

Prof. mr. D.R. Doorenbos en mr. C.A. Doets¹

Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – *Maximum overdrive*

■ 147

1. Inleiding

Op 14 mei jongstleden werd een wetsvoorstel ingediend dat strekt tot wijziging van het boetestelsel in de financiële wetgeving (hierna: de Boetewet).² Dit voorstel is een vervolg op de drie jaar eerder aangeboden Nota boetestelsel en het medio vorig jaar in consultatie gebrachte voorontwerp.³ In deze bijdrage zal een samenvatting worden gegeven van de wijzigingen die de regering met haar voorstellen beoogt aan te brengen ten opzichte van het huidige boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving. Daarbij zal tevens worden gesignaleerd op welke punten de nu gedane voorstellen afwijken van hetgeen eerder in de Nota boetestelsel en het consultatiewetsvoorstel was aangekondigd. Vervolgens zullen enkele kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het voorgestelde nieuwe boeteregime. In het bijzonder zal worden stilgestaan bij de vraag of een herziening van het boetestelsel werkelijk noodzakelijk is, zoals de wetsvoorstellers doen voorkomen.

2. Het huidige boetestelsel

Het huidige boetestelsel voorziet in een maximale boete voor een afzonderlijke overtreding van € 900 000.⁴ Het staat de AFM en DNB echter niet vrij naar eigen inzicht een boetebedrag tot aan dat maximumbedrag vast te stellen. Zij zijn wat betreft de maximumhoogte van een boete immers gebonden aan de vaste boetebedragen zoals vastgelegd op AMvB-niveau.

Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het Besluit boetes Wft.⁵ In de in art. 3, 4 en 5 van dat besluit opgenomen tabellen worden vaste boetebedragen gekoppeld aan overtreding van verschillende bij of krachtens de Wft gestelde bepalingen. Er is sprake van vijf verschillende vaste boetebedragen: € 600, € 1000, € 6000, € 24 000 en € 96 000.⁶

Indien de boete wordt opgelegd aan een van de in art. 6 lid 1 Besluit boetes Wft genoemde personen of vennootschappen (in het bijzonder financiële ondernemingen), wordt het van toepassing zijnde vaste boetebedrag vermenigvuldigd met een factor variërend van 1 tot en met 5, afhankelijk van de draagkracht van de overtreder.⁷ Deze draagkrachtfactor wordt vastgesteld aan de hand van het eigen vermogen of balanstotaal van de betreffende onderneming dan wel, met betrekking tot het verbod opvorderbare

gelden aan te trekken of daarbij te bemiddelen, de omzet die met de verboden activiteiten wordt behaald.⁸

Op basis van het bepaalde in het Besluit boetes Wft draagt de maximaal door de toezichthouder op te leggen boete wegens een afzonderlijke overtreding van een bij of krachtens de Wft gestelde bepaling momenteel € 480 000. Dat is het bedrag dat ontstaat als het boetebedrag van € 96 000 (tariefnummer 5) wordt vermenigvuldigd met de maximale draagkrachtfactor 5. Het wettelijke boetemaximum van € 900 000 kan thans dus niet door de toezichthouder worden opgelegd.

Op grond van het derde lid van art. 1:81 Wft kan de toezichthouder het volgens het Besluit boetes Wft vastgestelde boetebedrag matigen indien dat bedrag onevenredig hoog is (hardheidsclausule). Uit bestendige jurisprudentie valt af te leiden dat naar het oordeel van de rechter de toe-

1. Prof. mr. D.R. Doorenbos is hoogleraar ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Amsterdam. Mr. C.A. Doets is advocaat te Schiphol.
2. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 458, nr. 1-2. De wijzigingsvoorstellen hebben betrekking op de volgende financiële wetten: de Wet op het financieel toezicht, de Wet inzake de geldtransactiekantoren, de Wet toezicht trustkantoren, de Wet toezicht accountantsorganisaties, de Pensioenwet, de Sanctiewet 1977, de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, de Wet verplichte pensioenregeling en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.
3. Zie hierover reeds C.M. Grundmann-van de Krol in *Ondernemingsrecht* 2007, 137, p. 470-471, en A.J.T. de Jong & B.J. Feiertag, 'Nieuw boetestelsel in de financieeltoezichtwetgeving', *FR* 2007, p. 224-228.
4. Art. 1:81 lid 1 Wft. De overige financiële toezichtwetten bevatten een vergelijkbare bepaling.
5. *Stb.* 2006, 517.
6. Art. 2 Besluit boetes Wft.
7. Art. 6 lid 1 Besluit boetes Wft.
8. De wijze waarop het eigen vermogen en het balanstotaal wordt vastgesteld kan worden gevonden in art. 1 Besluit boetes Wft. Indien de toezichthouder niet beschikt over de voor de bepaling van de draagkracht noodzakelijke gegevens, verzoekt hij degene aan wie de boete zal worden opgelegd deze gegevens binnen een door hem te stellen redelijke termijn te verstrekken. Indien de betrokkene de relevante gegevens niet binnen de gestelde termijn verstrekt, is bij de vaststelling van de hoogte van de boete de hoogste draagkrachtfactor van toepassing (art. 6 lid 4 Besluit boetes Wft).

zichthouder niet te terughoudend met deze matigingsbevoegdheid mag omgaan.⁹ Weliswaar geldt het door de wetgever vastgestelde vaste boetebedrag als aanknopingspunt voor het antwoord op de vraag of die boete in zijn algemeenheid in een evenredige verhouding staat tot de ernst van de gedraging, zulks neemt niet weg dat het bestuursorgaan, aldus de bestuursrechter, van geval tot geval dient na te gaan of sprake is van evenredigheid tussen enerzijds het vaste boetebedrag en anderzijds de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en de draagkracht van de overtreder.¹⁰

3. De wijzigingsvoorstellen

3.1. Aanloop: de Nota boetestelsel

Het nu voorgestelde boetestelsel is het vervolg op de medio 2005 door de Minister van Financiën aangeboden nota 'Boetestelsel in de financiële wetgeving' (hierna: de Nota boetestelsel).¹¹ Daarin werd de gedachte van een zogenoemd 'flexibel stelsel' van maximumboetes geïntroduceerd, waarbij de toezichthouder de boetehoogte zou dienen vast te stellen aan de hand van bij algemene maatregel van bestuur vastgestelde 'boeterichtsnoeren'. De Nota boetestelsel voorziet verder in een verhoging van het wettelijk boetemaximum voor de zwaarste overtredingen van € 900 000 naar € 1 000 000 of – indien dat bedrag hoger zou zijn – tweemaal het bedrag van het wederrechtelijk verkregen voordeel, dan wel eenmaal het bedrag van de door derden geleden schade. Aan de twee laatstgenoemde bedragen werden in de Nota boetestelsel geen maxima verbonden.

Medio 2007 werd een consultatieronde gestart op basis van een voorontwerp van het thans ingediende wetsvoorstel. Bij dat consultatiestuk ging tevens een concept van een nieuw Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna: het Boetebesluit), waarin het nieuwe boetestelsel verder is uitgewerkt. Het voorgestelde Boetebesluit zal in de plaats komen van – onder meer – het huidige Besluit boetes Wft.¹² De Minister van Financiën heeft bij gelegenheid van de indiening van het wetsvoorstel op 14 mei jl. nog geen nieuw concept van het Boetebesluit openbaar gemaakt. Waar in het navolgende wordt verwezen naar het Boetebesluit betreft dit dus het concept zoals vorig jaar gepubliceerd. Wij verwachten dat het nieuwe concept daar niet wezenlijk van zal afwijken.

3.2. Het wetsvoorstel

In het nu voorgestelde boetestelsel wordt onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van overtredingen: lichte overtredingen, middelzware overtredingen en zware overtredingen. De huidige onderverdeling in vijf of zes verschillende categorieën van overtredingen (afhankelijk van de financiële wet in kwestie), gekoppeld aan vijf of zes verschillende boetecategorieën, zal hiermee verdwijnen.

3.3. Lichte overtredingen

Ten aanzien van de categorie lichte overtredingen (uitgewerkt in het Boetebesluit) blijft het stelsel van 'vaste' boetebedragen voortbestaan. Het boetebedrag dat aan deze categorie van overtredingen is gekoppeld bedraagt € 10 000.¹³ Dit bedrag betekent ten aanzien van de overtredingen waaraan thans een vast boetebedrag is gekoppeld van respectievelijk € 600 (tariefnummer 1), € 1000 (tariefnummer 2) en € 6000 (tariefnummer 3), een aanzienlijke verhoging. Zo wordt de boete voor overtreding van art. 3:43 lid 2 Wft (het verzuim een wijziging van bepaalde gegevens door te geven aan de toezichthouder), waaraan thans het tarief van € 600 is gekoppeld, onder het Boetebesluit meer dan verzes-tienvoudigd. Een ander voorbeeld: de huidige boete van € 1000 voor overtreding van art. 4:11 lid 4 Wft (het verzuim

informatie over incidenten te melden aan de toezichthouder) wordt onder het Boetebesluit vertienvoudigd.

De toelichting bij het Boetebesluit vermeldt dat de vaste boetesystematiek ten aanzien van lichte overtredingen kan blijven gelden nu het gaat om 'veel voorkomende, standaardovertredingen en minder ernstige overtredingen' en op deze wijze 'de eenvoud en efficiëntie gewaarborgd is waar dat mogelijk is'. Aan de hiervoor gesignaleerde verhoging van de boetes voor eenvoudige overtredingen wordt in de toelichting bij het Boetebesluit noch in de MvT bij de Boetewet specifiek aandacht besteed.

3.4. Middelzware en zware overtredingen

Ten aanzien van de categorie middelzware en zware overtredingen (uitgewerkt in het Boetebesluit) wordt een zogenoemd flexibel boetestelsel geïntroduceerd, waarbij het in het Boetebesluit neergelegde basisbedrag door de toezichthouder zowel in opwaartse als neerwaartse richting kan worden bijgesteld.

Het 'basisbedrag' voor middelzware overtredingen bedraagt € 500 000 en voor zware overtredingen € 1 000 000.¹⁴

Deze bedragen kunnen met maximaal 50% worden verhoogd, 'indien de ernst of duur van de overtreding een dergelijke verhoging rechtvaardigt'¹⁵ dan wel 'indien recidive een dergelijke verhoging rechtvaardigt'.¹⁶ Beide factoren werken cumulatief: het basisbedrag voor middelzware en zware overtredingen kan derhalve onder omstandigheden met maximaal 100% worden verhoogd tot € 1 000 000 respectievelijk € 2 000 000.¹⁷

Naast de bovengenoemde boeteverhogende factoren is ten aanzien van middelzware en zware overtredingen de mate van verwijtbaarheid van de overtreder van belang: de toezichthouder kan het basisbedrag van € 500 000 (middelzware overtredingen) respectievelijk € 1 000 000 (zware overtredingen) met maximaal 50% verhogen of verlagen, 'indien de mate van verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verhoging of verlaging rechtvaardigt'.¹⁸

Opmerkelijk is dat de verwijtbaarheid wel, maar de ernst of duur van de overtreding niet tevens een boeteverlagende factor kan zijn. Te denken valt aan de situatie waarbij eenmalig is gehandeld en de ernst van de overtreding beperkt is.

9. Zie CBB 29 april 2004, *JOR* 2004/173, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol (*Fin Result*); CBB 20 september 2005, *JOR* 2005/251, *JB* 2005/313 en *AB* 2005, 406; CBB 15 december 2006, *JB* 2007/35, m.nt. C.L.G.F.H.A.; en CBB 7 juni 2007, *JOR* 2007/185, m.nt. J.A.F. Peters. De rechter toetst de hoogte van de boete op grond van art. 6 EVRM 'vol' (en dus niet 'marginaal', waarbij slechts zou worden getoetst of de toezichthouder redelijkerwijs heeft kunnen komen tot de betreffende boetehoogte).
10. Zie daarover ook R. Stijnen, 'Evenredigheidsstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003, p. 1946-1953, alsmede G.P. Roth in zijn bijdrage aan deze aflevering van *Ondernemingsrecht*, in par. 3.4.
11. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2. Zie over de nota C.A. Doets, 'Nota Boetestelsel in financiële wetgeving: beoogde wijzigingen ten opzichte van het huidige regime', *V&O* 2005, p. 126-130, C.M. Grundmann-van de Krol, 'Nota Boetestelsel in financiële wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2005, 53, p. 168-169, en J.E. Groot & S.M.C. Nuyten, 'Bestuurlijke boete en 'criminal charge' in het financieel economisch recht', in: *10 jaar 'JOR' Alsnog geannoteerd*, 2006, p. 77-79.
12. 1 Onder de voorgestelde Boetewet zullen de verschillende lagere (boete)regelingen behorende bij de verschillende financiële toezichtwetten door middel van het voorgestelde Boetebesluit worden geharmoniseerd tot één uniforme AMvB.
13. Zie de in de voorgestelde Boetewet opgenomen tabellen.
14. Zie de in de voorgestelde Boetewet opgenomen tabellen.
15. Art. 12 lid 1 Boetebesluit.
16. Art. 12 lid 2 Boetebesluit.
17. Zie de nota van toelichting bij het Boetebesluit, onder het kopje 'Voorbeeld 1'.
18. Art. 13 Boetebesluit.

In de ogen van de wetsvoorstellers spelen dergelijke omstandigheden blijkbaar geen mitigerende rol ten aanzien van de op te leggen boete.¹⁹

Niet duidelijk is verder of ook een verhoging van de boete met 50% wegens een grote mate van verwijtbaarheid kan cumuleren met een verhoging op grond van de ernst/duur van de overtreding en/of recidive. In dat geval zou het basisbedrag van € 500 000 voor middelzware overtredingen respectievelijk € 1 000 000 voor zware overtredingen in totaal met maximaal 150% kunnen worden verhoogd tot € 1 250 000 respectievelijk € 2 500 000 (in geval van een ernstige overtreding, recidive en een grote mate van verwijtbaarheid). Een dergelijke verhoging van het basisbedrag met meer dan 100% stuit echter af op het in de Boetewet opgenomen boetemaximum van € 1 000 000 voor middelzware overtredingen en € 2 000 000 voor zware overtredingen.²⁰ Ook ingeval alle drie de boeteverhogende factoren van toepassing zijn, zal het boetemaximum derhalve zijn 'afgetopt' op deze maximumbedragen.

3.5. Boetematiging

Voor alle drie de boetecategorieën geldt dat het boetebedrag – dat wil zeggen het vaste bedrag van € 10 000 voor lichte overtredingen dan wel, ten aanzien van middelzware en zware overtredingen, het flexibele bedrag dat op de hierboven beschreven wijze is vastgesteld – kan worden gematigd met maximaal 100% 'indien de draagkracht van de overtreder daartoe aanleiding geeft'.²¹ Met deze mogelijkheid het boetetarief op grond van de draagkracht te verlagen komt het huidige systeem van draagkrachtfactoren te vervallen.²² Het betekent verder dat de wetvoorstellers hebben beoogd ook voor lichte overtredingen een zekere flexibiliteit te creëren, maar dan alleen in neerwaartse richting en slechts in geval van een geringe draagkracht van de overtreder.²³

Opgemerkt wordt dat deze wijziging van het systeem van draagkrachtfactoren naar een algemene matigingsmogelijkheid gevolgen zou kunnen hebben voor de stelplicht en bewijslastverdeling ten aanzien van een boeteplegging. Indien de overtreder geen beroep doet op een geringe draagkracht, zou de toezichthouder immers – nu deze niet langer zelf een keuze hoeft te maken uit de verschillende draagkrachtfactoren – kunnen volstaan met toepassing van het basistarief.

Dat deze zorg niet fictief is, blijkt uit de volgende overweging uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 november 2006 (*JOR* 2007/45): 'Een redelijke wettoepassing en bewijslastverdeling – ook in het licht van artikel 6, eerste lid, van het EVRM – brengt naar het oordeel van de rechtbank met zich dat indien het bestuursorgaan aantoonbaar dat sprake is van een overtreding en dat de overtreder terzake enig verwijt treft, terwijl de hoogte van de boete conform het vaste wettelijke tarief naar het oordeel van het bestuursorgaan en de rechter in beginsel evenredig is in verhouding tot de ernst van de gedraging en uit de voorhanden zijnde gegevens niet op voorhand blijkt dat sprake is van een verminderde verwijtbaarheid of van financiële hardheid, het aan de overtreder is om in bezwaar of beroep gemotiveerd te stellen dat toepassing van het vaste wettelijke tarief in zijn geval onevenredig uitpakt omdat hem terzake een verminderd verwijt valt te maken of dat er anderszins relevante feiten en omstandigheden spelen die nopen tot matiging van de boete'.²⁴

Zie ook de reactie van DNB van 1 oktober 2007 op het conceptwetsvoorstel (p. 15): 'Bovendien is het primair aan de overtreder om aan te tonen dat zijn draagkracht ontoereikend is om een boete te kunnen betalen. Het is van belang dat dit op heldere wijze in de toelichting tot uitdrukking wordt gebracht'.

Aan de andere kant mag van de toezichthouder worden verwacht dat zij, gezien onder meer het in art. 3:2 Awb neer-

gelegde zorgvuldigheidsbeginsel, zelfstandig onderzoek doet naar de draagkracht van een overtreder, alvorens zij toepassing geeft aan het basistarief (al dan niet vermeerderd met maximaal 100% op grond van de ernst of duur van de overtreding, recidive of verwijtbaarheid van de overtreder).²⁵

3.6. Wederrechtelijk verkregen voordeel

In het consultatiewetsvoorstel was in aanvulling op de hiervoor genoemde systematiek bepaald dat in geval van een wederrechtelijk verkregen voordeel van meer dan € 1 000 000 (middelzware overtredingen) respectievelijk € 2 000 000 (zware overtredingen) een boete mogelijk was van maximaal tweemaal het wederrechtelijk verkregen voordeel. Deze aanvullende boetecategorie, die niet van toepassing was ten aanzien van lichte overtredingen, werd in de Boetewet begrensd tot een maximum van € 10 000 000.²⁶ In de Nota boetestelsel was nog bepaald dat een dergelijke 'vrije boete' tevens inzetbaar was in geval van door derden geleden schade van meer dan € 1 000 000 respectievelijk € 2 000 000.

Beide mogelijkheden een nog hogere boete op te leggen in geval van wederrechtelijk verkregen voordeel of door derden geleden schade zijn in het huidige wetsvoorstel komen te vervallen. De MvT zegt daarover: 'Voortschrijdend inzicht heeft doen besluiten om dit achterwege te laten in dit wetsvoorstel. Voornaamste reden daarvoor is dat het voor de toezichthouder in de praktijk nagenoeg onmogelijk is om binnen een redelijke termijn na de beboetbare overtreding het als gevolg van de overtreding behaalde voordeel, respectievelijk de door derden geleden schade als gevolg van de overtreding te bepalen. In zaken die ernstige feiten betreffen en die strafrechtelijk worden aangepakt kan strafrechtelijke voordeelontneming plaatsvinden'.²⁷

19. Zie in dezelfde lijn De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) in haar reactie van 1 oktober 2007 op het conceptwetsvoorstel (p. 5): 'Zo hechten wij eraan dat de duur of de ernst van de overtreding niet alleen een boeteverhogende factor, maar tevens een boeteverlagende omstandigheid moet kunnen zijn'.

20. Zie de in de voorgestelde Boetewet opgenomen tabellen met daarin drie verschillende boetecategorieën en corresponderende basis- en maximumbedragen alsmede de bepaling luidende dat 'het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur, met dien verstande dat de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 2 000 000 bedraagt'.

21. Art. 14 Boetebesluit.

22. Ten aanzien van de wijze van vaststellen van de draagkracht van de overtreder verwijst de wetgever in de toelichting bij het Boetebesluit naar het huidige Besluit boetes Wft.

23. DNB stelt in haar reactie van 1 oktober 2007 op het conceptwetsvoorstel (p. 11) voor om ook ten aanzien van lichte overtredingen de mate van verwijtbaarheid te laten meewegen als boeteverlagende factor.

24. Deze overweging van de Rechtbank Rotterdam houdt verband met het in het bestuurs(proces)recht geldende verbod bij de beoordeling van een geschil te treden buiten de door appelland aangevoerde gronden zoals neergelegd in art. 8:69 Awb (verbod ultra petita te gaan). Zie hierover uitgebreid C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursrecht', *JBplus* 2006, p. 143-161.

25. Vergelijk in dat verband de volgende overweging uit de uitspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven van 7 juni 2007 (*LJN* BA7443): 'Naar het oordeel van het College heeft AFM in de beslissing op bezwaar op dit punt ten onrechte volstaan met de overweging dat de stelling dat appelland met een toevoeging zou (kunnen) procederen, onvoldoende onderbouwing vormt voor de gestelde draagkracht en dat de stelling terzake niet op objectieve wijze – in de vorm van een accountantsverklaring – is onderbouwd. Het had naar het oordeel van het College op de weg van AFM gelegen appelland in bezwaar in de gelegenheid te stellen zijn financiële situatie nader toe te lichten'.

26. In de Nota boetestelsel was aan deze boetecategorie nog geen begrenzing verbonden.

27. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 3, p. 3.

Deze overweging lijkt te zijn geïnspireerd op de opmerkingen van DNB in haar reactie van 1 oktober 2007 op het consultatiewetsvoorstel.²⁸ Daarin uitte DNB haar zorg dat 'het voor de toezichthouder niet altijd even eenvoudig [zal] zijn om een schatting te maken van het voordeel dat een overtreder heeft behaald met een bepaalde overtreding, zeker niet wanneer daarbij rekening moet worden gehouden met de door de overtreder gemaakte kosten'.

Wellicht heeft ook een rol gespeeld de zorg van het Openbaar Ministerie²⁹ dat té hoge bestuurlijke boetes de rol van het strafrecht als 'ultimum remedium' zouden kunnen ondergraven. De maximumboete van € 2 000 000 zoals opgenomen in het huidige wetsvoorstel is immers aanzienlijk hoger dan de maximale geldboete in het strafrecht, waarvan het plafond per 1 januari 2008 is vastgelegd op € 740 000. Het Openbaar Ministerie spreekt in dat verband van een 'toenemende discrepantie tussen het bestuursrecht en het strafrecht', waardoor 'het gevoelen [zal] kunnen ontstaan dat in het bestuursrecht zwaardere sancties gelden dan in het strafrecht'.³⁰ Zie daarover hieronder meer, in par. 4.

3.7. Beboeting van feitelijke leidinggevers

De voorgestelde Boetewet bepaalt niets ten aanzien van de mogelijkheid een boete op te leggen aan degenen die aan een overtreding feitelijk leiding hebben gegeven (zoals bestuurders), terwijl het creëren van die mogelijkheid in de Nota boetestelsel nog nadrukkelijk werd genoemd. Als reden hiervoor wordt in MvT vermeld dat de mogelijkheid bestuurders te beboeten reeds is neergelegd in de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Awb), welk wetsvoorstel voorafgaand aan de Boetewet en het Boetebesluit in werking zal treden, zodat het volgens de regering niet nodig is om in de Boetewet op dit punt een voorziening te treffen.³¹

In de MvT bij de Boetewet wordt, op advies van de Raad van State,³² genuanceerd dat de enkele hoedanigheid van bestuurder onvoldoende is om te worden aangemerkt als (beboetbare) feitelijk leidinggevende. Daarbij wordt verwezen naar vaste jurisprudentie van de (strafkamer van de) Hoge Raad, waaruit volgt dat van feitelijk leidinggeven onder omstandigheden sprake kan zijn indien maatregelen ter voorkoming van een verboden gedraging niet worden genomen en daarmee bewust de kans wordt aanvaard dat deze gedragingen zullen plaatsvinden (de zogenoemde Slavenburg-criteria).³³

Overigens zijn diverse bestuursrechtelijke uitspraken aan te wijzen waarin de indruk wordt gewekt dat het beboeten van feitelijke leidinggevers ook zonder wettelijke grondslag reeds mogelijk zou zijn.³⁴ In een recente uitspraak heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter geoordeeld dat dit rechtens niet toelaatbaar is.³⁵ Dit oordeel berust op de gedachte dat een feitelijke leidinggever als zodanig niet kan worden aangemerkt als de overtreder. De feitelijke leidinggever is immers 'slechts' degene die ter zake van de overtreding van 'zijn' rechtspersoon aansprakelijk wordt gesteld.³⁶ Zo bezien is volkomen begrijpelijk en terecht dat het College overweegt dat het legaliteitsbeginsel zich ertegen verzet dat art. 51 Sr naar analogie zou worden toegepast of dat zou worden geanticipeerd op de Vierde tranche van de Awb.³⁷

4. Kanttekeningen

Nu de hoofdlijnen van het nieuwe boetestelsel zijn geschetst, kan de vraag worden behandeld of de voorgestelde herziening ook noodzakelijk is te noemen of als een verbetering ten opzichte van de huidige situatie kan worden beschouwd.

Naar het oordeel van de Minister van Financiën schiet het huidige boetestelsel tekort. De boetes zijn op dit mo-

ment naar zijn oordeel te laag en hebben te weinig afschrikwekkende werking. Verder kan er naar het oordeel van de Minister van Financiën momenteel weinig tot geen rekening worden gehouden met de mate van verwijtbaarheid, de vraag of sprake is van recidive of het door de overtreding verkregen wederrechtelijk voordeel. Bij deze argumenten kunnen de volgende kanttekeningen worden geplaatst.

4.1. De vergelijking met (enkele) buitenlandse boetestelsels
Wat de hoogte van de boetebedragen betreft, wordt in de MvT verwezen naar de Nota boetestelsel en opgemerkt dat de boetemaxima in Nederland 'aan de lage kant' zijn in vergelijking met een vijftal onderzochte Europese landen.

In de Nota boetestelsel werd geconstateerd dat het wettelijk maximum op ongeveer € 900 000 ligt, maar dat in de praktijk slechts maximaal € 450 000 kan worden opgelegd. In de Nota boetestelsel werd in dit verband voorgesteld het maximum te verhogen naar € 1 000 000, met wijziging van de geldende systematiek, zodat dit maximum ook daadwerkelijk zou kunnen worden gehaald.

Thans, twee jaar later, wordt voorgesteld het maximum niet te verhogen naar € 1 000 000, maar naar € 2 000 000. De argumentatie voor dit nieuwste voorstel is feitelijk niet anders dan de argumentatie die in de Nota boetestelsel al werd gegeven: een grotere afschrikwekkende werking, meer voelbaarheid voor de grote instellingen en de verhouding tot de omliggende landen.

Kennelijk is € 1 000 000 in Duitsland het boetemaximum; de enkele omstandigheid dat in België, Frankrijk, Ierland en Zweden (nog) hogere boetemaxima gelden, lijkt op zichzelf nog bepaald onvoldoende rechtvaardiging om het maximum in Nederland bijna vijf maal zo hoog te stellen als het thans geldende maximum (van € 450 000 naar € 2 000 000) – nog daargelaten de verveelvoudiging ten aanzien van lichte overtredingen (van € 600 naar € 10 000).

Overigens is nog de vraag waar Nederland in Europa zou

28. Zie de website van het Ministerie van Financiën.

29. Geuit in de reactie van het OM op het consultatiewetsvoorstel (reactie d.d. 16 augustus 2007).

30. Zie par. 6 van de reactie van het OM op het consultatiedocument van 16 augustus 2007.

31. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 458, nr. 3, p. 4 en p. 6.

32. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 458, nr. 4.

33. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 458, nr. 3.

34. Vgl. ARRvS (Vzr.) 24 februari 1984, *AB* 1984, 480, m.nt. FO; ABRvS 22 maart 1995, *AB* 1995, 538; Rb. Rotterdam 15 juli 2002, *AB* 2003, 343; en in het kader van de financiële toezichtwetgeving, Rb. Rotterdam 28 juni 2005, *JOR* 2005/214, m.nt. G.P. Roth en *AB* 2006/24, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*De Bue/DNB*). Vgl. in deze zin ook de MvT bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 81, alsmede A.C. Visser, 'Individuele bestuurders het haasje?', *NJB* 2005, p. 1517-1518.

35. CBB 26 juni 2008, *IJN* BD5340.

36. Vgl. reeds de tekst van art. 51 lid 2 Sr, alsmede Noyon/Langemeijer/Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbl.), art. 51 Sr, aant. 8.2, suppl. 140 (oktober 2007): 'Het gaat hier slechts om de aanwijzing van de hoedanigheid van de aansprakelijkgestelde'.

37. Zie hierover ook G.P. Roth in zijn bijdrage aan deze aflevering van *Ondernemingsrecht*, in par. 2.2.

staan na de voorgestelde verhoging: boven Duitsland in elk geval, maar mogelijk ook nog boven tal van andere landen? Het onderzoek geeft daar geen zicht op.³⁸

Bij de vergelijking met het buitenland past intussen de kanttekening dat de preventieve kracht van een boetestelsel niet alleen afhankelijk is van de uiterlijke vormgeving (inclusief de boetemaxima), maar vooral ook van de wijze waarop het in de praktijk wordt toegepast. Uit een oogpunt van afschrikwekkende werking is de grootte van de pakkans minstens zo belangrijk als de hoogte van de strafbedreiging. Een abstracte vergelijking van boetemaxima, zonder enig zicht op de handhavingspraktijk, zegt zo bezien maar bar weinig.

4.2. Het vermeende handhavingstekort

Een belangrijke observatie is verder, dat noch in de Nota boetestelsel, noch in de MvT bij de voorgestelde wet, aannemelijk wordt gemaakt dat de huidige boetemaxima werkelijk tekortschieten. Het enkele voorbeeld van de grote financiële instelling die de boete onvoldoende 'voelt' omdat die in het niet valt bij haar draagkracht, is misschien op het eerste gezicht aansprekend, maar zou zeker niet maatgevend mogen zijn. De financiële wetgeving raakt immers een veel bredere categorie van ondernemingen en ondernemers, die stellig in meerderheid niet dezelfde draagkrachtigheid zullen bezitten als de financiële instelling uit het veel genoemde voorbeeld. Denk alleen al aan de doelgroep van de voormalige Wet financiële dienstverlening. De wetgever die een algemeen boetemaximum bepaalt, dient niet de miljonair voor ogen te hebben, maar Jan Modaal, en mutatis mutandis geldt hetzelfde binnen de financiële wetgeving.

Tegenover het voorbeeld van de – relatief – bescheiden boete voor de grote financiële instelling, staan tal van praktijkgevallen waarin de bestuursrechter de opgelegde boete heeft gematigd omdat hij deze onevenredig hoog achtte.³⁹ Reeds daarom kan de algemene stelling dat de boetemaxima te laag zouden zijn, niet worden onderschreven op basis van een enkel voorbeeld en/of gevoelens vanuit de politieke arena. Aan een zo vergaande verhoging als thans voorgesteld zou deugdelijk onderzoek ten grondslag moeten liggen naar het daadwerkelijk tekortschieten van het huidige boete-instrument. Bij gebreke van zulk onderzoek is er geen goede basis voor stellingen aangaande de afschrikwekkende werking en de voelbaarheid van de boetes.

Voor zover overigens wèl onderzoek is gedaan naar de ervaringen met de bestuurlijke boete binnen de financiële wetgeving, kan niet worden geconcludeerd dat deze ervaringen hebben uitgewezen dat het boete-instrument ontoereikend zou zijn. De evaluatie van de eerste drie jaren praktijkervaring toonde dat niet aan: integendeel zelfs, de uitkomsten daarvan waren ronduit positief.⁴⁰

Wel werd signaleerd dat in 'enkele gevallen' de vaste boete te laag zou zijn geweest om het door de overtreding behaalde voordeel weg te nemen. Een grond voor wetswijziging kon daarin moeilijk worden gelezen, alleen al vanwege de ruime mogelijkheden voor voordeelsontneming binnen het steeds inzetbare strafrechtelijk instrumentarium (transactie, schikking, ontnemingsgeding) en voorts vanwege het geringe aantal praktijkgevallen waarin dit zou hebben gespeeld. Is dat in de jaren 2004 tot en met 2007 soms fundamenteel veranderd? Noch de Nota boetestelsel, noch de toelichting bij de nu voorgestelde Boetewet geven een antwoord op die vraag.

Bij invoering van de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving was het boeteplafond van € 900 000 het hoogste vaste boetemaximum van alle wetten waarin dit instrument tot dan toe mogelijk was gemaakt. En dat is sedertdien niet echt veranderd: wanneer dit maximum wordt afgezet tegenover de maxima van andere wetten – inmiddels zo'n

zeventig⁴¹ – waarin de bestuurlijke boete voorkomt, springt het er nog steeds uit. In de lange lijst wetten met een bestuurlijk boetestelsel bevinden zich uiteraard veel uiteenlopende wetten, maar ook in de vergelijking met de overige (niet-financiële) toezichtwetten is het vigerende boetemaximum hoog. Genoemd kunnen worden de Telecommunicatiewet, de Postwet, de Mededingingswet en de Mediawet. Het maximale vaste boetebedrag uit de financiële wetgeving is nog steeds twee tot vier maal zo hoog als dat uit de andere wetten. Zo is het boetemaximum in de Mededingingswet € 450 000 en in de Mediawet € 225 000.

Weliswaar kent onder andere de Mededingingswet tevens een flexibel boetemaximum van 10% van de omzet van de betrokken onderneming(en), zoals in de MvT ook wordt signaleerd, maar daarbij zij dan wel bedacht dat de Mededingingswet het naar huidig recht zonder strafrechtelijk sluitstuk moet stellen. Bij gebreke van alternatieve handhavingsmogelijkheden, is een hoog boetemaximum eerder te rechtvaardigen dan ingeval voor de meer ernstige normschendingen de inzet van het (economisch) strafrecht mogelijk is, zoals dat in de financiële wetgeving het geval is.

In geval van recidive zou een toezichthouder onder omstandigheden bovendien een last onder dwangsom kunnen opleggen strekkende tot voorkoming van nieuwe overtredingen (zogenoemde preventieve last onder dwangsom). Indien degene aan wie een dergelijke last is gericht opnieuw een overtreding begaat, verbeurt deze daarmee van rechtswege de in de last vervatte dwangsom. De mogelijkheid dit handhavinginstrument in te zetten doet verder afbreuk aan het betoog van de wetgever dat het voorkomen van recidive noodzaakt tot het verhogen van de huidige boetebedragen.

De (veronder)stellingen inzake preventieve werking en effectiever handhaving berusten niet op onderzoek, niet op gebleken tekortkomingen – onvoldoende afschrikking, onvoldoende effect – en moeten het dus doen zonder bewijs. En zo wordt het boetestelsel fundamenteel gewijzigd, wordt

38. Deze kanttekening is ook geplaatst door leden van de CDA-fractie en VVD-fractie van de Tweede Kamer in het verslag van de vaste commissie van Financiën inzake het wetsvoorstel vastgesteld op 23 juni 2008 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 458, nr. 5, p. 2-3): 'In de memorie van toelichting wordt gesuggereerd dat boetes in Nederland aan de lage kant zijn. Is de regering bereid het in de memorie van toelichting genoemde onderzoek naar de boetes in omringende landen aan de Kamer te sturen? Kan worden aangegeven, door middel van een cijfermatige inderbouwing, waarom gekozen is voor deze boetebedragen?' en 'De leden van de VVD-fractie lezen in de memorie van toelichting dat in vergelijking met de onderzochte landen in Europa de bestuurlijke boetes in Nederland aan de lage kant zijn. Kan de regering dit in een vergelijkend overzicht met de meest recente inzichten concreetiseren?'

39. Zie de hiervoor aangehaalde jurisprudentie.

40. Evaluatie van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving, *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 370, nr. 1. Zie daarover o.a. F. de Vries, Het bestuurlijk sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving, *TOS 2004*, p. 150-158, die opmerkt dat de invoering van het bestuurlijk sanctie-instrumentarium (waaronder dus m.n. de bestuurlijke boete) algemeen beschouwd wordt als een succes. Zie voorts A.C. Visser, *NJB 2005*, op p. 151, waar ook hij spreekt van een succes: meer handhaving, doeltreffender handhaving, preventieve werking en accentverschuiving in de handhaving van strafrecht naar bestuursrecht.

41. Zie het geactualiseerde overzicht dat is gevoegd bij de MvA aan de Eerste Kamer inzake het wetsvoorstel Vierde tranche Awb, *Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, C, p. 57-58.

het strafrecht voorbijgestreefd, zonder dat daartoe de noodzaak is gebleken.⁴²

4.3. De preventieve kracht van openbaarmaking

In verband met het voorgaande moet nog een ander aspect worden belicht. Binnen de financiële wereld pleegt grote waarde te worden toegekend aan de goede reputatie. Het feit dat een bestuurlijke boete wordt gepubliceerd zal voor een financiële instelling in de regel (veel) zwaarder wegen dan de financiële last daarvan. Juist voor de grote financiële instellingen schuilt het afschrikwekkende van de bestuurlijke boete dan ook niet zozeer in de hoogte van die boete, maar veel meer in de wetenschap dat die boete onder vigeur van de Wft zal worden openbaar gemaakt, met alle gevolgen van dien voor de goede naam.⁴³

In de toelichting op de voorstellen wordt hieraan ten onrechte voorbijgegaan. Zou daarentegen worden onderkend dat de preventieve kracht en afschrikwekkende werking van de bestuurlijke boete juist voor de grote instellingen in dat publicitaire aspect gelegen is, dan zal tegelijkertijd duidelijk zijn dat de hoogte van de boetemaxima er veel minder toe doet dan de toelichting wil doen geloven.⁴⁴

Bij de actuele stand van de wetgeving volgt in de regel reeds bij beboeting vanaf € 24 000 een openbaarmaking en wordt daarnaast elke boete (eventueel dus: nogmaals) openbaar gemaakt zodra deze rechtens onaantastbaar is geworden. Deze vergaande vorm van *naming & shaming* is buitengewoon afschrikwekkend. Reeds daarom bestaat geen reden om te streven naar een verhoging van boetemaxima die wordt ingegeven door het argument dat de boete meer 'voelbaar' moet zijn. Sinds 1 januari 2007 is die boete immers al pijnlijk voelbaar, en wel het sterkst bij de grootste instellingen. Want hoe groter de reputatie, des te groter ook de schade die kan optreden bij een verplicht te publiceren beboeting.

4.4. De verhouding met het strafrechtelijk boetestelsel

In de Nota boetestelsel en ook in de MvT bij het wetsvoorstel wordt volstaan met een (summiere) externe rechtsvergelijking, waarna de conclusie volgt dat de boetemaxima te laag zijn. Van meer belang lijkt echter de interne rechtsvergelijking, te weten die met de boetemaxima uit het strafrecht. Vanuit de gedachte dat de meer ernstige wetsovertredingen in aanmerking moeten komen voor een strafrechtelijke aanpak, zou het systematisch zo moeten zijn dat de boetemaxima daar ook het hoogst liggen.⁴⁵

Welnu: dat laatste is zelfs naar huidig recht al niet het geval. Op het terrein van het strafrecht – gereserveerd dus voor de meest ernstige overtredingen van de financiële wetgeving – zijn de boetemaxima nog recent aangepast en vastgesteld op ten hoogste € 74 000 (voor natuurlijke personen) respectievelijk € 740 000 (voor rechtspersonen).⁴⁶ Ook die boetemaxima gelden voor alle ondernemers en ondernemingen, van eenmanszaak tot multinational. En desondanks heeft de wetgever op dit terrein nimmer voorgesteld de geldboetes te verhogen onder het motto dat de laatstgenoemde categorie van mogelijke wetsovertreders een boete van € 740 000 niet of onvoldoende zou 'voelen'.

Dat potentiële buitenlandse wetsovertreders zouden worden aangetrokken door dergelijke, in de ogen van de wetsvoorstellen kennelijk te lage, geldboetemaxima, is alderminst aannemelijk te achten en overigens ook nog nooit onderzocht of vastgesteld. Waarom dit geheel anders zou zijn waar het gaat om bestuurlijke boetes, valt niet in te zien.

De voorstellen veroorzaken, zoals ook het Openbaar Ministerie in zijn reactie op het conceptwetsvoorstel heeft signaleerd,⁴⁷ een discrepantie tussen het bestuurlijk boeterecht en het strafrecht. Dezelfde wetsovertreding die binnen het bestuursrecht zou kunnen worden beboet met maximaal € 2 000 000, zou binnen het strafrecht 'slechts' kun-

nen worden beboet met maximaal € 740 000. Dit valt niet te rijmen met het uitgangspunt – dat ook in de jongste voorstellen blijft gelden – dat de meest ernstige wetsovertredingen strafrechtelijk behoren te worden afgedaan. Wanneer de voorstellen wet worden, zal daarentegen juist de neiging bestaan die meest ernstige gevallen bestuursrechtelijk af te doen, omdat het boete-instrumentarium daar driemaal zo zwaar is als in het strafrecht. Zeker ingeval de wetsovertreding wordt toegerekend aan een rechtspersoon – die zich bij uitstek leent voor financiële bestraffing – zal dat mechanisme optreden. De onderlinge verhouding tussen de beide stelsels van rechtshandhaving wordt aldus omgedraaid.

Wellicht ten overvloede zij hierbij nog opgemerkt dat de voorstellen tot wijziging van het boetestelsel niet geïsoleerd kunnen worden beoordeeld: zij moeten wel worden beoordeeld in samenhang met het bestaande stelsel van strafrechtelijke handhaving, alleen al omdat voor verreweg de meeste wetsovertredingen geldt dat zij naar keuze bestuursrechtelijk of strafrechtelijk kunnen worden afgedaan. Wie meent dat een bestuurlijke boete in voorkomend geval te kort zou schieten, hoeft zich geen zorgen te maken over de

42. Interessant is dat ook binnen de politiek de wens lijkt te ontstaan de ontwikkeling van de bestuurlijke boetes een zekere halt toe te roepen. Zie in dat verband het voorlopige verslag van de vaste commissie van justitie van de Eerste Kamer inzake het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (*Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, B, p. 10): 'De leden van de VVD-fractie constateren, en de leden van de SP-fractie sluiten zich daarbij aan, dat de bestuurlijke boeteregeling, de bestuurlijke punitieve sanctie, zich bijna onopgemerkt als ene olievlek in ons rechtsbestel verspreidt en zich daarin nestelt met het gevaar het privaatrecht het strafrecht te overschaduwen ten detrimente van de rechtsbescherming van de burger. Gezien deze ontwikkeling zou er op zijn minst een fundamentele discussie moeten plaats vinden over de meer fundamentele vraag over de wenselijkheid van bestraffing door het bestuur in plaats van de rechter. En die discussie heeft al lange tijd in Nederland niet meer plaats gevonden'. Het kabinet zal getuige de memorie van antwoord als reactie op deze wens een notitie opstellen met daarin 'een geactualiseerde visie op de keuze tussen de verschillende sanctiestelsels' welke notitie medio 2008 aan de Staten-Generaal zal worden aangeboden (*Kamerstukken I 2007/08*, 29 702, C, p. 23).

43. Zie daarover D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 38, Deventer: Kluwer 2007, p. 85, met nadere bronvermelding.

44. Vergelijk de reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) van 28 september 2007 op het conceptwetsvoorstel: 'In de voorgedrukte stukken wordt geen aandacht besteed aan de publicatie van opgelegde boetes. In het kader van de totstandkoming van de Wft hebt u steeds tegengesproken dat publicatie van boetes gericht is op leedtoevoeging. Wij van onze kant hebben steeds betoogd dat publicatie beschouwd moet worden als een extra sanctie'.

45. Althans niet lager dan in het bestuurlijk boeterecht. In dit verband kan nog worden verwezen naar de stemming op de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging van 14 juni 2002 over de (preadviezen inzake) Herziening van het sanctiestelsel. De grote meerderheid der aanwezigen meende dat voor strafrechtelijke geldboetes en bestuurlijke boeten in beginsel dezelfde maxima zouden moeten gelden. Zie *Handelingen NJV 2002-II*, Deventer 2003, p. 104. Een voorbeeld biedt het bestuurlijk boetestelsel uit de Wet handhaving consumentenbescherming, waar in art. 2.15 het boetemaximum wordt bepaald op het bedrag van de vijfde categorie geldboete als bedoeld in art. 23 Sr. Het rechtstreeks aanhaken bij de geldboetecategorieën in het strafrecht heeft overigens ook als voordeel dat bij een wijziging van de tarieven (inflatiecorrectie) geen wetswijziging nodig is, hetgeen wel het geval is wanneer in de wet absolute bedragen worden genoemd.

46. Zie het Besluit van 13 november 2007 tot wijziging van de bedragen van de in art. 23 lid 4 Sr bedoelde geldboetecategorieën (*Stb.* 456), in werking getreden op 1 januari 2008.

47. Zie hiervoór, voetnoot 30.

rechtshandhaving, omdat in een dergelijk geval steeds strafrechtelijk kan worden opgetreden.⁴⁸

De inzet van het strafrecht kan allereerst preventief zijn, door de inzet van voorlopige maatregelen en dwangmiddelen. Langs die weg kan een vermeende wetsovertreder reeds het verder opereren onmogelijk worden gemaakt, doordat hem bijvoorbeeld wordt bevolen zich te onthouden van bepaalde gedragingen (op straffe van aansprakelijkheid ter zake van een misdrijf). Dat kan op de korte termijn al zeer effectief zijn. De inzet van het strafrecht kan daarnaast uiteraard repressief zijn, waarbij door de variëteit in de sanctiemogelijkheden maatwerk kan worden geleverd en meer kan worden bereikt dan door de enkele inzet van het boete-instrument. Tot slot kan de inzet van het strafrecht ook reparatoir zijn, door het opleggen van maatregelen op het terrein van schadevergoeding, voordeelsontneming en andersoortige herstelverplichtingen.

Bij al deze mogelijkheden kan voor elke meer ernstige wetsovertreding of recidivist een passende aanpak worden gevonden. Het verhogen van boetemaxima is daartoe niet noodzakelijk te achten.

4.5. Boetemaximum voor feitelijke leidinggevers (natuurlijke personen)

Een ander punt van aandacht betreft de positie van de feitelijke leidinggever in relatie tot de voorgestelde boetemaxima. In het strafrecht is de hoogste geldboetecategorie (van € 740 000) in beginsel gereserveerd voor rechtspersonen. Het maximum van die hoogste geldboetecategorie ligt binnen het wettelijk systeem tienmaal zo hoog als het voor natuurlijke personen geldende boetemaximum (van € 74 000). In de discussie over de mogelijkheid tot beboeting van leidinggevers, waaronder zowel formele als feitelijke bestuurders kunnen worden begrepen, heeft men in de regel de individuele natuurlijke personen 'achter de rechtspersoon' voor ogen.⁴⁹

Als gezegd, kunnen natuurlijke personen in het strafrechtelijk boetestelsel in beginsel niet worden geconfronteerd met een hogere geldboete dan die van € 74 000. Bij een meervoud van strafbare feiten kan het boetebedrag dan weliswaar cumuleren,⁵⁰ maar vooraleer een bedrag wordt bereikt van € 740 000 moet de betrokkene het wel heel bont hebben gemaakt. Bovendien dwingt de (gemiddeld genomen) relatief beperkte draagkracht van natuurlijke personen al vrij snel tot matiging. Geldboetes die de genoemde (basis)grens van € 74 000 overstijgen, pleegt de strafrechter aan natuurlijke personen zelden op te leggen.

Tegen deze achtergrond moet worden vastgesteld dat in het voorgestelde boetestelsel voor de financiële wetgeving geen enkel onderscheid is aangebracht in de boetemaxima naargelang het een rechtspersoon of een natuurlijke persoon betreft. Het is wenselijk deze nuance wel aan te brengen en in de wet tot uitdrukking te brengen dat de boeteplegger zich ten opzichte van natuurlijke personen binnen (veel) strikter grenzen behoort te bewegen.⁵¹ Dat is beter dan de boeteplegger hier 'carte blanche' te geven.

4.6. Flexibilisering

Volgens de MvT biedt het huidige boetestelsel onvoldoende mogelijkheid om rekening te houden met alle omstandigheden die bij een overtreding aan de orde kunnen zijn. Daarbij zal bovenal zijn gedacht aan strafverzwarende omstandigheden, omdat de boeteplegger op grond van de jurisprudentie alle ruimte heeft om de boete (tot nihil) te matigen en daar onder omstandigheden zelfs toe verplicht is. Voor het neerwaarts bijstellen van het wettelijk bepaalde boetebedrag bestaan dan ook reeds nu volop mogelijkheden;⁵² de aangehaalde stelling zal derhalve vooral betrekking hebben op mogelijkheden voor verhoging.

Volgens de voorstellen kan de boete worden verhoogd

op grond van ernst of duur van de overtreding, op grond van recidive of op grond van de mate van verwijtbaarheid.

Daarmee is de flexibiliteit van het boetestelsel nog maar zeer beperkt. Weliswaar wordt thans een aantal belangrijke omstandigheden geïdentificeerd die voor de boetetoemeting van belang kunnen zijn – ernst/duur, recidive, verwijtbaarheid, draagkracht – daarmee hebben de wetvoorstellers vanzelfsprekend nog lang niet alle denkbare omstandigheden te pakken: de overtreding kan ten tijde van de beboeting erg oud zijn, de zaak kan door het bestuursorgaan buitengewoon traag zijn behandeld, de overtreder kan inmiddels in geheel andere omstandigheden verkeren (de bestuurder kan zijn ontslagen of vertrokken, de dienstverlener kan in een andere sector werkzaam zijn, enzovoort), de wetgeving kan zijn gewijzigd, de overtreding kan reeds hebben geleid tot civielrechtelijke acties, de overtreder kan reeds ernstig zijn getroffen door negatieve publiciteit, enzovoorts. Al dergelijke (andere) omstandigheden zullen (kennelijk) hooguit kunnen doorwerken via de algemene matigingsbevoegdheid.

Daarbij valt op te merken dat het uitgangspunt van de bestuursrechter, inhoudende dat een wettelijk vastgelegd boetebedrag in beginsel als evenredig moet worden aangemerkt,⁵³ voor een strafrechter tamelijk onbegrijpelijk is. De strafrechter wikt, weegt en komt dan aan de hand van alle concrete omstandigheden en met inachtneming van de persoon van de verdachte tot een hoogst individuele straftoemingsbeslissing. Dat de wetgever in staat zou zijn om vooraf, in abstracto, een *proportioneel* boetebedrag te bepalen dat past op alle toekomstige casusposities onder eenzelfde wetsartikel, is vanuit strafrechtelijk perspectief bijna onbestaanbaar. Immers: 'Iedere strafrechter van eenige ervaring weet, dat er schier geen twee gevallen van overtreding van één en hetzelfde wettelijk verbod zijn, die objectief en subjectief gelijk staan. Daarom is er in het wezen der zaak geen groter *ongelijkheid* dan de *gelijkheid*, die hierin wordt gezocht, dat men in alle gevallen van gelijke of gelijksoortige overtredingen gelijke (principale of accessoire) straf toepast'.⁵⁴

Dat de wetgever op het terrein van de bestuurlijke boete wel denkt dat hij over de gave beschikt al vooraf te zien dat toekomstige gevallen over één kam kunnen worden geschooren, en dat hij zich daarin zelfs gesteund kan voelen door het

48. Zie daarover nader D.R. Doorenbos, *Strafrechtelijke handhaving van de Wft*, in: D. Busch e.a. (red.), *Onderneming en financieel toezicht*, Serie Onderneming en Recht, deel 40, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566.

49. Uit HR 25 januari 2000, *NJ* 2000, 279 kan worden afgeleid dat ook rechtspersonen kunnen fungeren als feitelijke leidinggevers in de zin van art. 51 Sr, maar die mogelijkheid laten wij thans even terzijde.

50. Zie de bepalingen inzake Samenloop van strafbare feiten, m.n. art. 57 e.v. Sr.

51. Een voorbeeld hiervan is te vinden in art. 97 van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden, waarin de wetgever met zijn bestuurlijk boetestelsel zo nauw mogelijk heeft willen aansluiten bij het strafrechtelijk systeem (zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 474, nr. 3, p. 89). Zo kan het dus ook! Het voorbeeld illustreert hoezeer op het terrein van de bestuurlijke boete – voorzien in zo'n zeventig wetten – een lappendeken is ontstaan: de ene wetgever is de andere niet.

52. Zie art. 1:81 lid 3 Wft (hardheidsclausule) en art. 3:4 lid 2 Awb. In de praktijk maken de financiële toezichthouders geregeld gebruik van de mogelijkheid het vaste boetebedrag te matigen. Zie bijvoorbeeld CBB 12 juni 2007 (*RF* 2007, 51 en *JOR* 2007/186), in welke zaak DNB het (toenmalige) vaste boetetarief van € 87 125 matigde tot € 25 000, en Rb. Rotterdam 11 november 2005 (*JOR* 2006/15), in welke zaak DNB het (toenmalige) vaste boetetarief van € 87 125 matigde tot € 10 000.

53. Zo bijvoorbeeld recent nog CBB 1 april 2008, *JOR* 2008/165 (*ABP/DNB*). De bestuursrechter volgt daarmee overigens de lijn die ook in de MvT bij het wetsvoorstel inzake de Vierde tranche Awb is uitgezet; zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142-143.

54. Citaat ontleend aan het redactioneel commentaar in het *Weekblad van het Recht* van 7 juni 1899 (*W.* 7280).

hierboven bedoelde uitgangspunt van de bestuursrechter, toont maar weer eens aan hoe zeer het bestuursrecht(e)rlijk perspectief afwijkt van het strafrecht(e)rlijk perspectief. Waar het gaat om bestraffing van wetsovertredingen die naar keuze nu eens in het ene, dan weer in het andere rechtsstelsel kunnen plaatsvinden, treedt deze afwijkende benadering wel heel sterk op de voorgrond. Het zou goed zijn de bestaande verschillen niet nodeloos te vergroten.

5. Conclusie

Het wetsvoorstel tot wijziging van het boetestelsel in de financiële wetgeving voorziet in een zeer forse verhoging van de boetemaxima. Nuchter beschouwd, bestaat daarvoor geen enkele aanleiding of noodzaak. De thans bestaande boetemaxima zijn nog lang niet ten volle benut en derhalve zou kunnen worden volstaan met een optimaler gebruik van het huidige instrumentarium. Het geldende boetemaximum is reeds hoog: in absolute en in relatieve zin, binnen het bestuursrecht en daarbuiten. Over de gehele linie bezien,

zijn er geen aanwijzingen dat de boetemaxima in de praktijk tekort zouden schieten en onvoldoende afschrikkende werking zouden hebben. Empirische gegevens die anders zouden uitwijzen, ontbreken, terwijl de nog vrij recente evaluatie van het onderhavige boetestelsel juist op succes wees. Wanneer daarbij thans wordt betrokken dat sinds 1 januari 2007 praktisch elke serieuze boete wordt gepubliceerd, publiciteit waarvan juist de grootste instellingen het meest te vrezen hebben, luidt de conclusie eenvoudigweg dat het bestaande boetemaximum van € 900 000 toereikend is te achten. Hooguit zou dit symbolisch kunnen worden verhoogd naar het oorspronkelijk voorgestelde, mooi ronde maximum van € 1 000 000. Ook met een dergelijk maximum zou het boetestelsel van de financiële wetgeving de ranglijst van nationale boetestelsels nog blijven aanvoeren. En de enkele omstandigheid dat er dan landen aanwijsbaar zullen zijn die nóg hogere boetemaxima kunnen noemen, levert op zichzelf nog geen enkele grond op voor wetswijziging.