

Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank

1. Inleiding

Hieronder wordt ingegaan op het beleid dat door de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank NV (DNB), hierna: 'de toezichhouders', wordt toegepast voor de handhaving van de bepalingen van de financiële wet- en regelgeving¹ waarop zij toezicht houden, uit hoofde van de hun bij die wetten toegewezen toezichtstaken. In 2003 is reeds een handhavingsbeleid bekend gemaakt onder de titel 'Nota inzake het handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële markten, De Nederlandsche Bank en de Pensioen- & Verzekeringkamer'. Dit beleid is thans geactualiseerd en ook is de formulering opnieuw bezien.

De toezichhouders richten zich op het doen naleven van de normen die in de financiële wet- en regelgeving zijn neergelegd. Uitgangspunt is dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Het reguliere toezicht levert daaraan een belangrijke bijdrage. Wanneer het reguliere toezicht niet het gewenste effect heeft of naar verwachting zal hebben, kan normconform gedrag worden bereikt door de inzet van instrumenten (hierna: 'handhavingsinstrumenten').

Het hierna beschreven handhavingsbeleid geeft inzicht in de uitgangspunten en factoren die voor de toezichhouders van belang zijn bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten, ten einde naleving van de in de financiële wet- en regelgeving neergelegde normen te bewerkstelligen. Door beoordeling van de ernst van de overtreding en overige concrete omstandigheden van het geval, komen de toezichhouders tot een passende wijze van optreden. Bij die beoordeling zijn de hierna genoemde uitgangspunten en factoren richtinggevend.

Vanuit de eigen taak bij de naleving van de financiële wet- en regelgeving en op grond van de overige relevante omstandigheden en belangen, maken de toezichhouders zelfstandig een afweging bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten. Op grond van de financiële wet- en regelgeving dan wel het tussen de AFM en DNB gesloten Convenant² wordt in de daarin bepaalde gevallen de zienswijze van de andere toezichthouder bij deze afweging betrokken dan wel wordt deze afweging met de andere toezichthouder afgestemd.

Hierna wordt in de eerste plaats omschreven op welke wijze toezicht wordt gehouden op de naleving van

bepalingen uit de financiële wet- en regelgeving (paragraaf 2). Daarna volgen de uitgangspunten die de toezichhouders ten grondslag leggen aan hun handhavingsbeleid (paragraaf 3). Vervolgens wordt uiteengezet welke factoren een rol spelen bij de inzet van handhavingsinstrumenten (paragraaf 4) en tot slot wordt kort ingegaan op de verantwoording die de toezichhouders afleggen over de inzet van die instrumenten (paragraaf 5).

2. Toezicht en handhaving

Het is de taak van de toezichhouders om toe te zien op de naleving van de bepalingen uit de financiële wet- en regelgeving ten aanzien waarvan zij als toezichthouder zijn aangewezen. Het reguliere toezicht bestaat uit integriteits- toezicht, materieel toezicht³, prudentieel toezicht en gedragstoezicht. Daarnaast zijn er ook nog meer bijzondere toezichtstaken, zoals toezicht op marktordening-bepalingen⁴.

De uitoefening van het toezicht omvat ook – wanneer daartoe aanleiding is – de inzet van handhavingsinstrumenten. In de paragrafen 3 en 4 worden uitgangspunten respectievelijk factoren genoemd die voor de inzet van handhavingsinstrumenten richtinggevend zijn. In deze paragraaf wordt ingegaan op de wijze waarop het reguliere toezicht de naleving van bepalingen van de financiële wet- en regelgeving bewerkstelligt.

Het reguliere toezicht bestaat onder meer uit het geven van voorlichting en 'guidance' door de toezichhouders over de in de wet- en regelgeving neergelegde normen, het verzamelen van gegevens en het doen van onderzoek naar de mate van naleving van de normen. De toezichhouders hanteren verschillende methoden voor het reguliere toezicht, die aansluiten bij hun eigen taak. Zowel de AFM als DNB hanteert, als onderdeel van die methoden, een risicogebaseerde aanpak. Voor de AFM is hierbij het zogeheten bijdragemodel een centraal instrument. Het bijdragemodel is een self-assessment op basis van een vragenlijst die periodiek door onder toezicht staande ondernemingen wordt ingevuld, waarbij die ondernemingen hun eigen bijdrage aan de doelstellingen van de voor hen relevante wet- en regelgeving beoordelen. Daarnaast hanteert de AFM andere vormen van self-assessment. DNB hanteert een risicoanalysemodel (het zogeheten FIRM model⁵), waarmee de belangrijkste risi-

co's van onder toezicht staande ondernemingen worden geïdentificeerd. De toezichhouders zetten hun toezichtcapaciteit vooral in op risico's, die op basis van de gehanteerde modellen als hoogste naar voren komen.

Niet elke overtreding van de financiële wet- en regelgeving leidt tot de inzet van een wettelijk handhavingsinstrument. Met name bij onder toezicht staande ondernemingen⁶ speelt een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief een belangrijke rol in de handhaving. In veel gevallen zal een dergelijk(e) gesprek of brief reeds het gewenste effect hebben, namelijk normconform gedrag. De inzet van wettelijke handhavingsinstrumenten is dan niet meer nodig. Dit betekent overigens niet dat in alle gevallen waarin een overtreding van de financiële wet- en regelgeving door een onder toezicht staande onderneming wordt geconstateerd, in eerste instantie een normoverdragend gesprek zal worden gevoerd of een waarschuwingsbrief zal worden verzonden. Of de toezichhouders daartoe overgaan, zal altijd afhangen van de omstandigheden van het geval en van de weging van de factoren die daarbij een rol spelen, zoals hierna is uitgewerkt in paragraaf 4.

3. Uitgangspunten

De financiële wet- en regelgeving heeft meerdere doelstellingen, waaronder het waarborgen van de soliditeit van financiële ondernemingen en pensioenfondsen, de stabiliteit van de financiële sector, ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen, zorgvuldige behandeling van cliënten, bescherming van de belegger/consument en de integriteit van het financiële stelsel.

De toezichhouders hebben de taak toe te zien op de naleving van de financiële wet- en regelgeving. Om die naleving te realiseren hebben de toezichhouders wettelijke bevoegdheden en handhavingsinstrumenten toebedeeld gekregen. Voor de aanwending van deze bevoegdheden en de inzet van instrumenten hebben de toezichhouders een aantal uitgangspunten geformuleerd, die aansluiten bij de doelstellingen van de financiële wet- en regelgeving. Deze uitgangspunten zijn als volgt.

a. Optreden gericht op het bereiken van normconform gedrag

Bij de wijze waarop de toezichhouders optreden, staat het bevorderen van normconform gedrag centraal. De strategie

van de toezichthouders is erop gericht dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt. Wanneer deze strategie niet tot het gewenste resultaat leidt of naar verwachting zal leiden, wordt in beginsel normconform gedrag afgedwongen door de inzet van handhavingsinstrumenten.

b. Optreden afhankelijk van inhoud en strekking van de norm

De aard van de reactie van de toezichthouders op een overtreding wordt overwegend bepaald door de inhoud en strekking van de overtreden norm. Zo vragen overtreding van markttoetredingseisen, prudentiële eisen en gedrags-eisen ieder een eigen aanpak.

Daarnaast kennen veel toezichtwetten zowel open als gesloten normen. Open normen geven onder toezicht staande ondernemingen in specifieke situaties ruimte bij de invulling ervan, waarbij het de eigen verantwoordelijkheid van de onderneming is die normen op de juiste manier te interpreteren. Voor de handhaving maakt dit onderscheid geen verschil. Zodra een overtreding van een open dan wel een gesloten norm is geconstateerd wordt in beide gevallen in beginsel – overeenkomstig het uitgangspunt zoals weergegeven onder c – normconform gedrag afgedwongen door de inzet van handhavingsinstrumenten. Wel vraagt handhaving van open normen altijd een motivering waarmee moet worden aangetoond dat de open norm is overtreden, terwijl bij gesloten normen soms kan worden volstaan met een verwijzing naar de gedraging en de overtreden bepaling.

c. Optreden zodra bekend met een overtreding (niet gedogen)

De toezichthouders handhaven de wet- en regelgeving ten aanzien waarvan zij een toezichtstaak hebben. Dit betekent dat als de toezichthouders bekend zijn met een situatie waarin regels niet worden nageleefd, daaraan een einde dient te komen. De wijze waarop de toezichthouders optreden teneinde dat te bewerkstelligen, hangt af van de concrete situatie. Dit uitgangspunt laat onverlet dat de toezichthouders met het oog op de beschikbare capaciteit prioriteiten in hun handhaving stellen.

d. Optreden op effectieve wijze

Het handhavend optreden is in ieder geval gericht op het (doen) staken van de overtreding en/of het voorkomen van verdere overtreding of een herhaling daarvan. De keuze voor het inzetten van een bepaald instrument en de wijze waarop dit wordt ingezet, dient telkens in een concrete situatie bekeken te worden tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden van dat geval. Op deze manier wordt per situatie bepaald welk instrument het meest effectief is.

e. Optreden overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Het handhavend optreden is in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ter illustratie zijn te noemen het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van evenwichtige belangenafweging (beide artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht) en het gelijkheidsbeginsel, die voor de toezichthouders het volgende inhouden.

– Evenredigheidsbeginsel: met de hun ter beschikking staande instrumenten dienen de toezichthouders steeds zoveel mogelijk een evenredig antwoord op een overtreding te bieden; de te treffen maatregel dient in overeenstemming te zijn met de ernst en aard van de overtreding, als ook met de overige omstandigheden van het geval.

– Belangenafweging: het volgen van het handhavingsbeleid mag nooit een automatisme zijn; in iedere afzonderlijke zaak dient een afweging plaats te vinden van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen.

– Gelijkheidsbeginsel: in gelijke gevallen is ook het handhavend optreden gelijk; de handhavingsinstrumenten worden op consistente wijze ingezet.

4. Inzet van handhavingsinstrumenten

De toezichthouders beschikken over diverse handhavingsinstrumenten. Een aantal van deze instrumenten is geregeld in de financiële wet- en regelgeving, maar een aantal ook niet, zoals het in paragraaf 2 genoemde normoverdragen- de gesprek en de waarschuwingsbrief.

De belangrijkste handhavingsinstrumenten waarover de toezichthouders op basis van de financiële wet- en regelgeving beschikken, zijn:

- het geven van een aanwijzing⁷;
- het opleggen van een last onder dwangsom, al dan niet met openbaarmaking;
- het opleggen van een bestuurlijke boete, al dan niet met openbaarmaking;
- het doen van een verzoek aan de rechtbank om een noodregeling uit te spreken;
- het publiceren van een feit (veelal een overtreding) dan wel het uitvaardigen van een openbare waarschuwing;
- het benoemen van een curator;
- het verzoek aan de Ondernemingskamer tot het aanstellen van een bewindvoerder bij pensioenfondsen;
- het bepalen dat een certificerend accountant of actuaaris niet langer bevoegd is de wettelijk vereiste verklaringen met betrekking tot de financiële onderneming of het pensioenfonds af te leggen;
- het opleggen van een verbod aan een niet vergunninghoudende financiële onderneming tot het verrichten van met deel 4 Wft strijdige activiteiten (uitsluitend bevoegdheid AFM);
- het wijzigen, geheel of gedeeltelijk intrekken of beperken van een vergunning of een registratie.

Niet voor al deze instrumenten geldt dat zij pas kunnen worden ingezet nadat door de toezichthouders een overtreding is geconstateerd. Zo is DNB bijvoorbeeld onder omstandigheden bevoegd tot het benoemen van een curator indien zij bij een financiële onderneming tekens ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit, of de liquiditeit van die financiële onderneming in gevaar kunnen brengen. Wel geldt in alle gevallen dat de handhavingsinstrumenten kunnen of moeten worden ingezet ten behoeve van de naleving van de normen en doeleinden van de financiële wet- en regelgeving.

Naast of in plaats van de inzet van deze handhavingsinstrumenten bestaat in vele gevallen ook de mogelijkheid om van een overtreding aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie, zoals hierna beschreven onder a.

Als markttoetredingseisen worden overtreden, is het in het bijzonder van belang om op effectieve wijze normconform gedrag te bewerkstelligen. Daarom overwegen de toezichthouders in ieder geval in die zaken om (eveneens), indien mogelijk, op te treden tegen de natuurlijke personen die leiding gaven aan de overtreding.

Bij de beoordeling die ten grondslag ligt aan de inzet van handhavingsinstrumenten worden alle relevante feiten en af te wegen belangen betrokken. Tegen de achtergrond van de in paragraaf 3 geformuleerde uitgangspunten kan op voorhand een aantal factoren worden genoemd dat daarbij van belang kan zijn. Dit zijn de volgende.

a. Bestuursrechtelijke of strafrechtelijke aanpak

In de regel treden de toezichthouders zelf bestuursrechtelijk op tegen geconstateerde overtredingen van financiële wet- en regelgeving. In een aantal gevallen wordt echter (ook) aangifte bij het Openbaar Ministerie overwogen. Dit zijn de gevallen die staan genoemd in het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties⁸. Op basis van dit Convenant vindt dan tevoren afstemming plaats met de FIOD-ECD en het Functioneel Parket. Een besluit wordt genomen op basis van een afweging waarbij onder meer de complexiteit van de overtreding, de noodzaak tot inzet van strafrechtelijke (dwang) middelen, de samenloop met commune delicten, de verwijtbaarheid, maatschappelijke onrust en het te verwachten effect van bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke afdoening worden beoordeeld. Wanneer de toezichthouders het vermoeden hebben van serieuze bijkomende commune delicten, zullen zij in beginsel aangifte doen van zowel de geconstateerde overtreding van de financiële wet- en regelgeving als van de vermoede commune delicten. Onder omstandigheden kan echter worden

gekozen voor het splitsen van een zaak in een bestuursrechtelijk deel (financiële wetgeving) en een strafrechtelijk deel (commune delicten).

b. Beëindigen van de overtreding en/of bestraffen van het schenden van de norm
Indien de geconstateerde overtreding nog voortduurt, is het handhavend optreden in ieder geval gericht op het beëindigen van de overtreding en herstel van het naleven van de norm. Daarnaast bezien de toezichthouders of er aanleiding is om de overtreder een punitieve sanctie op te leggen. Een punitieve sanctie heeft niet alleen een straffende werking, maar daarvan gaat – algemeen gesproken – ook een generaal en speciaal preventief effect uit, waardoor overtredingen in de toekomst kunnen worden voorkomen.

c. Openbaarmaking van overtredingen (openbare waarschuwing) en van opgelegde sancties

De financiële wet- en regelgeving voorziet veelal in de mogelijkheid tot het openbaar maken van een geconstateerde overtreding (in de Wft aangeduid als openbare waarschuwing) of een opgelegde sanctie. De toezichthouders overwegen daartoe over te gaan als dat naar hun oordeel strookt met het doel van de overtreden wet- en regelgeving. Een openbare waarschuwing zal van belang zijn als het handhaven op dat moment voornamelijk ziet op de bescherming van de consument, de signaalwerking naar de markt en het ‘schoon houden’ van de markt.

De Wft geeft de toezichthouders in beginsel de verplichting – in plaats van de mogelijkheid – om opgelegde lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes te publiceren⁹. Daarmee is publicatie van deze op grond van de Wft opgelegde sancties het uitgangspunt. Slechts als de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van die wet, moet daarvan worden afgezien. Gelet op de doelen van het gedragstoezicht zal er voor de AFM in beginsel geen aanleiding zijn om af te zien van publicatie. Gelet op de doelen van prudentieel toezicht houdt DNB bij de beoordeling of moet worden afgezien van publicatie rekening met de potentiële impact van de publicatie op de financiële stabiliteit van de sector, de potentiële schade die wordt toegebracht aan het vertrouwen in de financiële sector en andere potentiële schade die – bezien vanuit de prudentiële toezichtstaak – relevant kan zijn.

d. Verschil in benadering tussen wel en niet onder toezicht staande ondernemingen

Een belangrijke pijler van het financieel toezicht vormt het systeem van vergunningen, registraties en notificaties. Het verrichten van activiteiten zonder de vereiste vergunning, registratie of notificatie maakt dat een onderneming zich aan het toezicht onttrekt. De doelstellingen van de toezichthouders zijn dan in het bijzonder in het geding. Uit ervaring blijkt dat een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief bij ondernemingen die de markttoetredingseisen niet in acht nemen om diverse redenen minder effectief is dan bij ondernemingen die onder toezicht staan. Dit leidt ertoe dat met betrekking tot niet onder toezicht staande ondernemingen die in strijd met de wet opereren sneller wordt overgegaan tot de inzet van zwaardere handhavingsinstrumenten.

e. Relevante omstandigheden en belangen bij de keuze voor een handhavingsinstrument

Bij de keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument in een concrete zaak houden de toezichthouders rekening met alle relevante omstandigheden van het geval en wegen zij de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af (zie paragraaf 3.e). Meer specifiek betekent dit dat de toezichthouders bij hun beoordeling onder meer betrekken, indien en voor zover in het concrete geval van toepassing:

- 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.

Deze opsomming van factoren is limitatief noch imperatief. Dit betekent dat de opsomming niet uitputtend is en dat de weging van de genoemde factoren van geval tot geval kan verschillen.

5. Verantwoording

De toezichthouders zijn voor het publiek zo veel mogelijk transparant over hun inzet van handhavingsinstrumenten. Dit

komt onder meer tot uitdrukking in de jaarverslagen, maar ook in de publicaties van waarschuwingen en van opgelegde boetes en lasten onder dwangsom.

Amsterdam, 10 juli 2008.
Stichting Autoriteit Financiële Markten,
Voorzitter Bestuur,
J.F. Hoogervorst.
Lid Bestuur,
Th.F. Kockelkoren.
De Nederlandsche Bank N.V.,
Directeur,
A.J. Kellermann.

¹ Hiermee worden de volgende wetten en de daarop gebaseerde regelgeving bedoeld: Wet op het financieel toezicht (Wft), Wet inzake de geldtransactiekantoren (Wgt), Wet toezicht trustkantoren (Wtt), Pensioenwet (Pw), Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb), Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000), Wet identificatie bij dienstverlening (Wid), Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet Mot), Sanctiewet 1977, Wet toezicht accountantorganisaties (Wta), Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) en Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte, artikel 5a). De Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv) valt buiten het bereik van het handhavingbeleid, omdat die wet niet voorziet in bestuursrechtelijke handhaving. De Wet financiële betrekkingen buitenland 1994 (Wfbb 1994) is geen toezichtswet als hiervoor bedoeld. Om deze reden is de handhaving van deze wet ook buiten het bereik van het handhavingbeleid gehouden.

² Convenant tussen de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank N.V. inzake de samenwerking en coördinatie op het gebied van toezicht, regelgeving en beleid, (inter)nationaal overleg en andere taken met een gemeenschappelijk belang met betrekking tot de uitvoering van de Wta, Wft, Pw en Wvb, Staatscourant 10 juli 2007, nr. 130/pag. 20.

³ Materieel toezicht richt zich op de naleving van de inhoudelijke bepalingen die in wet- en regelgeving zijn opgenomen ten aanzien van pensioenregelingen en pensioenuitvoerders.

⁴ Deze bepalingen gelden voor verplicht gestelde pensioenfondsen en de bijbehorende uitvoeringsorganisaties. In navolging van de wetgeschiedenis wordt het toezicht daarop in beginsel geïnitieerd door klachten over niet-naleving van deze bepalingen.

⁵ Financiële Instellingen Risicoanalyse Methode.

⁶ Hier wordt met name bedoeld op ondernemingen die onder toezicht staan terzake van de wet- en regelgeving die zij overtreden. Daarmee worden niet op één lijn gesteld de ondernemingen die vanwege hun activiteiten op een bepaalde markt onder toezicht staan, maar die een andere markt betreden zonder te voldoen aan de daarvoor geldende eisen.

⁷ De aanwijzing kan onder meer strekken tot het heenzenden van een (mede)beleidsbepaler van wie de betrouwbaarheid en/of deskundigheid niet langer buiten twijfel staat. De financiële wet- en regelgeving kent ook instrumenten die vergelijkbaar zijn met een aanwijzing, maar waarvan de strekking reeds op voorhand is bepaald, zoals het ter instemming bij DNB indienen van een saneringsplan (artikel 3:136, eerste lid, van de Wft).

⁸ Staatscourant 6 juli 2004, nr. 126 / pag. 13.

⁹ Bij de last onder dwangsom geldt de verplichting eerst ‘wanneer een dwangsom wordt verbeurd’.