

## Hoe beslissen de AFM en DNB over een maatregel na een overtreding?

### 1. Inleiding

Als de AFM en DNB overtredingen constateren, wegen zij steeds af welke maatregelen moeten worden getroffen. Wordt er bestuursrechtelijk gehandhaafd en, zo ja, met welk instrument? De AFM en DNB baseren zich bij deze afwegingen op hun gezamenlijke [Handhavingsbeleid](#). Dit Handhavingsbeleid geeft algemene uitgangspunten voor de inzet van handhavingsinstrumenten. Hieruit blijkt onder meer dat niet bij elke overtreding wettelijke handhavingsinstrumenten worden ingezet. Met name bij onder toezicht staande instellingen wordt de overgrote meerderheid van de zaken afgedaan met een normoverdragend gesprek of een waarschuwingsbrief. Ter illustratie de cijfers over 2010:

- AFM: afdoening met normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief in 673 zaken, afdoening door opleggen formele maatregel in 329 zaken;
- DNB: afdoening (bij onder toezicht staande instellingen) met normoverdragend gesprek/waarschuwingsbrief in 841 zaken, afdoening door opleggen formele maatregel (uit hoofde van toezichtwetgeving) in 141 zaken.

De AFM en DNB willen hier inzichtelijk maken welke omstandigheden in de praktijk van belang blijken te zijn bij de keuze om bij constatering van een overtreding al dan niet over te gaan tot formele handhaving.

### 2. Hoe maken de AFM en DNB de afweging over een maatregel?

In het Handhavingsbeleid is vastgelegd dat de AFM en DNB bij hun keuze voor de inzet van een handhavingsinstrument onder meer meewegen, voor zover 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 uit het Handhavingsbeleid bevat niet alleen elementen die zien op de overtreding als zodanig, maar ook elementen die zien op het gedrag van de overtreder in bredere zin. Aan dit gedrag

hechten de AFM en DNB veel waarde. In de kern gaat het hierbij vaak om de vraag in hoeverre de cultuur binnen een financiële onderneming gericht is op compliance, op naleving van de regels. Vragen die de AFM en DNB zich in dit verband kunnen stellen, zijn bijvoorbeeld:

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

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de hierboven genoemde gedragsfactoren uiteraard niet wegnemen dat de AFM en DNB bij de keuze voor de inzet van een instrument in een concrete zaak rekening zullen houden met alle specifieke omstandigheden van het geval.

Ter illustratie volgen hieronder enkele voorbeelden van zaken waarin – kort gezegd – de compliancegerichtheid van de overtreder een belangrijke rol kan spelen bij de beslissing om al dan niet over te gaan tot het treffen van formele maatregelen. Het zijn separate voorbeelden voor AFM- en DNBzaken.

#### AFM - Voorbeeld 1: inwinnen van klantinformatie

Een financiële onderneming heeft haar cliënten verzekeringen geadviseerd, zonder voldoende informatie te hebben ingewonnen over hun financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid. Dit levert een – in beginsel boetewaardige – overtreding op van artikel 4:23 Wft. De onderneming meldt de overtreding zelf aan de AFM en blijkt reeds uit eigen beweging een verbetertraject te zijn gestart. De onderneming houdt vervolgens de AFM steeds op de hoogte van de opzet van het verbetertraject en de implementatie daarvan. De AFM constateert geen overtredingen meer vanaf het moment van de start van het verbetertraject. Deze omstandigheden kunnen voor de AFM aanleiding zijn om af te zien van boeteoplegging.

#### AFM - Voorbeeld 2: aanbieden van effecten

De AFM stuit op twee aanbieders van participaties in onroerend goed (effecten). Geen van beide heeft voldaan aan de verplichting om een prospectus op te stellen. Hoewel sprake is van dezelfde soort overtreding, maakt de AFM in elk van de gevallen een specifieke afweging over de wijze waarop zij tegen de aanbieder optreedt. Stelt één van de aanbieders bijvoorbeeld direct na het eerste contact met de AFM alsnog een prospectus op en biedt hij de reeds ingestapte beleggers de mogelijkheid om na kennisneming daarvan de koop ongedaan te maken, dan kan dat voor de AFM aanleiding zijn om het jegens die aanbieder te laten bij een waarschuwing. Onderneemt de andere aanbieder geen actie, dan

zal de AFM jegens hem een formele maatregel treffen om de overtreding te beëindigen (aanwijzing of last onder dwangsom) en daarnaast overwegen om over te gaan tot boeteoplegging.

#### AFM - Voorbeeld 3: informatieverstrekking

De AFM heeft onderzoek gedaan naar de informatieverstrekking door een beleggingsonderneming aan consumenten met betrekking tot gestructureerde producten (zoals obligaties met inleggarantie). Hierbij heeft de AFM tekortkomingen geconstateerd. De uitleg over de kenmerken en de werking van de gestructureerde producten was niet op alle punten ‘correct, duidelijk en niet misleidend’, zoals artikel 4:19 Wft voorschrijft. De AFM heeft de onderneming in de gelegenheid gesteld verbeteringen door te voeren.

Uit een vervolgonderzoek enige tijd later komt naar voren dat de informatieverstrekking belangrijk is verbeterd, maar nog niet volledig aan de normen voldoet. De AFM constateert in de door de onderneming verstrekte brochures nog enkele innerlijke tegenstrijdigheden, minder duidelijke terminologie en onlogische verwijzingen. Met het doorvoeren van de belangrijke verbeteringen in de kwaliteit van de informatieverstrekking heeft de onderneming de AFM het vertrouwen gegeven dat ook de resterende tekortkomingen op korte termijn zullen worden verholpen. Tenzij de ernst of verwijtbaarheid van de overtreding zich daartegen verzet, kan dit opgebouwde vertrouwen voor de AFM aanleiding zijn om (vooralsnog) af te zien van formele handhaving.

#### DNB - Voorbeeld 1: uitbesteding van werkzaamheden

DNB stelt vast dat een pensioenfonds werkzaamheden heeft uitbesteed aan een vermogensbeheerder. In de uitbestedingsovereenkomst tussen pensioenfonds en vermogensbeheerder is niet duidelijk vastgelegd wat de rapportageverplichtingen zijn van de vermogensbeheerder. Dit levert een overtreding op van de Pensioenwet. Uit een onderzoek bij het fonds blijkt dat de informatieverstrekking van de vermogensbeheerder aan het pensioenfonds in de praktijk ruimschoots voldoende is. Na een normoverdragend gesprek met DNB waarin het pensioenfonds wordt gewezen op de overtreding en door DNB wordt verzocht om de uitbestedingsovereenkomst aan te passen, zegt het pensioenfonds toe dat alle afspraken over informatieverstrekking duidelijk binnen de door DNB gestelde deadline in de uitbestedingsovereenkomst zullen worden vastgelegd. Deze omstandigheden kunnen voor DNB aanleiding zijn om (vooralsnog) af te zien van het inzetten van formele maatregelen.

#### DNB - Voorbeeld 2: cliëntenonderzoek

Financiële instellingen dienen op grond van de Wft en de Wwft over procedures en maatregelen te beschikken om een cliëntenonderzoek uit te voeren en ongebruikelijke transacties te identificeren en melden. Kort na de invoering van de Wwft voert DNB bij twee levensverzekeraars een onderzoek uit naar de naleving van de Wwft. DNB constateert dat beide levensverzekeraars de wettelijke bepalingen onvoldoende naleven. Zo dragen de levensverzekeraars er onvoldoende zorg voor dat haar werknemers, voor zover relevant voor de uitoefening van hun taken, bekend zijn met de bepalingen van de wet en opleidingen genieten die hen in staat stellen een ongebruikelijke transactie te herkennen. Eén van de levensverzekeraars erkent de tekortkomingen direct en stuurt, nog voordat DNB de definitieve bevindingen rapporteert, aan DNB een adequaat plan van aanpak om alle tekortkomingen zo spoedig mogelijk weg te nemen. De levensverzekeraar houdt DNB vervolgens steeds op de hoogte van de opzet van het verbetertraject en de implementatie daarvan. Door deze handelwijze heeft de levensverzekeraar DNB in beginsel voldoende vertrouwen gegeven dat de tekortkomingen op korte termijn zullen worden verholpen. Dit opgebouwde vertrouwen kan voor DNB aanleiding zijn om (vooralsnog) af te zien van formele handhaving.

De andere levensverzekeraar onderneemt ook nadat DNB in de definitieve rapportage een waarschuwing heeft gegeven om de tekortkomingen te verbeteren geen actie. Dit is voor DNB aanleiding om jegens deze levensverzekeraar een formele maatregel te treffen om de overtreding te beëindigen (aanwijzing of last onder dwangsom) en daarnaast te overwegen om over te gaan tot het opleggen van een boete.

### **3. Tegen wie treden de AFM en DNB op?**

De AFM en DNB kunnen optreden tegen degene die de overtreding heeft begaan. Vaak is dit een onderneming in de vorm van een rechtspersoon. In principe treden de AFM en DNB in die gevallen op tegen de onderneming zelf.

De AFM en DNB kunnen (daarnaast) optreden tegen natuurlijke personen en/of rechtspersonen die opdracht hebben gegeven tot de overtreding van die rechtspersoon of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Meestal zal het hierbij gaan om het opleggen van een bestuurlijke boete. Over dit beboeten van feitelijk leidinggevers hebben de AFM en DNB in oktober 2010 een [Q&A](#) gepubliceerd.