

# Beboeting van feitelijk leidinggevers in het financiële toezicht

## Verkenning van vijf jaar rechtspraak

mr. drs. S.M. Peek en mr. B. de Vries<sup>1</sup>

De financiële toezichthouders leggen bestuurders en managers die betrokken zijn bij overtredingen door ondernemingen meer en meer onder een vergrootglas. De AFM en DNB maken steeds vaker gebruik van hun bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen aan personen die feitelijk leidinggeven aan dergelijke overtredingen. Boetes kunnen aanzienlijke consequenties hebben voor senior management in de financiële sector. Dit artikel geeft een eerste overzicht van de procedures die daarover in de afgelopen jaren zijn gevoerd. Aan de orde komen de criteria om als feitelijk leidinggever te kunnen worden aangemerkt, de bestuurlijke boetes in cijfers en de argumenten die feitelijk leidinggevers zoal aanvoeren tegen de oplegging en de hoogte van de boetes. Ook worden mogelijke gevolgen van bestuurlijke boetes voor bestuurders en managers besproken. Hiermee wordt beoogd praktische inzichten en handvatten te bieden voor het geval natuurlijke personen zich geconfronteerd zien met potentiële toezichtsmaatregelen.

### 1. Management onder de loep

De financiële toezichthouders de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) hebben sinds enkele jaren de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen aan natuurlijke personen die feitelijk leiding hebben gegeven aan een overtreding van financiële wet- en regelgeving door een onderneming.<sup>2</sup> Deze bevoegdheid om zogenoemde feitelijk leidinggevers te beboeten geldt in aanvulling op de bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen aan de onderneming die de overtreding begaat.

Zowel in de toezichtpraktijk als in de maatschappij is de belangstelling voor de mogelijkheid van het bestraffen van feitelijk leidinggevers toegenomen. Sinds de financiële crisis is in de Nederlandse publieke en politieke opinie een steeds duidelijkere roep te horen om betrokken bestuurders en managers bij banken en andere financiële ondernemingen ter verantwoording te roepen. De toezichthouders lijken die roep ook ter harte te nemen. Denk bijvoorbeeld aan het afgedwongen terugtreden van de CFO van Delta Lloyd in de zomer van 2015 in verband met gebruik van DNB-informatie of de zeer forse boetes die de AFM in december 2015 heeft opgelegd aan de voormalig CEO en CFO van Imtech

voor feitelijk leidinggeven aan vermeend markt-misbruik door Imtech.<sup>3</sup>

Ook buitenlandse toezichthouders richten zich meer op natuurlijke personen. Tekenend is de beleidsregel die in het afgelopen jaar is aangenomen door het Amerikaanse Department of Justice. Daaruit volgt een beleidswijziging die er op ziet dat individuele 'corporate wrongdoers' sneller verantwoordelijk worden gehouden.<sup>4</sup> Zo wordt vanaf de start van een onderzoek naar mogelijke overtredingen tevens gefocust op individuele personen.

In de eerste jaren sinds invoering van de beboetbaarheid van feitelijk leidinggevers in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) werden slechts mondjesmaat uitspraken gepubliceerd over beboete feitelijk leidinggevers in de financiële sector. Dit wellicht omdat de AFM en DNB moesten wennen aan hun verworven bevoegdheid. Inmiddels ontstaat een behoorlijk regelmatig stroom aan nieuwe uitspraken van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). In onze ogen is het daarom een passend moment voor een verkenning van de wijze waarop de bestuursrechter omgaat met de bestuurlijke boete

1. Simone Peek en Bauke de Vries zijn beiden advocaat te Amsterdam en als advocaat betrokken (geweest) bij enkele aangehaalde zaken.  
2. *Stb.* 2009, 265.

3. De betreffende boetes zijn te vinden op: <https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2015/dec/boetes-imtech>. Zie voor de Delta Lloyd-zaak voetnoot 99.

4. New Policy on Individual Liability in Matters of Corporate Wrongdoing, 9 september 2015, te downloaden via de website van de U.S. Department of Justice <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>.

aan feitelijk leidinggevers in het kader van financieel toezicht.

Dit artikel geeft een overzicht van de recente jurisprudentie in het financieel toezichtrecht, en de oplegging van bestuurlijke boetes aan feitelijk leidinggevers. Eerst wordt in dit artikel de (wettelijke) bevoegdheid feitelijk leidinggevers te beboeten en de totstandkoming van die bevoegdheid geschetst. Dan bespreken wij de criteria waaraan moet zijn voldaan om een individu als feitelijk leidinggever te kwalificeren en hoe daar in de rechtspraak mee wordt omgegaan. Vervolgens kijken wij kwantitatief naar de rechtspraak: om hoeveel boeteprocedures gaat het, wat is de hoogte van de boetes voor en na beroep en welke functionarissen zijn typisch betrokken. Vervolgens bespreken wij in het oog springende overwegingen in de rechtspraak over bestuurlijke boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevers. Wij besluiten dit artikel met een korte blik voorbij de bestuurlijke boete.

## 2. Grondslag en totstandkoming van individuele boetebevoegdheid

### 2.1. Wettelijk kader boetebevoegdheid financieel toezicht

De bevoegdheid een bestuurlijke boete op te leggen moet voortvloeien uit de wet. Dit volgt uit het legaliteitsbeginsel dat inhoudt dat geen straf (en een bestuurlijke boete wordt gezien als bestraffende sanctie) kan worden opgelegd zonder een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling. Dit volgt onder meer uit art. 7 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), art. 16 Grondwet en art. 5:4 lid 2 Awb.

Een belangrijke wettelijke bepaling voor de financiële sector is art. 1:80 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Dat artikel bepaalt dat de AFM en DNB bestuurlijke boetes kunnen opleggen wegens overtredingen van bepaalde voorschriften in (of gebaseerd op) de Wft, bepaalde voorschriften van Europese origine en art. 5:20 Awb. Dit laatste artikel stelt vast dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder medewerking te verlenen bij uitoefening van diens taak. Bij voorschriften van Europese origine kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Prospectusverordening of de Verordening kapitaalvereisten (*Credit requirements regulation*).<sup>5</sup> Daarnaast geeft art. 1:81 Wft (conform art. 5:46 lid 1 Awb) de maximale boete die toezichthouders op grond van de Wft kunnen opleggen. Daarbij gelden drie boetecategorieën naar zwaarte van de overtreding, waarvan categorie 3 de hoogste is met een basisbedrag van EUR 2.000.000. Het maximale

boetebedrag is EUR 4.000.000.<sup>6</sup> Andere wetten op het gebied van financieel toezicht bevatten vergelijkbare bepalingen.<sup>7</sup>

Op grond van art. 1:80 lid 2 Wft is het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Boetebesluit) vastgesteld. Het Boetebesluit bepaalt in welke boetecategorie overtreding van een regel van financieel toezicht valt, en dus welk basisbedrag voor een concrete overtreding geldt. De toezichthouder stelt een bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie vast op het basisbedrag.<sup>8</sup> Vervolgens verlaagt of verhoogt de toezichthouder het basisbedrag met ten hoogste 50 procent indien dat wordt gerechtvaardigd door de ernst of duur van de overtreding of door mate van verwijtbaarheid van de feitelijk leidinggever.<sup>9</sup> Tot slot houdt de toezichthouder bij het vaststellen van een bestuurlijke boete rekening met de draagkracht van de feitelijk leidinggever en kan de hoogte van de boete op grond van de draagkracht matigen met maximaal 100 procent.<sup>10</sup>

### 2.2. Boetebevoegdheid feitelijk leidinggevers

Voorschriften in het financieel recht kunnen zich richten tot uitsluitend natuurlijke personen, tot uitsluitend rechtspersonen of tot allebei.<sup>11</sup> Zo bepaalt art. 4:23 Wft kort gezegd dat een financiële onderneming zorgvuldige dienstverlening bij beleggingsadvies moet waarborgen. De overtreding van dat artikel kan in principe niet worden begaan door een natuurlijke persoon, zoals de beleggingsadviseur die werkzaam is bij de financiële onderneming. Zonder nadere regeling zouden de toezichthouders in een dergelijk geval geen boete kunnen opleggen aan betrokken natuurlijke personen, hoewel hun mogelijk wel een verwijt kan worden gemaakt.

Als een overtreding een rechtspersoon als normadressaat heeft, waarborgt art. 5:1 lid 3 Awb dat een bestuurlijke sanctie zo nodig ook kan worden opgelegd aan opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers. Het artikel verklaart art. 51 lid 2 en 3 Wetboek van Strafrecht (Sr) van overeenkomstige toepassing. Daaruit volgt dat wanneer een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, strafvervolgning kan worden ingesteld en straffen kunnen wor-

5. De bepalingen van Europese origine zijn genoemd in het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (*Stb.* 2012, 567). Genoemde verordeningen zijn verordening (EG) nr. 809/2004 (prospectus) verordening (EU) nr. 575/2013 (kapitaalvereisten).

6. Op grond van lid 3 en lid 4 van art. 1:81 Wft gelden andere maximum boetetarieven voor specifieke daar genoemde ondernemingen. Bovendien kan de toezichthouder de hoogte van de bestuurlijke boete vaststellen op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen, indien diens voordeel groter is dan EUR 2.000.000 (1:81 lid 6 Wft).

7. Zie bijvoorbeeld art. 21 Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt) (boetebevoegdheid) en art. 22 Wtt (boetehoogtes), of art. 176 Pensioenwet (boetebevoegdheid) en art. 179 Pensioenwet (boetehoogtes).

8. Art. 2 lid 1 Boetebesluit.

9. Art. 2 lid 2 en lid 3 Boetebesluit.

10. Art. 4 lid 1 en 2 Boetebesluit.

11. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 26-27 (Mvt Aanpassingswet Vierde Tranche Awb)

den uitgesproken tegen die rechtspersoon en/of (a) tegen opdrachtgevers en (b) tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging. Daardoor kunnen natuurlijke personen toch worden beboet bij overtreding van bepalingen in het financieel recht die zich richten tot rechtspersonen. Art. 5:1 lid 3 Awb is in werking getreden per 1 juli 2009 met invoering van de vierde tranche Awb. Een significant gedeelte van de vierde tranche Awb zag op handhaving door toezichthouders en in het bijzonder de bestuurlijke boete.<sup>12</sup> De verwijzing naar art. 51 Sr is daaraan toegevoegd op het moment van de invoering van de Aanpassingswet vierde tranche Awb.<sup>13</sup> Toevoeging van de verwijzing naar art. 51 Sr in de Awb maakte tevens dat op art. 51 Sr lijkende bepalingen die voordien in de bijzondere (bestuursrechtelijke) wetgeving waren opgenomen niet langer noodzakelijk waren om feitelijk leidinggevers te beboeten. Een voorbeeld is art. 33a Arbeidsomstandighedenwet 1998.<sup>14</sup>

### 3. Criteria voor feitelijk leidinggeven

#### 3.1. Beschikken en aanvaarden

De vraag of een persoon kan worden gekwalificeerd als feitelijk leidinggever, is als eerste beantwoord in de strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent art. 51 Sr. Richtinggevend zijn nog steeds de betreffende arresten die de Hoge Raad heeft gewezen in verband met de Slavenburg affaire in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Daarbij werden verscheidene bestuurders van de Slavenburg bank strafrechtelijk vervolgd voor leiding geven aan valsheid in geschrifte door werknemers van de – toen reeds gefailleerde – bank. De Hoge Raad heeft de zogenaamde Slavenburg-criteria in het Slavenburg II-arrest duidelijk verwoord:

*‘Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris — hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden — maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.’<sup>15</sup>*

Het Hof had het in de betreffende zaak volgens de Hoge Raad dus goed gezien door te beoordelen of de functionaris zeggenschap had binnen de bank op

het gebied van het verboden handelen, en of aldus was voldaan aan het zogenoemde beschikkingscriterium. Bovendien had het Hof op goede grond in haar beoordeling betrokken of de verdachte wetenschap had van verboden gedragingen door de bank en die had aanvaard, aldus de Hoge Raad. Daarbij ging het niet om persoonlijke wetenschap van de concrete ten laste gelegde gedragingen maar om soortgelijke verboden gedragingen door de bank. Dit is het zogenoemde aanvaardingscriterium.<sup>16</sup> Om als feitelijk leidinggever aangemerkt te worden moet de functionaris ten tijde van de gedragingen dus enige wetenschap daarvan hebben alsook tenminste enige bevoegdheid hebben de overtreding te voorkomen en (daarmee) redelijkerwijs gehouden te zijn maatregelen te treffen. Als een functionaris het daadwerkelijk in zijn/haar macht heeft een overtreding te voorkomen, dan zal hij/zij er ook voor moeten zorgen dat die overtreding wordt voorkomen.<sup>17</sup>

De vaststelling of aan het beschikkingscriterium is voldaan, is een feitelijke toets. Het gaat er niet om of een functionaris ook formeel juridisch bevoegd is om in te grijpen, bijvoorbeeld als statutair bestuurder. DNB en de AFM schrijven in de ‘Veelgestelde vragen over beboeten natuurlijke personen’ (Q&A) dat het gaat om degene die feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding. Dit zal vaak een bestuurder zijn maar dat hoeft niet, aldus DNB en de AFM. Het kan ook iemand zijn die ondergeschikt is aan het bestuur van de vennootschap, maar in werkelijkheid leiding heeft gegeven.<sup>18</sup> In gelijke zin oordeelde ook de rechtbank Rotterdam dat aan het beschikkingscriterium was voldaan in een beroepsprocedure over een AFM-boete. Dit omdat de feitelijk leidinggever een buitengewoon invloedrijke rol in het besluitvormingsproces had en naast de enig bestuurder en aandeelhouder van de onderneming een belangrijke positie binnen de onderneming innam.<sup>19</sup>

Het aanvaardingscriterium bestaat uit twee elementen: (i) het hebben van enige wetenschap over het zich voordoen van verboden gedragingen en (ii) het aanvaarden dat de verboden gedragingen toch plaatsvinden. Voor het aanvaarden geldt als ondergrens dat de functionaris bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen (voorwaardelijk opzet). Daaraan is al voldaan indien de functionaris (globaal) op de hoogte was van soortgelijke gedragingen binnen de onderneming of van feiten en omstandigheden die de aanmerkelijke kans met zich brengen dat

12. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p.4 (MvT Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht).  
13. *Stb.* 2009, 265.  
14. Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p.27 (MvT Aanpassingswet Vierde Tranche Awb).  
15. HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*), m.nt. 't Hart, r.o. 5.1.1.

16. Zie voor het oordeel van het Hof: HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*), m.nt. 't Hart, r.o. 3.2.1-3.2.10.  
17. Zie in gelijke zin Lieveer en Schoonbeek, ‘Doen en nalaten. Over opleggen van boetes aan feitelijk leidinggevers en medeplegers’, *FR* nr. 7/8, juli/augustus 2011, p. 185-195.  
18. AFM en DNB, ‘Veelgestelde vragen over beboeten natuurlijke personen’, te vinden via <http://www.toezicht.dnb.nl>.  
19. Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326, *JOR* 2014/269 m.nt. Nuijten, r.o. 65.2.

daaruit strafbare feiten voortvloeien, maar nalaat maatregelen te treffen.<sup>20</sup> DNB en de AFM schrijven in hun Q&A dat de feitelijk leidinggever niet alle details van de overtreding hoeft te kennen. Voldoende is kennis in meer algemene zin van de overtreding. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat de feitelijk leidinggever niet exact hoeft te weten waar, wanneer en hoe de overtreding is begaan.

Dit brengt ook met zich dat ten aanzien van de naleving van financiële toezichtwetgeving geen sprake is van een risicoaansprakelijkheid voor formeel bestuurders. Eerst wanneer zij wetenschap hebben van verboden gedragingen en geen maatregelen treffen, kunnen zij als feitelijk leidinggever worden aangesproken. Een voorbeeld zou kunnen zijn het geval waarin een bestuurder ten gevolge van de taakverdeling binnen een (in beginsel collegiaal) bestuur geen enkele wetenschap had van verboden gedragingen binnen het domein van een medebestuurder.<sup>21</sup> Dan kan hij/zij mogelijk een boete ontlopen. Dit laat echter onverlet dat bestuurders worden geacht in te grijpen (of een medebestuurder daartoe te bewegen) bij vermoeden of wetenschap van overtredingen binnen het domein van een medebestuurder.<sup>22</sup>

### 3.2. Persoonlijke verwijtbaarheid van de feitelijk leidinggever

Een veelbesproken vraagstuk is in hoeverre een feitelijk leidinggever (voorwaardelijk) opzet moet hebben op de *verboden* gedraging. Volgens vaste strafrechtelijke jurisprudentie hoeft niet bewezen te worden dat de feitelijk leidinggever (voorwaardelijk) opzet moet hebben gehad op het begaan van de verboden gedraging, oftewel op de wederrechtelijkheid van de overtreding.<sup>23</sup> In andere woorden: er is geen 'boos opzet' vereist maar 'kleurloos opzet'. Voor kwalificatie als feitelijk leidinggever is niet van belang of de feitelijk leidinggever wist dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.

De bestuursrechtelijke jurisprudentie haakt bij die benadering aan.<sup>24</sup> Zo is het op grond van art. 2:11 Wft verboden zonder vergunning het bedrijf van bank uit te oefenen, ongeacht of de overtreder opzettelijk art. 2:11 Wft overtreedt. In een boete-procedure vanwege overtreding van dit bankverbod, hoefde DNB van de rechtbank dan ook niet te bewijzen dat de feitelijk leidinggevers wisten dat een vergunning vereist was voor hun activiteiten. Zij hoefde alleen hard te maken dat zij opzettelijk hun bijdragen aan de activiteiten hadden verricht, wetende dat daarvoor geen vergunning was verleend.<sup>25</sup> Zelfs indien een functionaris op basis van ingewonnen informatie meent dat de activiteiten van de onderneming zo zijn gestructureerd dat deze buiten de reikwijdte van de Wft vallen kan de gedraging hem toch worden toegerekend.<sup>26</sup> In het financieel toezichtrecht zijn opzet en schuld veelal geen bestanddeel van verboden en geboden en spelen dus geen grote rol.<sup>27</sup> Als eenmaal vaststaat dat de betreffende gedraging heeft plaatsgevonden, mag schuld in de zin van verwijtbaarheid worden verondersteld (mits tegenbewijs mogelijk is).<sup>28</sup> In de literatuur is deze benadering wel bekritiseerd. Zo meent Van Bekkum dat als een feitelijk leidinggever niet wist dat de rechtspersoon met de gedragingen een overtreding beging (en dit ook niet behoorde te weten), hij niet persoonlijk beboetbaar zou moeten zijn.<sup>29</sup> Ook Van Asperen de Boer meent dat het bij feitelijk leidinggeven moet gaan om het persoonlijke verwijt dat aan de leidinggever valt te maken en dat het opzet van de leidinggever door de toezichthouder zou moeten worden bewezen. Zij meent dat er ruimte moet zijn voor verweren die er toe strekken dat de feitelijk leidinggever geen boos opzet had en de feitelijk leidinggever dus geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.<sup>30</sup> Deze kritiek heeft vooralsnog in de rechtspraak geen gehoor gevonden. De hiervoor weergegeven benadering is nog steeds de heersende lijn, zo blijkt ook uit een recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam over feitelijk leidinggeven aan de overtreding van eerdergenoemd bankverbod.<sup>31</sup>

20. Zie in strafrechtelijk kader De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 507.

21. Zie in strafrechtelijk kader *T&C Strafrecht*, commentaar op art. 51 Sr, onder verwijzing naar Hof Den Haag 2 december 1987, *NJ* 1988, 433 en De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 507.

22. Zie ook Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436, *JOR* 2014/105 m.nt. Roth en Roepnarain, r.o. 55.

23. Uit HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:24, AB 2014/339 m.nt. Stijnen, NBSTRAF 2014/140 m.nt. Hendriks is wel afgeleid dat de Hoge Raad op dit punt zou zijn 'omgegaan' (zie bijvoorbeeld Van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel I)', *TvSC* nr. 1, februari 2014, p. 28). Stijnen meent dat kleurloos opzet nog steeds uitgangspunt is, zo schrijft hij in zijn noot onder het betreffende arrest, AB 2014/339. Vgl. ook Rechtbank Limburg, 5 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:10521: 'Bij economische delicten is sprake van het zogenaamde kleurloos opzet (...)'.  
24. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2014, r.o. 6.5.2. Vergelijkbaar: Cbb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, *JOR* 2015/300 m.nt. Nuijten en Rechtbank Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420.  
25. Expliciet: Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173 r.o. 4.4-4.5.  
26. Cbb 2 september 2015, r.o. 3.7.  
27. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p.125-126 (MvT).  
28. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p.134 (MvT).  
29. Van Bekkum, 'Risicoaansprakelijkheid leidinggeven voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes', *Ondernemingsrecht* 2013/114, afl. 16, p. 579-586.  
30. Van Asperen de Boer, 'Feitelijk leidinggeven in besluiten van AFM, DNB en NMa langs de strafrechtelijke meetlat (Deel II)', *TvSC*, nr. 2/3, juli 2014, p. 73. Ook Roth lijkt dit standpunt te onderschrijven, zie Roth, 'Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2013/85.  
31. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015, r.o. 4.4-4.5.

Wij menen dat de gesignaleerde problematiek praktisch een beperkte rol speelt. Op grond van art. 5:41 Awb wordt immers geen boete opgelegd indien verwijtbaarheid geheel zou ontbreken. Sommige auteurs menen dat art. 5:41 Awb feitelijk leidinggevers niet kan baten, omdat in de (voorafgaande) kwalificatie als feitelijk leidinggever een zekere opzet op de gedraging en daarmee objectieve verwijtbaarheid is ingebakken.<sup>32</sup> Men zou daarom niet aan art. 5:41 Awb kunnen voldoen. Echter, uit rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) valt af te leiden dat als er (los van (voorwaardelijk) opzet op de gedraging) geen enkele schuld/opzet ten aanzien van de wederrechtelijkheid is, art. 5:41 Awb toch kan helpen en van het opleggen van een boete moet worden afgezien.<sup>33</sup> Moeilijkheid is dan wel dat een feitelijk leidinggever al opzet/schuld ten aanzien van de wederrechtelijkheid kan worden verweten indien hij/zij ten onrechte geen advies inwint of een gebrek aan kennis van het toepasselijke recht heeft.<sup>34</sup> Ook dient niet uit het oog te worden verloren dat naarmate de feitelijk leidinggever minder verweten kan worden, dit tot gevolg moet hebben dat aan hem/haar een lagere boete wordt opgelegd (art. 5:46 lid 2, alsook lid 3 Awb). De boete kan, in theorie althans, ook vastgesteld kan worden op een symbolisch bedrag of zelfs nihil. Bovendien leeft blijkbaar ook bij de toezichthouders de gedachte dat een bepaalde mate van verwijtbaarheid bij de feitelijk leidinggevers aanwezig dient te zijn.<sup>35</sup> In de praktijk kan hiermee een resultaat worden bereikt dat is afgestemd op de verwijtbaarheid van de feitelijk leidinggevers.

### 3.3. De kwalificatie in de rechtspraak

De bestuursrechter is steeds nadrukkelijker aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium uit Slavenburg II gaan toetsen. De eerste uitspraak over een bestuurlijke boete aan een feitelijk leidinggever in het financieel toezichtrecht betrof een overtreding van de Colportagewet door het afsluiten van kredietovereenkomsten middels huisbezoek. In die uitspraak impliceerde de rechtbank Rotterdam de Slavenburg II-criteria nog door te overwegen dat '[A] als feitelijk leidinggever het verwijt kan worden gemaakt dat hij [...] niet heeft ingegrepen en de zaken op zijn beloop heeft gelaten.'<sup>36</sup> In latere uitspraken toetste de bestuursrechter stap voor stap

of de feitelijk leidinggever bevoegd en gehouden was maatregelen te treffen om de overtreding te voorkomen en of deze wetenschap had van verboden gedragingen en bewust de aanmerkelijke kans daarop aanvaardde.<sup>37</sup>

Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt verder dat eisers/appellanten met regelmaat betogen dat zij niet wisten van de (verboden) gedragingen of niet bevoegd waren in te grijpen. Aldus zou niet zijn voldaan aan het beschikkings- of aanvaardingscriterium.<sup>38</sup> Dit betoog is echter tot op heden niet gehonoreerd. Daarbij lijkt de bestuursrechter niet altijd hoge eisen te stellen aan het bewijs van het vervuld zijn van de Slavenburg II-criteria. Zo oordeelde het CBB in een boeteprocedure over verboden colportage dat de desbetreffende appellant kwalificeerde als feitelijk leidinggever omdat hij zeggenschap had over de gedragingen in beide vestigingen van de onderneming die de overtreding beging, hoewel hij werkzaam was in één van de twee vestigingen. Het valt op dat in beroep noch in hoger beroep de vraag is beantwoord of de beboete bestuurder in dit geval ook wist van de verboden gedragingen.<sup>39</sup>

Bovendien voeren als feitelijk leidinggevers aangemerkte personen herhaaldelijk aan dat zij niet als feitelijk leidinggever kwalificeren, nu zij geen (voorwaardelijk) opzet hadden op de wederrechtelijkheid van de overtreding, dus geen 'boos opzet'. Dit betoog is iedere keer door de bestuursrechter verworpen met de standaardoverweging dat 'het (voorwaardelijk) opzet slechts behoeft te zijn gericht op de desbetreffende gedragingen (kleurloos opzet) en niet op de wederrechtelijkheid daarvan (boos opzet)'.<sup>40</sup> Gelet op het hiervoor in par. 3.2 besprokene wekt dit geen verbazing.

Onze voorlopige conclusie is dan ook dat hoewel regelmatig verweer wordt gevoerd tegen de kwalificatie van personen als feitelijk leidinggever, dit verweer als zodanig niet snel wordt gehonoreerd door de bestuursrechter. Daarbij geldt niet dat het verweer bij voorbaat kansloos is, maar dat (vermeend) feitelijk leidinggevers goed zullen moeten onderbouwen waarom in hun concrete geval niet aan het beschikkings- en aanvaardingscriterium voldaan zou zijn. Afhankelijk van de gegeven omstandigheden, zal de functionaris moeten aantonen dat hij/zij bijvoorbeeld geen enkele bevoegdheid had maatregelen te treffen om de overtredingen te voorkomen, geen enkele wetenschap had betreffende de gedragingen die kwalificeren als overtreding, of

32. Vgl. Van Bekkum, a.w., par. 4.3.

33. Vgl. CRvB 23 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK0177, r.o. 5.4.1. Zie ook de noot van Stijnen onder CRvB 27 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM5914, AB 2010/229.

34. Zo erkent Van Bekkum, a.w., par. 4.2. Dit geldt zeker voor beleidsbepalers in de financiële sector die op hun deskundigheid worden getoetst (zie par. 6 hierna).

35. Zie Kraaijeveld en Timmer (juristen bij DNB), 'Het beboeten van feitelijk leidinggevers door financieel-economische toezichthouders in perspectief', *Ondernemingsrecht* 2014/73.

36. Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6221, r.o. 11.2.

37. Zie bijvoorbeeld CBB 2 september 2015, r.o. 3.5-3.8.

38. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2012 en Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014.

39. CBB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256, *JOR* 2015/266 m.nt. Nuijten en (in eerste aanleg) Rechtbank Rotterdam, 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7979.

40. Zie de terugkerende overwegingen in Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2012; Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:272; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014; Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231; Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015; CBB 2 september 2015, (tevens in eerste aanleg); Rechtbank Rotterdam, 24 december 2015.

weliswaar heeft getracht de gedragingen te voorkomen maar daarbij is overruled door collega's. In die gevallen had de functionaris immers geen mogelijkheid maatregelen te treffen en was dus van billijken geen sprake.

#### 4. Opgelegde boetes in cijfers

Als wij met een kwantitatieve blik kijken naar de uitspraken die zien op boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevers in de financiële sector, valt allereerst op dat de toezichthouders (slechts) een beperkte hoeveelheid boetebesluiten met betrekking tot feitelijk leidinggevers hebben gepubliceerd.<sup>41</sup> Bovendien hebben tot op heden (slechts) dertien gevallen geleid tot gepubliceerde uitspraken van de bestuursrechter.<sup>42</sup> De AFM en DNB gaan wat betreft gerechtelijke procedures over opgelegde bestuurlijke boetes aan feitelijk leidinggevers min of meer gelijk op. De AFM heeft over vijf van door haar aan feitelijk leidinggevers opgelegde boetes moeten procederen. DNB heeft acht maal voor de bestuursrechter moeten procederen over dergelijke boetes. Dit terwijl DNB terughoudender is geweest dan de AFM in het gebruik van haar boetebevoegdheid, zoals Mein constateert.<sup>43</sup> Er lijkt dus relatief meer te worden geprocedeerd over door DNB opgelegde bestuurlijke boetes.

Wij signaleren dat in de afgelopen paar jaar het aantal uitspraken over boetes voor feitelijk leidinggevers duidelijk is toegenomen. De eerste boete waartegen beroep is ingesteld is eind 2010 opgelegd en de uitspraak in beroep is in 2012 gepubliceerd.<sup>44</sup> In 2014 zijn vervolgens drie einduitspraken gepubliceerd. De drie boetes waar deze uitspraken op zagen, zijn allen opgelegd in de tweede helft van 2012 (waarbij de doorlooptijd van de bezwaarprocedures varieerde van 5 tot 11 maanden).<sup>45</sup> In 2015 zijn zes uitspraken van de rechtbank Rotterdam gepubliceerd die zagen op bestuurlijke boetes wegens feitelijk leidinggeven aan een overtreding van financieel toezichtregels. Eerst in 2015 heeft het CBb zich in het kader van het financieel toezicht

kunnen uitlaten over boetes opgelegd aan feitelijk leidinggevers.<sup>46</sup>

Hoewel als gezegd niet alleen formeel bestuurders als feitelijk leidinggever aangemerkt kunnen worden, zijn in de praktijk (vooral nog) meestal personen die een formele functie bij de onderneming hadden als feitelijk leidinggevers aangesproken. Dit betreft met name (statutair) bestuurders en (mede-)aandeelhouders of personen die beide rollen hebben (DGA's). In een aantal gevallen waren de feitelijk leidinggevers indirect bestuurder via één of meer tussenholdings.<sup>47</sup> De focus op formele bestuurders kan te maken hebben met het feit dat vervulling van het beschikkingscriterium eenvoudiger aan te tonen is wanneer een feitelijk leidinggever ook formeel bevoegd is in te grijpen.

In het meest recente geval waarover de rechtbank Rotterdam heeft geoordeeld, kreeg één van de feitelijk leidinggevers pas een formele positie nadat de gedragingen (obligatie-uitgifte en kredietuitzettingen zonder vergunning) hadden plaatsgevonden.<sup>48</sup> Hem wordt uitdrukkelijk niet alleen verweten feitelijk leiding te hebben gegeven aan de overtreding na zijn aantreden als bestuurder, toen hij ook formeel bevoegd was een einde te maken aan de overtreding, maar ook voorafgaand aan die benoeming ten tijde van de betreffende emissie toen hij controller was.<sup>49</sup> Gelet op de omstandigheden verbaast dit op zich niet: de feitelijk leidinggever had onder meer het initiatief genomen om gelden aan te trekken van niet-professionele marktpartijen, hij had de investeringsstructuur opgezet en hij was medeverantwoordelijk voor de samenstelling van de prospectussen. Het is een bevestiging van de boetebevoegdheid voor feitelijk leidinggevers die geen formele posities bekleden.

De AFM en DNB achten het opportuun met name op te treden tegen feitelijk leidinggevers wanneer markttoetredingseisen zijn overtreden, zo blijkt uit het handhavingsbeleid van de AFM en DNB en de *guidance* die is opgenomen in hun Q&A.<sup>50</sup> Ook alle door DNB opgelegde boetes aan feitelijk leidinggevers waarover is geprocedeerd betreffen overtredingen van markttoetredingseisen: zes maal overtreding van het verbod tot het uitoefenen van het bedrijf van bank (art. 2:11 Wft), één maal overtreding van het verbod tot het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener (art. 2:3a Wft) en één maal overtreding van het verbod als trustkantoor werkzaam te zijn vanuit een vestiging in

41. Op de website van DNB zijn vijf boetebesluiten integraal te vinden waarbij boetes aan feitelijk leidinggevers zijn opgelegd, op de website van de AFM zeven. De AFM gaat relatief vaker over tot publicatie van bestuurlijke boetes (zie ZBO-verantwoording DNB 2014, tabel 4 (p. 60) en tabel 5 (p. 61)) in vergelijking met de cijfers verzameld door Mein in *De boete uit balans, het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Bju 2015, p. 148.

42. Waarbij wij de gevallen van Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015 en Rechtbank Rotterdam 24 december 2015, hoewel deze zien op feitelijk leidinggeven aan dezelfde overtreding, als twee gevallen tellen.

43. Mein, a.w., p. 241.

44. Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2012.

45. Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014; Rechtbank Rotterdam 22 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4054.

46. CBb 2 september 2015; CBb 8 oktober 2015; CBb 17 juli 2015.

47. Rechtbank Rotterdam, 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:298; Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012; Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015, Rechtbank Rotterdam 24 december 2015.

48. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015.

49. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015, r.o. 4.6-4.7.

50. Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, *Stcr.* 2008, nr. 132. Zie ook R.E. van Lambalgen, 'Symposiumverslag 15 jaar boetes en dwangsommen in het financieel toezichtrecht', *FR* 2015, nr. 7/8, p. 278-283.

Nederland (art. 2 Wtt).<sup>51</sup> Onze globale beschouwing van de door DNB op haar website gepubliceerde boetes bevestigt dit beeld. Bij de AFM zijn de typen overtreding in verband waarmee feitelijk leidinggevers zijn beboet gevarieerder. Zij heeft bestuurlijke boetes opgelegd naar aanleiding van het door haar uitgeoefende gedragtoezicht en toezicht op de financiële markten, naast overtredingen van markttoetredingseisen.<sup>52</sup> Dit betreft bijvoorbeeld overtreding van de Colportagewet, overtreding van de prospectusplicht, alsook het aanbieden van beleggingsobjecten zonder vergunning.<sup>53</sup> Tot slot merken wij op dat de boetehogtes fors verschillen, hoewel alle overtredingen van de Wft waarvoor feitelijk leidinggevers zijn beboet (en waarover is geprocedeerd) in de hoogste boetecategorie vallen. De hoogte van de opgelegde bestuurlijke boetes varieert van EUR 15.000 tot EUR 400.000, waarbij de meeste boetes tussen EUR 100.000 en EUR 150.000 uitkomen. Daarbij is geen duidelijke trend in de hoogte van aan feitelijk leidinggevers opgelegde boetes waar te nemen. Het valt wel op dat van de dertien procedures de (voorlopige) einduitkomst slechts in zes gevallen was dat de boete ongewijzigd kon worden gelaten. In drie gevallen is de boete uiteindelijk geheel vernietigd omdat de overtreding niet kon worden vastgesteld. Vier aan feitelijk leidinggevers opgelegde boetes zijn door de bestuursrechter (aanzienlijk) gematigd.

## 5. Punten van overweging van de bestuursrechter

Als wij de gronden beschouwen waarop bestuurlijke boetes in rechte al of niet in stand worden gelaten, komen diverse punten aan de orde. Naast het oordeel dat overtreding heeft plaatsgevonden en dat de beboete persoon kwalificeert als feitelijk leidinggever zoals hiervoor besproken, betreft dit bijvoorbeeld de regel dat geen boete kan worden opgelegd als de feitelijk leidinggever geen verwijt kan worden gemaakt. In het kader van de boetehogte komen elementen aan de orde als ernst, verwijtbaarheid en draagkracht. Hieronder belichten wij enkele in het oog springende punten die de boetebevoegdheid en -hoogte betreffen.

51. Overtreding van art. 2:11 Wft: Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014; Rechtbank Rotterdam 22 mei 2014; Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015; Rechtbank Rotterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9144. Overtreding van art. 2:3a Wft: Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015. Overtreding van art. 2 Wtt: Rechtbank Rotterdam 12 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1716.

52. Bijvoorbeeld art. 6 Colportagewet (colportage van geldkredieten), CBB 17 juli 2015.

53. Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012, CBB 17 juli 2015, CBB 2 september 2015 en CBB 26 oktober 2015, ECLI:NL:CBB:2015:340.

## 5.1. Verwijtbaarheid

Op grond van art. 5:41 Awb geldt dat als de feitelijk leidinggever geen enkel verwijt gemaakt kan worden, geen boete kan worden opgelegd. Dit verweer is blijkens de uitspraken die wij voor dit artikel hebben bekeken in enkele gevallen gevoerd. In vrijwel al deze gevallen was het verweer dat de overtreding de feitelijk leidinggever niet kon worden verweten nu advies van (al dan niet gespecialiseerde) adviseurs was ingewonnen (dat achteraf onjuist of onvolledig (want niet specifiek genoeg) bleek te zijn).<sup>54</sup> Zo oordeelde de rechtbank Rotterdam dat het feit dat juridische specialisten waren geraadpleegd bij structurering van de activiteiten, niet maakt dat de feitelijk leidinggevers in het geheel geen verwijt trof.<sup>55</sup> Dit vooral nu de feitelijk leidinggevers hun adviseurs een onvolledige vraag hadden gesteld. Niet was gebleken dat de adviseurs de vraag was voorgelegd of de gehele financieringsconstructie voldeed aan de Wft en of die op grond van de Wft zonder meer was toegelaten.

Uit de uitspraken blijkt dat op feitelijk leidinggevers ook in gevallen waarin zij zich op adviseurs verlieten, een eigen verantwoordelijkheid blijft rusten zich aan de wet te houden. Deze strenge maatstaf wordt wel kritisch besproken, nu het veronderstelt dat justitiabelen in staat zijn te formuleren wat exact de reikwijdte van het hun verschaft advies moet zijn, ook bij complexe regelgeving als opgenomen in de Wft.<sup>56</sup> Wij menen dat van gespecialiseerde adviseurs op zich verwacht mag worden dat zij zo mogelijk ondersteunen bij het bepalen van de reikwijdte van het benodigde advies. Een beroep op art. 5:41 Awb lijkt dus, evenals de strafrechtelijke pendant 'afwezigheid van alle schuld', slechts in bijzondere gevallen te slagen. Feitelijk leidinggevers zullen dan ook overtuigend moeten aantonen dat hun geen enkel verwijt valt te maken.

Een bijzonder geval was de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 mei 2014.<sup>57</sup> Het ging daarin om een technische overtreding van het bankverbod. De betrokken groepsfinancieringsmaatschappij voldeed niet langer aan de in art. 3:2 Wft gestelde eisen. De moedermaatschappij (die garant stond voor de aangetrokken gelden) had namelijk op een zeker moment niet langer een positief eigen vermogen. Het risico op waardedaling van het vermogen van de garanderende moedermaatschappij was evenwel inherent aan de wettelijk toegestane (en toegepaste) financieringsconstructie. Daarom oordeelde de rechtbank dat de bestuurder van de groepsfinancieringsmaatschappij, die als feitelijk leidinggever werd beboet, geen verwijt kon worden

54. Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014; Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015 en in het verlengde daarvan Rechtbank Rotterdam 24 december 2015.

55. Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015, r.o. 4.6.

56. Roth en Roepnarain in hun noot bij Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014, JOR 2014/105.

57. Rechtbank Rotterdam 22 mei 2014.

gemaakt. Conform art. 5:41 Awb was DNB dan ook niet bevoegd een boete op te leggen aan de bestuurder.

## 5.2. Ne bis in idem<sup>58</sup>

Op grond van art. 5:43 Awb, waarin het zogenoemde beginsel van ne bis in idem is neergelegd, is het een bestuursorgaan niet toegestaan een bestuurlijke boete op te leggen aan een overtreder waaraan wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. In de financieel toezichtjurisprudentie hebben feitelijk leidinggevers zich beroepen op dit beginsel wanneer niet alleen zichzelf werden beboet, maar tevens de onderneming en daarmee ook indirect zichzelf. Dit speelt bijvoorbeeld in het geval waarin een feitelijk leidinggever (indirect) volledig eigenaar is van de aandelen in de onderneming.<sup>59</sup>

Vooropgesteld zij dat het feit dat de onderneming voor een overtreding wordt beboet, niet in de weg staat aan het ook opleggen van een bestuurlijke boete aan de feitelijk leidinggever. Art. 51 lid 2 Sr bepaalt tenslotte expliciet dat aan de rechtspersoon en de feitelijk leidinggever tezamen boetes opgelegd kunnen worden. De keuze om de onderneming, de leidinggevende of beide aan te pakken betreft een discretionaire bevoegdheid van de toezichthouder.<sup>60</sup> Daarbij dient echter wel in ogenschouw te worden genomen bij de vaststelling van de hoogte van de boete voor de feitelijk leidinggever, dat de boete opgelegd aan de onderneming uiteindelijk ten laste kan komen van het vermogen van de feitelijk leidinggever.

Zowel de AFM als DNB houden hier in de praktijk doorgaans rekening mee. Dit blijkt uit de rechtspraak waarin DGA's zijn beboet.<sup>61</sup> Zouden zij bij de vaststelling van de hoogte van de boete voor dergelijke feitelijk leidinggevers geen acht slaan op de boete voor de onderneming, dan kan de boetehoogte mogelijk in strijd zijn met het (hierna te bespreken) evenredigheidsbeginsel.<sup>62</sup>

## 5.3. Gelijkeheidsbeginsel

Ook het gelijkheidsbeginsel kan aan oplegging van een boete in de weg staan. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat personen in gelijke gevallen niet ongelijk behandeld mogen worden. Het beginsel is niet in de Awb gecodificeerd (het is reeds verankerd

in art. 1 van de Grondwet). Hoewel een beroep op gelijkheid gezien de algemene jurisprudentie beperkte kans van slagen heeft, is schending van het gelijkheidsbeginsel aangevoerd door een aantal feitelijk leidinggevers dat door de AFM of DNB is beboet.

Deze beroepen onderscheiden zich in twee gevallen. In het ene geval worden andere bij de overtredende onderneming betrokken personen niet beboet, terwijl de beboete feitelijk leidinggever meent dat dit gelijke gevallen betreft en hij/zij dus ook niet beboet zou moeten worden.<sup>63</sup> In het andere geval worden feitelijk leidinggevers van andere (concurrerende) ondernemingen niet beboet, in tegenstelling tot de wel beboete feitelijk leidinggever.<sup>64</sup> In geen van de gevallen die aan de orde waren, is het beroep op het gelijkheidsbeginsel geslaagd.

Getuige de overwegingen waarmee de bestuursrechter een beroep op het gelijkheidsbeginsel heeft verworpen, is het voor feitelijk leidinggevers die dit aanvoeren moeilijk aannemelijk te maken dat de betreffende gevallen inderdaad gelijk zijn. Vastgestelde verschillen vloeien bijvoorbeeld voort uit het feit dat de specifieke taak ('concern compliance') die de beboete persoon had anders was, het feit dat een andere persoon slechts bestuurder was, maar gesteld nog gebleken is dat die persoon tevens feitelijk leiding aan de overtreding heeft gegeven, het feit dat de andere overtreder eerder een vergunningaanvraag had ingediend (hoewel ook te laat), het feit de boete in het andere geval op een andere omstandigheid was gematigd en het feit dat de toezichthouder de kwalificatie als feitelijk leidinggever van de ander niet heeft kunnen vaststellen.<sup>65</sup> Er wordt dus veel gevraagd van de onderbouwing dat bedoelde gevallen inderdaad op belangrijke punten overeenkomen.

Het gelijkheidsbeginsel kan eveneens ingeroepen worden in verband met de hoogte van de boete. Dit heeft echter voor geen van de door de AFM en DNB beboete feitelijk leidinggevers tot matiging van de boete geleid. In één geval was er sprake van een groot verschil in boetes voor twee personen die feitelijk leiding hadden gegeven aan dezelfde overtreding. Dit werd gerechtvaardigd geacht door de verschillende draagkracht van de feitelijk leidinggevers.<sup>66</sup> Toch is het gelijkheidsverweer niet *a priori* kansloos, getuige een zaak waarin werd geoordeeld over een boete aan een onderneming wegens financiële dienstverlening zonder vergunning. Daarin werd geoordeeld dat er gezien de specifieke omstandigheden van andere zaken en de betreffende

58. Zie nader en meer in het algemeen: Rechtbank Rotterdam 20 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU1355, JOR 2012/13 m.nt. Roth, en het hoger beroep: Cbb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9888.

59. Zoals in Rechtbank Rotterdam 21 januari 2015 en Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015.

60. Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015, Rechtbank Rotterdam 25 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA:3454.

61. DNB: Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015; Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015. AFM: Rechtbank Rotterdam, 21 januari 2015.

62. Rechtbank Rotterdam, 21 januari 2015, r.o. 8.6, Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015, r.o. 10.1.

63. Dit deed zich voor in Cbb 2 september 2015 (en de daaraan voorafgaande beslissing van Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014).

64. Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015.

65. Op volgorde: Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012; Rechtbank Rotterdam 21 januari 2015; Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015; Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2015; Cbb 2 september 2015.

66. Dit deed zich voor in Cbb 2 september 2015 (en de daaraan voorafgaande beslissing van Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014).



zaak onvoldoende aanknopingspunten waren voor een rechtvaardiging van het significante verschil.<sup>67</sup>

#### 5.4. Evenredigheid

De centrale bepaling die een rol speelt bij de vaststelling van de juiste boetehoogte, is het evenredigheidsbeginsel van art. 5:46 lid 2 Awb. Het bestuursorgaan stemt de boetehoogte af op de ernst van de overtreding, de mate waarin die overtreding aan de feitelijk leidinggever kan worden verweten en andere bijzondere omstandigheden. De boetehoogte moet aldus passend en geboden te zijn, dit ook gelet op art. 6 EVRM.<sup>68</sup> Het gaat daarbij om een volle toetsing door de bestuursrechter.<sup>69</sup> Als gevolg is de rechtspraak op dit punt casuïstisch.

In principe heeft een ieder op grond van art. 5:20 Awb de plicht om mee te werken aan onderzoek van de toezichthouder. Melding, beëindiging of herstel van de overtreding op eigen initiatief of medewerking aan onderzoek wordt gezien de algemene jurisprudentie nauwelijks beloond. In een aantal financieel toezichtzaken over feitelijk leidinggeven heeft de rechtbank dan ook geoordeeld dat medewerking aan het onderzoek door de toezichthouders de ernst en duur van de overtreding en verwijtbaarheid van de feitelijk leidinggever onverlet laat.<sup>70</sup> Toch heeft medewerking in een bankverbodprocedure wel geleid tot matiging door DNB, die door de rechtbank werd gehandhaafd.<sup>71</sup> Daarbij werd nog verder gematigd op grond van andere omstandigheden, zoals het feit dat de overtreding geruime tijd beëindigd was en in korte tijd ongedaan was gemaakt.<sup>72</sup> Ook in de eerdergenoemde zaak over een betaaldienstverlener zonder vergunning, werd de boete gematigd (onder meer) omdat de overtreder zich niet geheel aan het toezicht onttrok en zelf haar activiteiten had gemeld.<sup>73</sup>

In de procedures over boetes van de AFM en DNB aan feitelijk leidinggevers is herhaaldelijk aangevoerd dat door de overtreding geen consumenten zouden zijn benadeeld.<sup>74</sup> In één geval, waar het ging om een colportageboete, besliste de rechtbank dat het feit dat consumenten niet waren benadeeld niet

leidde tot verminderde verwijtbaarheid.<sup>75</sup> Dit zou volgens de rechtbank anders kunnen zijn indien de consumenten juist voordeel hadden genoten van door de overtreding. Recent oordeelde de rechtbank Rotterdam in het kader van een overtreding van het bankverbod dat DNB niet van belang hoefde te achten dat beleggers geen klachten hadden, nu het doel van de Wft verder gaat dan het beschermen van belangen van beleggers.<sup>76</sup> Daar tegenover staat dat in de zaak betreffende de betaaldienstverlener zonder vergunning en diens feitelijk leidinggever, de omstandigheid dat geen consumenten waren benadeeld (althans het tegendeel gesteld nog gebleken was) bijdroeg aan matiging van de bestuurlijke boete. Dit ondanks dat er geen regulier doorlopend toezicht op de betaaldienstverlener was uitgeoefend.<sup>77</sup> In de rechtspraak is derhalve (nog) geen duidelijke lijn op dit punt te ontwaren.

Daarentegen zijn in de jurisprudentie ook factoren meegewogen die juist hebben geleid tot verhoogde verwijtbaarheid, of op zijn minst tot de slotsom dat van verminderde verwijtbaarheid geen sprake was. Zo volgde in een zaak betreffende het aanbieden van landbouwgronden (beleggingsobjecten) verhoogde verwijtbaarheid uit het feit dat de feitelijk leidinggever al eerder een vergelijkbare constructie had toegepast die niet door de beugel kon. Daardoor wist hij van de wederrechtelijkheid van de constructie.<sup>78</sup> Dit is ook in lijn met de recidive-regels, op grond waarvan een boete kan worden verdubbeld indien binnen vijf jaar voor een tweede keer een bestuurlijke boete wordt opgelegd voor eenzelfde overtreding (art. 1:81 lid 1 Wft).

Het valt op dat de boetes die de AFM en DNB opleggen veelal (fors) lager zijn dan het basisbedrag dat op overtreding van de betreffende bepalingen staat. Aangezien de huidige basisbedragen zijn ingegeven om meer 'voelbaar' te zijn voor grotere instellingen bevreemdt het niet dat de toezichthouders onder omstandigheden de wettelijke basisbedragen niet beschouwen als een proportionele en evenredige sanctie voor natuurlijke personen.<sup>79</sup> Hoe de uiteindelijke bedragen exact tot stand komen, blijkt echter niet altijd duidelijk uit de rechtspraak of boetebesluiten.

#### 5.5. Draagkracht

Op grond van art. 4 van het Boetebesluit houdt de toezichthouder bij het opleggen van een bestuurlijke boete rekening met de draagkracht van de feitelijk leidinggever. Er wordt bekeken of de bestuur-

67. CbB 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507, JOR 2013/172, m.nt. Affourtit (r.o. 5.3).

68. EHRM 10 februari 1983, 7299/75 en 7496/76 (Albert en Le Compte), Series A no. 58.

69. Zie ABRvS 14 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2013:BV8810, AB 2012, 98 m. nt. Stijnen (r.o. 2.3); ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3664 (r.o. 4.1), zie ook Heinrich e.a., 'Handhaving', NTB 2012/1, T&C Algemene wet bestuursrecht, commentaar op art. 5:46 Awb, en, zeer recent, Doets, 'Boeteoplegging door de AFM en DNB: over redelijkheid en functiescheiding', TvSO nr. 5/6, december 2015, p. 249-251.

70. Zie Rechtbank Rotterdam, 10 oktober 2013, r.o. 7.3 met 9.2; Rechtbank Rotterdam 21 januari 2015.

71. Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015 en 24 december 2015.

72. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015, 24 juli 2015.

73. Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015.

74. Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014.

75. Zie Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2013, r.o. 7.3 met 9.2.

76. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015.

77. Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015.

78. CbB 2 september 2015, Rechtbank Rotterdam 24 juli 2015.

79. Zie ook Roth en Roepnarain in hun noot bij Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014, JOR 2014/105. Zie ten aanzien van de achtergrond van de basisbedragen: Kamerstukken II 2007/08, nr. 3 (MvT), p. 2.

lijke boete geen onevenredige gevolgen heeft.<sup>80</sup> Van onevenredige gevolgen is bijvoorbeeld sprake als het opleggen van de boete leidt tot betalingsonmacht van de beboete persoon.

Volgens vaste rechtspraak wordt de boete bepaald op basis van de financiële situatie ten tijde van het nemen van het besluit tot oplegging van die boete.<sup>81</sup> De bestuursrechter toetst *ex nunc* of de financiële positie van de feitelijk leidinggever noopt tot matiging van de boete.<sup>82</sup> Evenals bij de toets in het kader van 5:46 Awb, toetst de rechter zonder terughoudendheid of de boetehoogte al dan niet terecht is gematigd op grond van de draagkracht van de feitelijk leidinggever.<sup>83</sup>

De wetgever heeft de AFM en DNB een ruime mate van beleidsvrijheid gegeven bij de draagkrachtmeting. Dit onderkent ook het CBB: 'Blijkens de Nota van Toelichting bij het [Boetebesluit] komt de toezichthouder een ruime mate van beleidsvrijheid toe bij het uitvoeren van de draagkrachtmeting.'<sup>84</sup>

De AFM en DNB schrijven in hun Q&A dat in het kader van de draagkracht wordt gekeken naar inkomen, vermogen, schulden, periodieke lasten en overige persoonlijke omstandigheden.

De bestuursrechter staat toe dat de toezichthouders in het kader van de draagkrachtmeting tevens de verdien capaciteit van de feitelijk leidinggever in aanmerking nemen.<sup>85</sup> Zo rekende de AFM voor dat de appellant een boete kon betalen door bij het vermogen van de appellant een bedrag op te tellen van de vrije bestedingsruimte (netto loon minus reële lasten voor levensonderhoud) over een periode van twee jaar, waarbij zij echter ten onrechte uitging van te lage reële lasten van levensonderhoud.<sup>86</sup> Tot slot kan de toezichthouder bij de vaststelling van de draagkracht rekening houden met de mogelijkheid van een betalingsregeling, zo blijkt uit de rechtspraak.<sup>87</sup>

Het ligt op de weg van de feitelijk leidinggever een beroep te doen op beperkte financiële draagkracht. De feitelijk leidinggever moet de financiële gegevens overleggen die een dergelijk beroep kunnen dragen, gelet ook op de zware motiveringseisen die daaraan worden gesteld. In de financieel toezichtrechtspraak is feitelijk leidinggevers herhaaldelijk tegengeworpen dat het beroep op beperkte draagkracht onvoldoende was onderbouwd met gegevens

op basis waarvan de actuele financiële situatie kon worden vastgesteld.<sup>88</sup> Zo kon DNB volstaan met de overweging dat de door de beboete persoon overgelegde financiële gegevens, mede vanwege de gedateerdheid daarvan, onvoldoende aanknopingspunten boden om de boete op grond van draagkracht te matigen.<sup>89</sup> Waar het draagkrachtverweer mogelijk kan slagen is het dan ook raadzaam financiële gegevens te overleggen die een volledig en actueel inzicht bieden in de financiële positie, zo nodig tot kort voor de zitting bij de bestuursrechter.

## 6. Voorbij de bestuurlijke boete

Het spreekt voor zich dat een bestuurlijke boete een significante impact op de betrokken feitelijk leidinggever kan hebben. Daarbij valt te denken aan de financiële gevolgen en mogelijke reputationele consequenties die een bestuurlijke boete kan hebben. Ook moet gedacht worden aan de gevolgen voor de betrouwbaarheid- en geschiktheidseisen die aan (mede)beleidsbepalers in de financiële sector worden gesteld.<sup>90</sup> Op deze potentiële (neven)effecten van boetes voor feitelijk leidinggevers gaan wij nog kort in.

Relevant voor de financiële gevolgen van een bestuurlijke boete voor bestuurders of managers is een recente uitspraak van de Hoge Raad. Hoewel op een ander rechtsgebied, oordeelde de Hoge Raad dat een verhaalsbeding, op grond waarvan een partij verhaal zou kunnen nemen op een andere partij voor een opgelegde bestuurlijke boete, in beginsel niet in strijd komt met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW en dus *niet* nietig is.<sup>91</sup> Waar eerder wel werd gesteld dat dit de handhaving zou ondermijnen en dit oordeel onder omstandigheden ook anders kan zijn, kunnen bestuurders en managers mogelijk gebaat zijn bij een vrijwaring tegen boetes door bijvoorbeeld de onderneming.

Publicatie van een aan een feitelijk leidinggever opgelegde boete kan reputationele gevolgen meebrengen. Op grond van de hoofdregel dienen de financiële toezichthouders veel van de door hen opgelegde boetes openbaar te maken (art. 1:97 Wft). Bovendien wordt een boetebesluit nogmaals openbaar gemaakt zodra het onherroepelijk is geworden (art. 1:98 Wft). Wel geldt sinds 1 augustus 2014 de 'tenzij-clausule' (art. 1:97 lid 4 Wft). Deze houdt in

80. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3 (MvT), p. 142. Zie ook de noot van Nuijten bij CBB 2 september 2015. De rechtbank Rotterdam overweegt het duidelijk in Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014, r.o. 7.6.

81. CBB 20 november 2014, waarin het CBB verwijst naar de fiscale zaak HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685.

82. HR 28 maart 2014, r.o. 3.4.

83. Zie voetnoot 69 hierboven.

84. CBB 20 november 2014, r.o. 3.3.3.

85. Zie Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2014 in samenhang met CBB 2 september 2015.

86. CBB 2 september 2015, r.o. 3.15.

87. Zie Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2014 in samenhang met CBB 2 september 2015; Rechtbank Rotterdam 12 maart 2015. Rechtbank Rotterdam 24 december 2015.

88. Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014, r.o. 6.3; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014, r.o. 7.1; Rechtbank Rotterdam 18 juni 2015.

89. Rechtbank Rotterdam 23 januari 2014.

90. Zie hierover ook Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: 'Onderneming en Sanctierecht', *Serie Onderneming en Recht* deel 76, Deventer: Kluwer 2013, p. 339-365 en Roth en Roepnarain, 'De toetsing van bestuurders en commissarissen door de AFM en DNB', *Ondernemingsrecht* 2014/95.

91. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *JAR* 2016/16 m.nt. Konijn.

dat publicatie onder omstandigheden geanonimiseerd dient plaats te vinden.

Alvorens een marktpartij een vergunning krijgt of voordat functionarissen een (mede)beleidsbepalende functie op zich kunnen nemen, toetsen de toezichthouders de betrouwbaarheid en geschiktheid van dergelijke (mede)beleidsbepalers.<sup>92</sup> Veel feitelijk leidinggevers zullen ook te toetsen (mede)beleidsbepalers zijn, nu personen die bevoegd zijn een einde te maken aan overtredingen (feitelijk leidinggevers) veelal tevens de dagelijkse leiding van een onderneming hebben of daar invloed van betekenis op kunnen uitoefenen ((mede)beleidsbepalers).

Bij die betrouwbaarheids- en geschiktheidstoetsing nemen de toezichthouders toezichtantecedenten in aanmerking. Het feit dat een te toetsen persoon (mede)beleidsbepaler was van een onderneming waaraan een toezichthouder een (formele) maatregel heeft opgelegd, wordt als toezichtantecedent aangemerkt.<sup>93</sup> Dit geldt *a fortiori* voor een formele maatregel waarbij een feitelijk leidinggever zelf een bestuurlijke boete is opgelegd.<sup>94</sup> De opgelegde bestuurlijke boete kan een impact hebben op het oordeel van de toezichthouder over de geschiktheid en betrouwbaarheid van de feitelijk leidinggever. Dit betekent echter niet dat een bestuurlijke boete wegens feitelijk leidinggeven automatisch leidt tot aftoetsing, al is dat wel mogelijk.<sup>95</sup>

Een aan een feitelijk leidinggever opgelegde boete zal aan de financiële toezichthouder moeten worden gemeld.<sup>96</sup> Transparantie richting de toezichthouder over toezichtantecedenten, zoals een opgelegde bestuurlijke boete, is van groot belang. Niet in de laatste plaats omdat het niet melden van toezichtantecedenten op zichzelf ook kwalificeert als een toezichtantecedent.<sup>97</sup> Voorts kan overtreding van wet- en regelgeving of een toezichtantecedent (zoals een bestuurlijke boete wegens feitelijk leidinggeven), aanleiding geven een (mede)beleidsbepaler opnieuw te toetsen.<sup>98</sup> Dit blijkt ook uit het Informatiebulletin Toetsingen Algemeen van de AFM en DNB.

Indien de hertoetsing voor de feitelijk leidinggever negatief uitpakt, zullen AFM en DNB een aanwijzing tot heenzending kunnen geven.<sup>99</sup> Deze

bevoegdheid is onderwerp van veel discussie.<sup>100</sup> In die discussie wordt de toezichthouders onder andere verweten niet altijd een formeel aftoetsings- of aanwijzingsbesluit te nemen, maar het terugtreden van de betreffende (mede)beleidsbepaler langs informele weg te bewerkstelligen.

## 7. Uitgeleide

Met name in het afgelopen jaar is een constante stroom uitspraken op gang gekomen ten aanzien van bestuurlijke boetes aan feitelijk leidinggevers binnen het financieel toezicht. De opgelegde bestuurlijke boetes zijn veelal fors en kunnen grote gevolgen hebben voor de betrokken persoon. In dit artikel hebben wij een overzicht gegeven van de stand van de jurisprudentie, waarbij wij niet alleen zijn ingegaan op de kwalificatie als feitelijk leidinggever maar ook op de relevante overwegingen uit de rechtspraak over het opleggen van een boete en de hoogte van die boete.

Uit onze verkenning is gebleken dat het aanvechten van boetes voor feitelijk leidinggevers middels beroep lijkt te lonen, met name op de punten die de hoogte van de boete beïnvloeden zoals de evenredigheid van de boete en de draagkracht van de feitelijk leidinggever. De kans op succes hangt daarbij vooral af van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval en de vraag in hoeverre deze door de betreffende toezichthouder reeds zijn meegewogen. Daartegenover staat dat verscheidene aangevoerde beroepsgronden een geringe kans van slagen hebben, zeker zonder gedegen onderbouwing. Een voorbeeld is de kwalificatie als feitelijk leidinggever. Gelet op een (ongevraagd) advies van de Raad van State, waarin zij constateert dat meer aandacht nodig is voor de rechtsbescherming van de burger bij bestuurlijke boetes, verwachten wij evenwel dat de bestuursrechter kritisch blijft kijken naar bestuurlijke boetes die door DNB en de AFM aan feitelijk leidinggevers zijn opgelegd.<sup>101</sup>

Dat de rechtspraak rond beboeting van natuurlijke personen de komende jaren zal doorgroeien betwijfelen wij niet. Dit volgt ook uit de niet aflatende aandacht van de publieke en politieke opinie en daarmee de toezichthouders voor het beboeten van bestuurders en managers die betrokken zijn bij een overtreding van de onderneming.

92. Zie o.a. art. 3:8 en 4:9 Wft en art. 3:9 en 4:10 Wft.

93. Dit art. 1.6 lid 2 van de Beleidsregel geschiktheid 2012; onderdeel 4, Bijlage A Besluit prudentiële regels Wft en onderdeel 4, Bijlage C Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

94. Informatiebulletin Toetsingen Algemeen van DNB en AFM.

95. Vgl. CBb 16 november 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AZ3800, JOR 2007/47.

96. Op grond van art. 3:29 Wft en art. 4:26 Wft.

97. Onderdeel 4 van Bijlage A van het Besluit prudentiële regels Wft en onderdeel 4 van Bijlage C van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

98. Op grond van art. 3:9 lid 2 en art. 4:10 lid 2 Wft.

99. Art. 1:75 lid 1 Wft. Zie Rechtbank Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5634, *Ondernemingsrecht* 2015/117 m.nt. Jansen.

100. Zie hierover Chin-A-Fo & Hensen, 'Pas op, of we gaan je toetsen!', *NRC Handelsblad* 4 april 2015.

101. Advies van de Raad van State van 13 juli 2015, 'Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en het bestuursrecht', *Stcrt.* 2015, nr. 30280.