuurlijke boete als een punitieve sanctie wordt aangemerkt brengt met zich dat bij de oplegging van een bestuurlijke boete bepaalde procesrechtelijke waarborgen in acht moeten worden genomen. Het gaat hierbij met name om de waarborgen die voortvloeien uit de artikelen 6 en 7 van het EVRM. Voor het bestuursrecht betekent dit dat de bestuursrechter de opgelegde sanctie volledig moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid van de Awb. De bestuursrechter moet bij de toetsing van de evenredigheid van een sanctie nagaan of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie. De regering heeft in het wetsvoorstel vierde tranche Awb rekening gehouden met de verdragsrechtelijke implicaties. Zo zijn elementen uit het strafprocesrecht als het legaliteitsbeginsel, het ne bis in idem-beginsel, het zwijgrecht en de cautie opgenomen. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet bovendien in een systeemwijziging van gefixeerde boetes naar niet gefixeerde boetes. Dientengevolge kan de bestuursrechter de hoogte van een bestuurlijke boete vol toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Gelet op de waarborgen die middels de vierde tranche Awb hun intrede doen in het bestuursrecht alsmede de volledige toetsingsbevoegdheid is de regering van mening dat onderhavig wetsvoorstel geen strijdigheden vertoont met hetgeen door het EVRM is uitgewerkt ten aanzien van de «criminal charge».

De leden van de CDA-fractie vroegen om een inventarisatie van de bestuurlijke boetes die zouden kunnen worden overgeheveld naar de OM-afdoening mede gelet op het aangenomen amendement Vos (31 458, nr 15).

Hierboven is aan de hand van de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aangegeven dat op de terreinen die door dit wetsvoorstel worden bestreken bestuurlijke beboeting door het desbetreffende bestuursorgaan de voorkeur verdient. Deze bestuurlijke boetes (deels) verruilen voor de strafbeschikking (die door de Wet OM-afdoening in het Wetboek van Strafvordering is opgenomen) is vanwege deze inhoudelijke keuze niet aan de orde. Het amendement Vos (31 458, nr. 15) heeft geen effect op deze overweging. In de strafbaarstelling middels de Wet op de Economische delicten (WED) worden grosso modo alleen de ernstigste overtredingen opgenomen waarbij naar het oordeel van de regering het incidenteel wenselijk is – te denken valt aan oplegging van andere dan vermogenssancties – om strafrechtelijke afdoening te laten prevaleren boven bestuursrechtelijke afdoening. Dat de Wet OM-afdoening in de toekomst een rol van betekenis kan spelen in de financieeltoezicht-wetgeving valt niet uit te sluiten, maar momenteel acht de regering dat nog prematuur.

2. Handhaving

De leden van de CDA-fractie vroegen of de toezichthouders op de financiële markten, De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten, wel de aangewezen toezichthouders zijn om zware bestuurlijke boetes op te leggen gelet op het belang van op continuïteit gerichte relaties met de markt.

DNB houdt als prudentieel toezichthouder toezicht op de naleving van wettelijke gestelde eisen aan solvabiliteit en kapitalisatie. Een andere doelstelling van DNB is zorgdragen voor de stabiliteit van het financiële systeem. Op het moment dat DNB strijdigheid constateert tussen deze beide doelstellingen is de regering van mening dat de stabiliteitsdoelstelling moet prevaleren.

In een bredere context is de regering van mening dat de hoogte van een boete niet een dusdanig grote invloed heeft dat daardoor de relaties met de markt worden verstoord. Het enkele feit dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd zal in de regel niet als prettig worden ervaren; de hoogte van de desbetreffende boete zal niet van doorslaggevende betekenis zijn voor het wel of niet verstoring effect van de bestuurlijke boete op de toekomstige relatie tussen toezichthouder en financiële instelling. Bovendien is de toezichthouder niet langer gebonden aan vaste tarieven voor overtredingen, de toezichthouder kan meer dan in het verleden het geval was een bestuurlijke boete op maat opleggen. Het te verwachten effect daarvan is juist dat bij de overtreder meer begrip zou moeten komen voor de bestuurlijke boete, met name omdat deze individueel kan worden toegespitst en omdat de overtreder de kans heeft om zijn of haar zienswijze naar voren te brengen. De toezichthouder kan ook daadwerkelijk iets doen met deze zienswijze.

De regering is van mening dat een bestuurlijke boete op maat en de totstandkoming van het boetebedrag minder verstoring werkt op de relatie tussen toezichthouder enerzijds en financiële instelling anderzijds dan nu het geval is met gefixeerde tarieven.

3. Algemene wet bestuursrecht

De leden van de CDA-fractie vroegen of de regering voornemens is om deze wet eerder in werking te laten treden indien de afhandeling van de Awb-wetten overhoopt langer duurt dan aanvankelijk voorzien.

Het is om technische redenen niet mogelijk om deze wet eerder in werking te laten treden. De wijzigingen die door de Boetewet in de negen wetten zullen worden doorgevoerd zijn namelijk afgestemd op datgene dat in de aanpassingswet Awb geregeld wordt. Naast het technische aspect is het ook zo dat een aantal beleidsvoornemens uit de Boetenota, die ten grondslag heeft gelegen aan het voorstel, inmiddels zijn opgenomen in de vierde tranche en niet in de Boetewet zelf. De regering acht het wenselijk om het pakket op één moment in werking te laten treden.

De leden van de VVD-fractie vroegen naar de zienswijze van de regering over het ordentelijk wetgevingsproces en dan met name betrokken op de plenaire behandeling van onderhavig wetsvoorstel voordat de vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpassingswet vierde tranche Awb door de Eerste Kamer zijn aangenomen.

De regering deelt het standpunt van de leden van de VVD-fractie dat het wenselijk zou zijn dat dit wetsvoorstel pas zou worden behandeld nadat de vierde tranche van de Awb zou zijn aangenomen. Dit wetsvoorstel is

immers afhankelijk van en afgestemd op de vierde tranche Awb en de Aanpassingswet vierde tranche Awb. De regering hoopt op gelijktijdige inwerkingtreding. Ondanks dat het gelet op het ordentelijk wetgevingsproces niet de voorkeur verdient om een wetsvoorstel in stemming te brengen dat is afgestemd op een ander wetsvoorstel dat pas later in stemming wordt gebracht is het soms onvermijdelijk uit praktisch oogpunt. De regering hoopt dan ook dat de Eerste Kamer zich welwillend opstelt en de behandeling van onderhavig wetsvoorstel niet uitstelt totdat de vierde tranche Awb is behandeld.

De minister van Financiën,
W. J. Bos