

Nadere toelichting op handhavingsbeleid AFM en DNB

Een duidelijke boodschap en een gemiste kans

mr. drs. J.T.C. Leliveld*

Op 16 mei 2011 publiceerden AFM en DNB een nadere toelichting op het gezamenlijke handhavingsbeleid.¹ Doel van het handhavingsbeleid is het verschaffen van inzicht in de uitgangspunten en factoren die voor de toezichthouders van belang zijn bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten. Door beoordeling van de ernst van de overtreding en overige concrete omstandigheden van het geval moeten de toezichthouders komen tot een passende wijze van optreden.² Met de toelichting op het handhavingsbeleid, komen AFM en DNB tegemoet aan de wens uit de markt tot meer transparantie over hun afwegingen bij de wijze van handhaving. Die wens is opmerkelijk, omdat de nota met het handhavingsbeleid tamelijk nieuw is en er in de afgelopen jaren al veel over is geschreven. Kennelijk was er toch behoefte aan verdere duiding. De nadere toelichting biedt echter niet veel nieuwe inzichten in de afwegingen. AFM en DNB lijken met de nadere toelichting vooral één boodschap te willen uitdragen: onderneming, besteedt veel aandacht aan een cultuur die gericht is op compliance. In deze bijdrage zal ik beknopt ingaan op een aantal onderwerpen uit de nadere toelichting.³

Normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief

In de nadere toelichting wordt het uitgangspunt van het handhavingsbeleid onderstreept, dat niet bij elke overtreding wettelijke handhavingsinstrumenten worden ingezet. AFM en DNB vragen zich telkens af of het beoogde effect met een minder zware maatregel dan een formele handhavingsmaatregel kan worden bereikt. Bijvoorbeeld met een waarschuwingsbrief of een stevig normoverdragend gesprek. Hiermee wordt aangesloten bij de verplichting van de toezichthouder om op te treden zodra er bekendheid is met de overtreding. De strategie van de toezichthouders is er daarbij op gericht dat een ieder zich 'uit eigen beweging' normconform gedraagt. De cijfers sluiten hierbij aan. Met name bij onder toezicht staande instellingen wordt de overgrote meerderheid van de zaken afgedaan met een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief. De genoemde cijfers spreken voor zichzelf. De AFM deed in 2010 673 zaken af met een normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief, in 329 gevallen werd een formele maatregel opgelegd. Voor DNB waren de cijfers (bij onder toezicht staande instellingen) 841 tegenover 141.⁴

Relevante omstandigheden

De in het Handhavingsbeleid neergelegde uitgangspunten (hoofdstuk 3 van het Handhavingsbeleid) komen verder niet aan bod in de nadere toelichting. Ten aanzien van de inzet

van handhavingsinstrumenten (hoofdstuk 4 van het Handhavingsbeleid) wordt direct ingezoomd op 'relevante omstandigheden en belangen bij de keuze voor een handhavingsinstrument'. Met deze keuze voor toelichting van een beperkt onderdeel van het handhavingsbeleid, wordt veel niet verduidelijkt. Niet ingegaan wordt op de keuze voor een bestuursrechtelijke of strafrechtelijke aanpak; de beëindiging van de overtreding en/of het bestraffen van het schenden van de norm; de openbaarmaking van overtredingen (openbare waarschuwing) en van opgelegde sancties.⁵ Het overzicht uit hoofdstuk 4 is in de toelichting overgenomen. Bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument wordt 'ondermeer' meegewogen:

- of sprake is van recidive;
- in welke mate de overtreding verwijtbaar is;
- in welke mate door de overtreding derden (cliënten/beleggers) zijn benadeeld en, zo ja, of zij door de overtreder uit eigen beweging zijn gecompenseerd;
- in welke mate de overtreder door de overtreding voordeel heeft verkregen;
- of de overtreder uit eigen beweging de overtreding heeft beëindigd;
- wat de duur van de overtreding is geweest;
- in hoeverre de overtreder medewerking heeft verleend aan het onderzoek;
- wat de financiële draagkracht van de overtreder is;
- wat het economisch effect van de toezichtsmaatregel op de overtreder is;
- of de overtreding heeft geleid tot marktverstoring;
- of door de overtreding het vertrouwen in de markt is geschaad.

* Jan Leliveld is advocaat te Den Haag.

1. <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-actueel/nieuws/2011/mei/handhavingsbeleid-afm-dnb.aspx>.
2. *Sirt.* 2008, 132 (handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandse Bank).
3. Regelmatig zal ik nauw aansluiten bij de tekst van het handhavingsbeleid en de toelichting. Ik zal ten behoeve van de leesbaarheid niet telkens verwijzen.
4. Bij niet onder toezicht staande instellingen is geen langdurige/vertrouwensrelatie. Een normerend gesprek ligt dan minder voor de hand.
5. Het verschil in benadering tussen wel en niet onder toezicht staande ondernemingen komt in beperkte mate wel aan de orde.

Dan volgt een relevante aanvulling. Veel waarde wordt gehecht aan het 'gedrag van de overtreder in bredere zin'. 'In de kern gaat het hierbij vaak om de vraag in hoeverre de cultuur binnen een financiële onderneming gericht is op compliance, op naleving van de regels.' En daarna:

'Vragen die de AFM en DNB zich in dit verband kunnen stellen, zijn bijvoorbeeld:

- Heeft de overtreder uit eigen beweging de overtreding gestaakt? Zo ja, vóór- of nadat de overtreder bekend was met het onderzoek door de AFM c.q. DNB?
- Heeft de overtreder zelf de overtreding aan de AFM c.q. DNB gemeld?
- Heeft de overtreder zich bij het onderzoek door de AFM c.q. DNB coöperatief opgesteld (en bijvoorbeeld steeds prompt de gevraagde inlichtingen verstrekt) of het onderzoek juist belemmerd of vertraagd?
- Heeft de overtreder follow-up gegeven aan eventuele door de AFM c.q. DNB voorgeschreven maatregelen of overigens actie ondernomen om herhaling te voorkomen?
- Heeft de overtreder - voor zover van toepassing - betrokken cliënten of beleggers ingelicht over de overtreding?
- Heeft de overtreder eventuele benadeelden (cliënten/beleggers) uit eigen beweging schadeloos gesteld? Zo ja, alle benadeelden of alleen degenen die hebben geklaagd?
- Is de overtreding het gevolg van een (bewust) onjuist beleid binnen de onderneming (accident waiting to happen)?
- Voor grotere instellingen: is het management betrokken bij de overtreding?
- Is de overtreder reeds eerder door de AFM c.q. DNB aangesproken, op andersoortige overtredingen dan de onderhavige?

Na deze opsomming is nog een aantal voorbeelden opgenomen waarbij aan de hand van casus de hiervoor opgenomen vragen beantwoord worden. Deze voorbeelden zijn verplichte kost voor eenieder die werkzaam is in de financiële sector. Telkens blijkt dat de compliance gerichtheid van de overtreder een belangrijke rol kan spelen bij de beslissing om al dan niet over te gaan tot het treffen van formele maatregelen.

Compliance gerichtheid

Uit de invulling van de voorbeelden kan worden afgeleid dat ten eerste veel waarde wordt gehecht aan het onderkennen van de fout, en het vervolgens ontwerpen en implementeren van een verbetertraject. Ten tweede dient dan ook sprake te zijn van een verbetering van de informatieverstrekking aan de toezichthouder, zo valt te lezen: 'De onderneming houdt vervolgens de AFM steeds op de hoogte van de opzet van het verbetertraject en van de implementatie daarvan.' Niet alleen de communicatie met de toezichthouder moet verbeterd, ook die ten opzichte van consumenten. Een derde onderwerp betreft de mogelijkheid van compensatie (al houdt dat m.i. niet direct verband met 'compliance gerichtheid') van benadeelden. Voor al deze onderwerpen geldt, dat bijzondere waarde toekomt aan het 'uit eigen beweging' oppakken ervan.

Bij de vragen en de voorbeelden, kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Zo wordt vrijwel niet ingegaan op

het op orde hebben van een goede compliance functie binnen de onderneming. Slechts het omgekeerde komt aan bod, het verwaarlozen van de compliance functie (accident waiting to happen). De compliance gerichtheid lijkt daarmee reactief te zijn ingevuld: er is een incident (of langduriger non-compliant optreden) en er worden al dan niet na ingrijpen van de toezichthouder interne verbeteringen ondernomen. Wellicht is deze invulling onvermijdelijk. Zo concludeerde Roth in zijn bijdrage 'Compliance, een illusie? Over de kenbaarheid van de norm', dat het aantal materiële normen in het financiële toezichtsrecht de pan is uitgerezen en er bovendien geen eenduidige interpretatie van deze normen is.⁶ Bij een dergelijke situatie wordt een proactief compliance beleid minstgenomen lastig. Tillema besluit in zijn bijdrage in dezelfde bundel, dat full compliance weliswaar een illusie is, maar wel een die moet worden nagestreefd.⁷ Compliance dan natuurlijk niet als strijd tegen windmolens, maar compliance om zo goed mogelijk aan de complexe, en niet altijd even heldere regelgeving te voldoen. Helaas komt dat onderwerp in de nadere toelichting niet verder aan bod.

De nadere toelichting schenkt evenmin aandacht aan de gevolgen die de in de nadere toelichting neergelegde 'compliance uitleg' kan hebben voor een onderneming, en het grote vertrouwen dat de onderneming kennelijk maar moet hebben in de toezichthouders. Immers, de toezichthouders moeten 'steeds' op de hoogte worden gehouden en 'de onderneming moet AFM het vertrouwen geven dat...'. Volledige transparantie naar de toezichthouder toe, zo lijkt het credo. Transparantie, terwijl de gevolgen ongewis zijn. Met dit onderwerp worstelen veel ondernemingen (niet alleen in de financiële sector). Bedrijven willen natuurlijk veelal compliant zijn, en uiteraard zullen verbeteracties worden ondernomen en transparantie daaromtrent valt te prijzen, maar gedurende dat gehele traject zijn de bedrijven vaak overgeleverd aan soms ingrijpende beoordelingen van toezichthouders, die maar zeer beperkt zijn ingekaderd, met alle risico's van dien.

Uit eigen beweging

Zowel in het handhavingsbeleid, als in de toelichting en in de voorbeelden, speelt het 'uit eigen beweging' herstellen van de overtreding en het uit eigen beweging compenseren van de benadeelden een rol. Met name via de voorbeelden wordt de bedoeling van de toezichthouders verhelderd. Toch wordt niet duidelijk wat precies moet worden verstaan onder 'uit eigen beweging'. In een van de voorbeelden⁸ is aangegeven, dat 'direct na het eerste contact met de AFM' alsnog 'een prospectus wordt gemaakt en de mogelijkheid wordt geboden aan reeds ingestapte beleggers om na kennisneming van de prospectus de koop ongedaan te maken'. Hellemaal uit eigen beweging lijkt dit dan niet te zijn. Dat het onderwerp 'uit eigen beweging' vragen oproept, bleek ook

6. G. Roth, 'Compliance, een illusie? Over de kenbaarheid van de norm', in *Compliance in het financieel toezichtsrecht*, p. 85-96, (red. M. Jurgens, R. Stijnen), Kluwer Deventer, 2008.
7. A.J.P. Tillema, 'Enkele opmerkingen over falende compliance', p. 97-113, idem.
8. AFM - voorbeeld 2: aanbieden van effecten.

tijdens de discussie naar aanleiding van de uitdagende lezing van 't Hart ter gelegenheid van de introductie van de bundel 'Fraude op de financiële markten'.⁹ Met name de reacties uit de zaal leverden m.i. wat spraakverwarringen op.

't Hart legde de zaal (samengevat) de stelling voor dat geen boete diende te volgen als de benadeelden door de overtreder zouden zijn gecompenseerd. Hij zocht daarbij ondermeer aansluiting bij de zogenoemde 'vrijwillige inkeerregeling' in het fiscale recht. Op grond van art. 69, derde lid AWR vervalt het recht op strafvervolgning voor de in art. 69, eerste en tweede lid AWR opgesomde misdrijven, indien de belastingplichtige voordat hij weet of behoort te weten dat de Belastingdienst hem op het spoor is, alsnog een juiste en volledige aangifte doet dan wel alsnog juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt.¹⁰ Het betreft hier dus een iets andere situatie dan die waarbij 'na eerste contact' – zoals in een van de voorbeelden genoemd – allerlei herstelacties zijn genomen. In Amsterdam leek de zaal toch vooral te menen dat compensatie (uit eigen beweging, of extern gedreven) altijd een rol diende te spelen bij de keuze voor de inzet van een van de handhavingsinstrumenten.

Tijdens de discussie in Amsterdam werd aldus een uitstapje gemaakt naar het fiscale recht. De zogenoemde 'Clementieregeling' uit het mededingingsrecht kwam niet aan de orde. De Clementieregeling voorziet erin dat ondernemingen en bepaalde natuurlijke personen die betrokken zijn of zijn geweest bij een kartel algehele boetevrijstelling of een boeteverlaging kunnen krijgen. Voorwaarde is dat zij tijdig een clementieverzoek indienen bij het clementiebureau van de NMa en volledige medewerking verlenen tijdens de procedure. Om te beoordelen of gebruikmaking van de Clementieregeling een optie is voor de onderneming en/of de natuurlijke persoon kan op anonieme of hypothetische basis van gedachten worden gewisseld met de clementiefunctionaris van de NMa. Zo'n gesprek blijft vertrouwelijk als dit niet leidt tot een clementieverzoek en een clementietoezegging.¹¹ Met gebruikmaking van de clementieregeling kunnen andere partijen worden aangepakt. Vervolgens is in de Clementieregeling uitgebreid vastgelegd onder welke voorwaarden welke 'clementie' verkregen kan worden. Ook in de financiële wereld zal sprake zijn van situaties die (een zeer grote) clementie bij klikken waard zijn, of het nu om woekerpolissen of dubieuze beleggingen gaat. Een clementieregeling zou ook in de financiële wereld haar nut kunnen bewijzen.

Voor zowel de Inkeer- als de Clementieregeling geldt dat die voor specifieke gevallen meer zekerheden biedt dan uit een algemene toepassing van het fiscale, of uit de mededingingsrechtelijke regelgeving zou volgen. Het onderzoeken van varianten op deze regelingen voor handhaving door AFM en DNB zou ook om die reden interessant kunnen zijn.

Betrokkenheid van het management

Als laatste wordt in de toelichting kort aangegeven, dat er (naast het optreden tegen de onderneming) kan worden opgetreden tegen natuurlijke personen en/of rechtspersonen die opdracht hebben gegeven tot de overtreding door de rechtspersoon of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.¹² Meestal, zo staat in de toelichting, zal het hierbij gaan om het opleggen van een bestuurlijke boete. Over het beboeten van feitelijk leidinggevers is een Q&A gepubliceerd.¹³ In het licht van het onderwerp 'Toelichting handhavingsbeleid AFM en DNB' is met name de vraag (Q) relevant in

welke gevallen wordt overgegaan tot beboeting? In het antwoord (A) 'dat hangt af van de omstandigheden van het geval' wordt vervolgens verwezen naar het handhavingsbeleid. Daarmee levert de Q&A op dat punt niet zo veel op. In het antwoord wordt overigens wel aangegeven, dat in geval van overtreding van markttoetredingseisen de toezichthouder 'in elk geval overwegen' (?) om (eveneens) op te treden tegen de natuurlijke personen die feitelijk leiding gaven aan de overtreding.

In de Q&A wordt ook verwezen naar de Boetewet en daarin opgenomen boeteverlagende omstandigheden. Deze boeteverlagende omstandigheden komen deels overeen met de in het handhavingsbeleid beschreven omstandigheden (bijvoorbeeld: is sprake van recidive; wat is de mate van verwijtbaarheid?).

Conclusie

De nadere toelichting op het handhavingsbeleid was beknopt en daarmee niet volledig.¹⁴ De waarde voor de praktijk zal daarmee beperkt zijn. Waardevol zou kunnen zijn om een aantal begrippen, zoals 'compliance gerichtheid' of 'eigen beweging' nader uit te werken. Voor dit laatste begrip zou ook het verkennen van specifieke regelingen voor bijzondere situaties (vergelijkbaar met regelingen in het fiscale- en in het mededingingsrecht) interessant kunnen zijn. Ten slotte vraagt de overlap met de Boetewet (zoals blijkend uit de Q&A) om verdere uitwerking waarbij de relatie met het handhavingsbeleid in ogenschouw wordt genomen.

9. R.C.P. Haentjes, *Fraude op de financiële markten*, red. M. Jurgens, Deventer: Kluwer, 2011, Bijeenkomst 9 juni 2011 Amsterdam.
10. M.C.M. Kroon, J.H.P.M. Raaijmakers, F.H.H. Sijbers en H. Vermeulen, *Cursus Belastingrecht* (Formeel Belastingrecht), 8.2.0.E Inkeerbepaling en 9.1.6.A Inkeerregeling.
11. 'Clementie in Kartelzaken', NMa-B/CLM-nov 2009, te downloaden op site NMa.
12. Vgl. in algemene zin de bijdrage van C.W.M. Lieverse en A.B. Schoonebeck in dit tijdschrift 'Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers', p. 185, R. Stijnen, 'Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders, ontwikkelingen bezien vanuit de financiële toezichtswetgeving', *NJB* 2008, 4, p. 205-212.
13. <http://www.afm.nl/nl/professionals/diensten/veelgestelde-vragen/boetes/feitelijk-leidinggevers.aspx>.
14. Wat overigens ook voor deze bijdrage geldt.