

JOR 2015/42 CBB, 20-11-2014, AWB 13/184, ECLI:NL:CBB:2014:455
Bestuurlijke boete wegens overtreding art. 4:23 lid 1 Wft, Beboeting normadressaat staat los van mogelijk aan feitelijk leidinggevende op te leggen boete, Ruime beleidsvrijheid toezichthouder bij uitvoeren van draagkrachtmeting, Toetsing aan de hand van financiële situatie ten tijde van nemen boetebesluit

Publicatie	JOR 2015 afl. 2
Publicatiedatum	05 februari 2015
College	CBB
Uitspraakdatum	20 november 2014
Rolnummer	AWB 13/184 LJN ECLI:NL:CBB:2014:455
Rechter(s)	mr. Aerts mr. Doolaard mr. Waterbolk
Partijen	X BV, appellante, gemachtigde: mr. J.A.A. van de Westelaken, tegen de Stichting Autoriteit Financiële Markten, gemachtigde: mr. H.J. Sachse.
Noot	mr. S.M.C. Nuijten
Trefwoorden	Bestuurlijke boete wegens overtreding art. 4:23 lid 1 Wft, Beboeting normadressaat staat los van mogelijk aan feitelijk leidinggevende op te leggen boete, Ruime beleidsvrijheid toezichthouder bij uitvoeren van draagkrachtmeting, Toetsing aan de hand van financiële situatie ten tijde van nemen boetebesluit,
Regelgeving	Wft - 4:23

» **Samenvatting**

Dat sprake is geweest van overtreding van art. 4:23, eerste lid, aanhef en onder a en b Wft is niet in geschil. Deze bepaling richt zich tot een financiële onderneming, zodat appellante moet worden aangemerkt als normadressaat en niet [naam 5]. AFM heeft in het boetebesluit afdoende gemotiveerd dat appellante de overtreding heeft begaan. Dit betekent dat AFM bevoegd was om aan appellante een boete op te leggen. Beboeting van appellante als normovertreder is niet afhankelijk van de uitoefening van separate discretionaire bevoegdheden, zoals de mogelijkheid om een feitelijk leidinggevende te beboeten. De mogelijkheid op te leggen boete aan een feitelijk leidinggevende komt naast, niet in de plaats van de boete die aan de normadressaat kan worden opgelegd.

De door appellante begane overtreding moet als ernstig en verwijtbaar worden gekwalificeerd. Ook indien [naam 5] feitelijk leiding zou hebben gegeven aan de overtreding, doet dat niet af aan het verwijt dat de rechtspersoon als overtreder kan worden gemaakt.

Bij het vaststellen van de boetehoogte is voldoende rekening gehouden met de draagkracht van appellante. Uit art. 4 van het Besluit volgt niet dat het vaststellen van de draagkracht enkel op basis van het eigen vermogen van de onderneming moet geschieden. Blijkens de Nota van Toelichting bij het Besluit (Stb. 2009/329) komt de toezichthouder een ruime mate van beleidsvrijheid toe bij het uitvoeren van de draagkrachtmeting. Dit betekent dat het AFM vrijstond om zowel het eigen vermogen als het winstniveau te betrekken bij het vaststellen van de draagkracht van appellante.

Volgens vaste rechtspraak wordt bij het opleggen van een bestuurlijke boete de draagkracht bepaald op basis van de financiële situatie ten tijde van het nemen van het besluit tot oplegging van die boete, zoals recentelijk werd bevestigd in het arrest van de HR 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:685). AFM was dus niet gehouden om rekening te houden met de financiële situatie van de vennootschap ten tijde van het begaan van de overtreding. Appellante heeft niet betoogd dat haar financiële situatie nadien zodanig is gewijzigd dat op grond daarvan tot een verdere verlaging van de boete zou moeten worden overgegaan.

» Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 21 februari 2013 (ECLI:NL:RBROT: 2013:1026).

AFM heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2014, waarbij de gemachtigden van partijen zijn verschenen. Daarnaast zijn namens appellante [naam 2] en [naam 3], en namens AFM [naam 4] verschenen.

Grondslag van het geschil

1.1. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2. AFM heeft in 2010 bij appellante een onderzoek uitgevoerd met betrekking tot de zorgplicht bij het adviseren en bemiddelen in hypothecair en consumptief krediet en eventuele betalingsbeschermers. Daartoe heeft AFM een zogenoemd managementgesprek gevoerd met de toenmalige bestuurder van appellante, [naam 5] ([naam 5]). Tevens heeft AFM tien willekeurig gekozen dossiers uit de periode van 1 augustus 2009 tot 1 augustus 2010 en de e-mailbox van [naam 5] onderzocht. Ook heeft AFM over de periode 2009 en 2010 klachtendossiers opgevraagd en aanvullende vragen gesteld.

1.3. Bij besluit van 6 september 2011 heeft AFM aan appellante een bestuurlijke boete van €0.000,- opgelegd wegens overtreding van artikel 4:23, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft), omdat appellante in alle tien onderzochte dossiers onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de financiële positie, kennis en ervaring, doelstellingen en/of risicobereidheid van haar cliënten, zodat appellante haar advies niet heeft kunnen baseren op de informatie die zij had moeten inwinnen. Bovendien heeft appellante haar advies in vijf dossiers niet op de juiste wijze gebaseerd op de wel ingewonnen informatie.

1.4. Tegen dit besluit heeft appellante bezwaar gemaakt. Daarnaast heeft zij om een voorlopige voorziening verzocht ten aanzien van de voorgenomen publicatie van de boete. Bij uitspraak van 6 december 2011 heeft de voorzieningenrechter het besluit geschorst voor zover dat ziet op de vroegtijdige publicatie van het besluit. Bij besluit van 6 april 2012 (het bestreden besluit) heeft AFM het bezwaar tegen het boetebesluit ongegrond verklaard, maar wel bepaald dat wordt afgezien van vroegtijdige publicatie. Tegen dit besluit heeft appellante beroep bij de rechtbank ingesteld.

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard, waartoe zij, samengevat weergegeven, het volgende heeft overwogen.

2.2. De financiële onderneming is normadressaat van artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a en b Wft, en niet [naam 5] persoonlijk. De benadeelde klanten deden zaken met appellante en niet met [naam 5]. AFM heeft terecht geoordeeld dat appellante de overtreding heeft begaan. Dat AFM de bevoegdheid heeft om ook de feitelijk leidinggevende te beboeten, maakt niet dat zij bij het opleggen van de boete aan appellante moet verklaren waarom niet ook een boete aan een mogelijk andere overtreder wordt opgelegd. AFM heeft in redelijkheid gebruik kunnen maken van de bevoegdheid om appellante een boete op te leggen.

AFM heeft door matiging van de boete tot 10% van het basisbedrag voldoende rekening gehouden met de draagkracht van appellante. Een verdere matiging van de boete tot nihil is niet aangewezen, aangezien AFM een juiste afweging heeft gemaakt tussen de ernst van de gedraging en de verwijtbaarheid enerzijds, en de draagkracht van appellante anderzijds.

In het bestreden besluit is afgezien van vroegtijdige publicatie op grond van artikel 1:97 Wft. AFM is op grond van artikel 1:98 van de Wft gehouden om het besluit op bezwaar te publiceren zodra dit onherroepelijk is geworden, nu niet is gesteld noch gebleken dat de publicatie strijdig zou zijn met het doel van het door AFM uitgeoefende toezicht.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1. Appellante heeft drie hogerberoepsgronden aangevoerd tegen de aangevallen uitspraak. Ter zitting heeft de gemachtigde van appellante aangegeven haar tweede hogerberoepsgrond, gericht tegen de publicatie van het besluit op bezwaar, in te trekken.

3.2.1. In de eerste van de twee resterende hogerberoepsgronden voert appellante aan dat AFM de boete had moeten opleggen aan [naam 5] als feitelijk leidinggevende in plaats van aan de vennootschap. [Naam 5] was ten tijde van de overtreding enig aandeelhouder en bestuurder van de vennootschap en bepaalde als enige het beleid. Nu artikel 4:23 Wft bij uitstek ziet op de capaciteiten van een (individuele) bestuurder, en nu de huidige bestuurder in de onderhavige periode op geen enkele wijze aan de vennootschap was verbonden, zou [naam 5] degene moeten zijn die de boete krijgt opgelegd.

Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis dat het de intentie van de wetgever is dat de feitelijke overtreder wordt beboet. Ook uit de jurisprudentie, zoals bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 23 februari 1954 (NJ 1954/78, het zogenoemde IJzerdraadarrest) en een uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 8 mei 2012 (ECLI:NL:RBZLY:2012:BW5187) blijkt dat de boete kan en moet worden opgelegd aan de feitelijk leidinggevende. Hoe dan ook kan de stelling van AFM dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid niet gelden als afdoende motivering voor de gemaakte keuze. Mede rekening houdend met de waarborgen van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) had AFM een zorgvuldige belangenafweging én een deugdelijke motivering aan de uitoefening van haar bevoegdheid ten grondslag moeten leggen.

3.2.2. Volgens AFM miskent appellante dat onder het boetestelsel geïntroduceerd met de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het beboeten van een opdrachtgever of feitelijk leidinggevende een additionele en discretionaire bevoegdheid is.

Uit de toelichting bij de desbetreffende wetsbepalingen en de literatuur op dit gebied blijkt duidelijk dat AFM kan volstaan met het opleggen van een bestuurlijke boete aan de normadressaat. Ook de door appellante in haar hogerberoepschrift aangehaalde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 15 februari 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BP5303) vermeldt expliciet dat het al dan niet tevens beboeten van anderen, die mogelijk ook verwijtbaar hadden gehandeld, nog niet maakt dat een opgelegde boete willekeurig zou zijn.

AFM stelt dat zij niet gehouden is om het al dan niet beboeten van derden in het boetebesluit te motiveren, maar zij heeft de keuze in dit geval desondanks nader toegelicht in haar beslissing op bezwaar. Aangezien appellante normadressaat is van artikel 4:23 Wft, en gelet op de ernst van de schending en de verwijtbaarheid van appellante als overtreder, is het passend dat aan haar een boete wordt opgelegd. Bovendien heeft beboeting speciale en generale preventieve werking, en is dit in het belang van de potentieel getroffen cliënten van appellante. Deze belangen zouden niet op gelijke wijze worden gediend door beboeting van (alleen) [naam 5].

3.2.3. Niet in geschil is dat sprake is geweest van overtreding van artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a en b Wft. Deze bepaling richt zich tot een financiële onderneming, zodat appellante moet worden aangemerkt als normadressaat en niet [naam 5]. AFM heeft in het boetebesluit afdoende gemotiveerd dat appellante de overtreding heeft begaan. Dit betekent dat AFM bevoegd was om aan appellante een boete op te leggen. Beboeting van appellante als normovertreder is niet afhankelijk van de uitoefening van separate discretionaire bevoegdheden, zoals de mogelijkheid om een feitelijk leidinggevende te beboeten. Zoals

terecht opgemerkt door AFM gaat het om een additionele en discretionaire bevoegdheid: de mogelijkheid op te leggen boete aan een feitelijk leidinggevende komt naast, niet in de plaats van de boete die aan de normadressaat kan worden opgelegd.

De eerste hogerberoepsgrond faalt.

3.3.1. De tweede hogerberoepsgrond van appellante is gericht tegen de hoogte van de opgelegde boete. Op grond van artikel 2, tweede en derde lid, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna: Besluit) dient AFM rekening te houden met de ernst en de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. In verband met de omstandigheden van het geval zou het basisbedrag van de boete moeten worden verlaagd tot nihil. Zelfs indien die omstandigheden verlaging op grond van artikel 2 van het Besluit niet zouden kunnen rechtvaardigen, dan zou het gebrek aan draagkracht van appellante op basis van artikel 4 van het Besluit alsnog moeten leiden tot nihilstelling. Ten tijde van de overtreding bedroeg het eigen vermogen van de onderneming slechts €8.151,-. Pas na de overname door de huidige bestuurders is dit vermogen als gevolg van een agiostorting verhoogd. Deze agiostorting kan redelijkerwijs niet worden meegenomen in de beoordeling van het eigen vermogen. Het feit dat de vennootschap ten tijde van belang winsten boekte van meer dan een miljoen euro is niet relevant, aangezien deze winsten direct ten goede kwamen aan [naam 5] en niet leidden tot een verhoging van het eigen vermogen van de onderneming.

3.3.2. Volgens AFM moeten de overtredingen van appellante worden gekwalificeerd als ernstig, aangezien zij kunnen leiden tot het afsluiten van niet-passende of onnodige financiële producten door cliënten. Daarnaast waren de overtredingen structureel, aangezien zij plaatsvonden gedurende een periode van een jaar en betrekking hadden op alle onderzochte cliëntendossiers. Ook heeft appellante verwijtbaar gehandeld, omdat zij als professionele partij – gezien ook de door AFM gepubliceerde boetebesluiten en overige documentatie – bekend had moeten zijn met de toepassingswijze van artikel 4:23 Wft. Dat [naam 5] feitelijk leiding zou hebben gegeven aan de overtreding doet aan deze verwijtbaarheid niet af. AFM heeft reeds rekening gehouden met de draagkracht van appellante door een boete op te leggen van slechts 10% van het basisbedrag van €500.000,- dat op grond van artikel 1:81 Wft kan worden opgelegd wegens overtreding van artikel 4:23 Wft. AFM heeft rekening gehouden met het eigen vermogen, maar dit is slechts een van de factoren die kunnen worden meegewogen bij het bepalen van de draagkracht. De hoogte van de winst kan hierbij ook een rol spelen.

3.3.3. Terecht heeft de rechtbank in de aangevallen uitspraak geoordeeld dat de door appellante begane overtreding als ernstig en verwijtbaar moet worden gekwalificeerd. Ook indien [naam 5] feitelijk leiding zou hebben gegeven aan de overtreding doet dat niet af aan het verwijt dat de rechtspersoon als overtreder kan worden gemaakt.

Ook is het College met de rechtbank van oordeel dat bij het vaststellen van de boetehoogte voldoende rekening is gehouden met de draagkracht van appellante. Uit artikel 4 van het Besluit volgt niet dat het vaststellen van de draagkracht enkel op basis van het eigen vermogen van de onderneming moet geschieden. Blijkens de Nota van Toelichting bij het Besluit (Stb. 2009/329) komt de toezichthouder een ruime mate van beleidsvrijheid toe bij het uitvoeren van de draagkrachtmeting. Dit betekent dat het AFM vrijstond om zowel het eigen vermogen als het winstniveau te betrekken bij het vaststellen van de draagkracht van appellante.

3.3.4. Volgens vaste rechtspraak wordt bij het opleggen van een bestuurlijke boete de draagkracht bepaald op basis van de financiële situatie ten tijde van het nemen van het besluit tot oplegging van die boete, zoals recentelijk werd bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:685). AFM was dus niet gehouden om rekening te houden met de financiële situatie van de vennootschap ten tijde van het begaan van de overtreding. Appellante heeft niet betoogd dat haar financiële situatie nadien zodanig is gewijzigd dat op grond daarvan tot een verdere verlaging van de boete zou moeten worden overgegaan.

Ook de tweede hogerberoepsgrond slaagt niet.

3.4. Gelet op het vorenstaande komt het College tot de slotsom dat het hoger beroep ongegrond is. De aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

3.5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

» Noot

1. De hiervoor gepubliceerde uitspraak gaat (i) over de vraag of de AFM ervoor mocht kiezen alleen een boete op te leggen aan de onderneming en niet aan de toenmalig bestuurder als feitelijk leidinggever en (ii) over de wijze waarop de draagkracht van een beboete persoon moet worden bepaald.

2. Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure en de relevante feiten en omstandigheden verwijst het CBb naar de uitspraak van de rechtbank van 21 februari 2013. Maar die is helaas niet gepubliceerd op rechtspraak.nl. Dat geldt ook voor de uitspraak van 6 december 2011 op het verzoek om een voorlopige voorziening hangende bezwaar. Uit de uitspraak van het CBb blijkt dat de voorzieningenrechter het besluit heeft geschorst voor zover dat zag op de vroegtijdige publicatie van het besluit, maar de overwegingen die tot die uitspraak hebben geleid, blijven onbekend. In de beslissing op bezwaar heeft de AFM – waarschijnlijk op grond van de overwegingen van de voorzieningenrechter – bepaald dat geen vroegtijdige publicatie zou plaatsvinden. De boete is blijkens de uitspraak echter in bezwaar en beroep in stand gebleven.

3. Uit de uitspraak van het CBb kan worden afgeleid dat het gaat om een financiële onderneming die door de AFM is betrokken in een onderzoek naar de naleving van de zorgplicht bij het adviseren en bemiddelen in hypothecair en consumptief krediet en eventuele betalingsbeschermers. Uit de uitspraak blijkt niet of het een zogenoemd themaonderzoek was, dat ook bij andere ondernemingen is uitgevoerd, of een onderzoek dat zich tot deze onderneming beperkte. De AFM onderzocht bij deze onderneming tien – bij steekproef gekozen – dossiers, voerde een gesprek met de toenmalige bestuurder en onderzocht zijn e-mailbox. De AFM concludeerde dat de onderneming de zorgplicht had geschonden en legde daarvoor een boete op van €50.000. De AFM legde de boete op aan de financiële onderneming en niet (ook) aan de toenmalig bestuurder als feitelijk leidinggever van deze overtreding. Daarop is de eerste grond van het hoger beroep gericht. De onderneming stelt dat de AFM de boete (ook) had moeten opleggen aan de toenmalig bestuurder als feitelijk leidinggever. De tweede grond ziet op de draagkrachtmeting.

4. De mogelijkheid een bestuurlijke sanctie op te leggen aan een feitelijk leidinggever is gebaseerd op art. 5:1 van de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”). Deze bepaling is op 1 juli 2009 in werking getreden. De AFM en DNB gaan in hun handhavingsbeleid op deze mogelijkheid in. Het beleid bepaalt: *“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.”* Over beboeting van feitelijk leidinggevers in andere gevallen zegt het beleid niets. Als wordt gekeken naar de – in aantal nog steeds beperkte – uitspraken waarin door DNB of AFM een boete wordt opgelegd aan een feitelijk leidinggever wegens overtreding van de Wet op het financieel toezicht (“Wft”) valt op dat alleen van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt bij overtredingen die bestaan in het verrichten van bepaalde handelingen waarvoor een vergunning verplicht is terwijl de betrokkene niet over deze vergunning beschikt. Dit zijn markttoetredingsbepalingen aldus. De AFM houdt echter ook toezicht op de naleving van de Wet handhaving consumentenbescherming voor zover het gaat om financiële diensten en activiteiten. Op dat terrein zijn voorbeelden te vinden van boetes aan zowel de feitelijk leidinggever als de overtreder bij andersoortige overtredingen (geen markttoetredingsbepalingen). Naar één van die boetes verwees de appellant blijkens de uitspraak (r.o. 3.2.2 verwijzing naar Rb. Rotterdam 15 februari 2011, «JOR» 2011/182, m.nt. Roth en Van Eersel).

5. In de hiervoor gepubliceerde uitspraak stond niet centraal of een boete aan de feitelijk leidinggever kon worden opgelegd en of de genoemde bestuurder als feitelijk leidinggever kon

worden aangemerkt, maar of de AFM een boete aan de feitelijk leidinggever had moeten opleggen in plaats van aan de onderneming. De toenmalig bestuurder was inmiddels vervangen door een nieuwe bestuurder die niet bij de overtreding betrokken was geweest. Hij meende dat de AFM om die reden de boete aan de oud-bestuurder als feitelijk leidinggever had moeten opleggen en niet aan de onderneming.

6. Met deze stelling erkent appellant dat de onderneming een overtreding heeft gepleegd. Van beboeting van een feitelijk leidinggever kan immers pas sprake zijn als de betrokken rechtspersoon een overtreding heeft gepleegd. Zeker in deze procedure is dat noodzakelijk omdat de overtreden norm, art. 4:23, aanhef en sub a en b Wft, zich richt tot de financiële onderneming. Op grond van deze constatering stelt het CBb vast dat de AFM bevoegd was een boete aan de onderneming op te leggen. Die constatering sluit aan bij de in art. 1:80 Wft gebruikte term: de toezichthouder “kan” een bestuurlijke boete opleggen terzake van de in dat artikel genoemde overtredingen. Of de AFM ook bevoegd is een boete aan anderen, zoals een medepleger, feitelijk leidinggever of opdrachtgever op te leggen, doet aan die bevoegdheid niet af. Dat zou slechts anders zijn als uit de rol die een bepaalde persoon heeft gespeeld zou moeten worden afgeleid dat de overtreding niet of in verminderde mate aan de onderneming verweten kan worden. Daarvan blijkt in dit geval niet.

7. Hoewel de rechtbank het bij die overweging had kunnen laten in deze procedure, voegt de rechtbank daaraan toe dat het bij beboeting van feitelijk leidinggevers gaat om “*een additionele en discretionaire bevoegdheid: de mogelijk op te leggen boete aan een feitelijk leidinggevende komt naast, niet in de plaats van de boete die aan de normadressaat kan worden opgelegd.*” Die overweging zou tot onduidelijkheid kunnen leiden: het is immers wel degelijk mogelijk alleen een boete op te leggen aan de feitelijk leidinggever, en niet ook aan de betrokken onderneming. Zowel de AFM als DNB hebben eerder van deze mogelijkheid gebruikgemaakt (zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 24 juli 2014, «JOR» 2014/269, m.nt. Nuijten). Waarschijnlijk bedoelt de rechtbank hier te benadrukken dat de bevoegdheid een boete op te leggen aan de feitelijk leidinggever niet afdoet aan de bevoegdheid een boete op te leggen aan de normadressaat. Of, en zo ja van welke bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, is aan de AFM. Daarbij is de AFM wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Maar op dergelijke beginselen is in deze zaak, voor zover blijkt uit de uitspraak, geen beroep gedaan.

8. De tweede grond van het beroep ziet op de boetehoogte. Appellant meent dat ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding dan wel haar draagkracht ertoe hadden moeten leiden dat de boete werd verlaagd tot nihil. Het CBb deelt echter het oordeel van de rechtbank dat de overtreding als ernstig en verwijtbaar moet worden gekwalificeerd. De overwegingen van rechtbank en CBb over ernst, duur en verwijtbaarheid zijn helaas niet in de uitspraak opgenomen. Alleen de opvattingen van de AFM over deze aspecten worden aangehaald.

9. Ook in de draagkracht ziet het CBb geen aanleiding voor verdere matiging. De AFM had de boete juist vanwege de draagkracht reeds verlaagd tot 10% van het basisbedrag. Kennelijk had de AFM bij de bepaling van de draagkracht zowel het eigen vermogen als het winstniveau van appellant betrokken en was uitgegaan van de financiële situatie ten tijde van de boeteplegging. Het CBb overweegt terecht dat de wetgever de AFM en DNB een ruime mate van beleidsvrijheid heeft gegeven bij de draagkrachtmeting. In de Nota van Toelichting waarop het CBb wijst staat: “*Met de Boetewet en de daaruit voortvloeiende regels wordt daarom de draagkrachtmeting aan de toezichthouder overgelaten.*” Daarmee wekt de wetgever af van het voorheen bestaande systeem waarin het volgens een boetetable toepasselijke boetebedrag vermenigvuldigd werd met een zogenoemde draagkrachtfactor. Het CBb leidt uit deze overweging af dat het de AFM vrijstond niet alleen het eigen vermogen maar ook het winstniveau te betrekken in de berekening. Dat is in zoverre juist, dat dit nieuwe systeem vooral tegemoet diende te komen aan de kritiek die inhield dat het vorige systeem vooral tegemoet diende te komen aan de kritiek die inhield dat het vorige systeem te rigide was. Door beide factoren te betrekken in de berekening, kan worden vermeden dat (grote) dividenduitkeringen ertoe leiden dat de boete moet worden gematigd. Toch kan het ook niet zo zijn dat een boete wordt opgelegd die het eigen vermogen zo ver te boven gaat dat betalingsonmacht intreedt.

10. Voor het moment waarop de draagkrachtmeting moet worden verricht verwijst het CBb naar een arrest van HR 28 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:685). In dat arrest wordt inderdaad

overwogen dat het bestuursorgaan bij bepaling van de draagkracht *“acht [moet] slaan op diens financiële positie ten tijde van het besluit tot het opleggen van de boete.”* Het hof had geoordeeld dat in die casus geen rekening gehouden hoefde te worden met de negatieve vermogenspositie van belanghebbende omdat die werd veroorzaakt door de verplichting tot betaling van de naheffingsaanslagen die waren opgelegd vanwege dezelfde overtreding. Dat accepteerde de Hoge Raad niet: *“Die omstandigheid vormt evenwel onvoldoende grond om de slechte financiële positie van belanghebbende bij de bepaling van de hoogte van de boete buiten beschouwing te laten.”* Die overweging zou toch weer tot enige twijfel kunnen leiden aan de hiervoor gepubliceerde uitspraak, waarin zonder meer wordt overwogen dat het de AFM vrijstaat zowel de vermogenspositie als het winstniveau bij de draagkrachtmeting te betrekken.

mr. S.M.C. Nuijten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam