

Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft

mr. drs. J.T.C. Leliveld*

Vijf jaar geleden verscheen in het Nederlands Juristenblad een artikel van Hartmann¹ met de uitdagende titel 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?' Met een dergelijke titel wekt zijn antwoord 'weggeven' geen verbazing. Het strafrechtelijke handhavingarsenaal bij overtreding van financiële wetgeving is echter 'gehouden'. Sinds 2004 is er veel gewijzigd. De Wet op het financieel toezicht (Wft) is ingevoerd.² De Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (Boetewet)³ is vrijwel gereed en per 1 januari 2009 is een nieuw Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties van kracht (het Convenant).⁴

In deze bijdrage worden de ontwikkelingen gezien. Eerst komen daarbij de in de Wft en Boetewet gemaakte keuzes ten aanzien van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving aan de orde. Blijken zal, dat de in de parlementaire geschiedenis gemaakte keuzes slechts beperkt zijn onderbouwd. Daarnaast wordt duidelijk dat een gedeelte van de motivering zich moeilijk laat verenigen met de uit de wetgeving zelf blijkende uitkomst. Vervolgens worden de gemaakte keuzes nader beschouwd in het licht van twee nota's⁵ die de vraag bestuursrechtelijk of strafrechtelijk handhaven in een breder kader behandelen. De conclusie daarvan is, dat indien de nota's worden gevolgd andere uitkomsten ten aanzien van handhaving van de Wft in de rede zouden liggen. Ter controle van deze conclusie wordt nagaan of het Convenant en de praktijk aansluit bij de nota's. Tenslotte zal blijken dat beantwoording van de vraag van Hartmann nog steeds actueel is. Het antwoord zou echter wel eens verrassend kunnen zijn.

Dubbele handhaving van de Wft

De invoering van de Wft heeft niet geleid tot een wijziging in het systeem van de handhaving. Op grond van de Wft is bij overtreding van veel bepalingen zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke sanctionering mogelijk. Bestuursrechtelijke handhaving geldt als uitgangspunt. Strafrechtelijke handhaving blijft daarnaast mogelijk voor specifieke overtredingen, waarvan 'wenselijk' is dat zij tevens worden aangemerkt als een economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten (WED).⁶ De delicten zijn opgenomen in artikel 1, tweede rubriek en artikel 1 derde rubriek van de WED. Het grootste deel van de delicten valt onder de tweede rubriek van de WED. Voor deze rubriek geldt dat de economische delicten misdrijven zijn, voor zover zij opzettelijk zijn begaan. Voor zover zij geen misdrijven zijn, betreffen het overtredingen.⁷ Een beperkt aantal delicten, met name overtreding van de marktmisbruikbepalingen, valt in

de derde rubriek.⁸ Deze delicten worden altijd aangemerkt als een misdrijf. Bij de invoering van de Wft zijn de bepalingen die bij overtreding beboetbaar zullen zijn met de hoogste categorie (3) bestuurlijke boetes⁹ aangemerkt als gedragingen waaraan in ieder geval ook strafrechtelijke consequenties moeten kunnen worden verbonden. In het kader van een beleidsarme omzetting van de sectorale toezichtwetten is er in eerste instantie voor gekozen Wft-overtredingen die in het kader van de Wft in een lichtere boetecategorie zullen worden geplaatst, maar die onder de oude sectorale toezichtwetten toch als economisch delict zijn aangemerkt, in de WED te handhaven.¹⁰ Op de 'wenselijkheid' van strafrechtelijke handhaving van de opgenomen delicten wordt niet ingegaan. Wel wordt aangekondigd dat een heroverweging van de strafbaarstelling van Wft-overtredingen zal plaatsvinden bij de herziening van de huidige boetesystematiek in de financiële toezichtwetgeving.¹¹

De uitkomst van deze heroverweging is terug te vinden in Artikel XI van het Wetsvoorstel wijziging boetestelsel financiële wetgeving (hierna: 'Boetewet').¹² De aanpassing van de strafbaarstelling is beperkt tot de delicten die zijn opgenomen in de tweede rubriek van artikel 1 WED. 'In beginsel

* Jan Leliveld is advocaat te Den Haag.

1. A.R. Hartmann, 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?', *NJB*, 21 mei 2004, p. 1068-1073.
2. Zie ook het overzichtsartikel van prof. D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft, in *Onderneming en Financieel Toezicht*', Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566.
3. *Kamerstukken I* 2008/09, 31 458, A&B. Zie hierover I. Sluiter, F. de Vries en R. Kraaijeveld, 'Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving; flexibel, afschrikwekkend en effectief?', *FR* 2009, p. 210-217.
4. Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties, *Stcrt.* 2009, 9.
5. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30 (Notitie 'De keuze tussen sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoeningen daarvoor') *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69 (Brief minister met toegezegde Kabinetsnota over uitgangspunten bij keuze van een sanctiestelsel).
6. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.
7. Art. 2 lid 1 WED.
8. Art. 5:53 lid 1 en 2, art. 5:56, 5:57, 5:58, 5:70 lid 1, art. 5:72, 5:74 lid 1 en 4, art. 5:76 en 5:77 Wft.
9. Art. 1:80 en 1:81 Wft, art. 2 en 3 Besluit Boetes Wft.
10. *Kamerstukken* 2005/06, 30 658, nr. 3, p. 37-38.
11. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 658, nr. 3, p. 38.
12. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 2, Laatste wijziging, *Kamerstukken I* 2009/09, 31 458, A, (Gewijzigd voorstel van Wet).

worden alle overtredingen die zijn ingedeeld in de hoogste categorie (3) opgenomen in de WED. Daarnaast worden diverse soorten overtredingen uit categorie 2 opgenomen in de WED. Het gaat daarbij onder andere om overtredingen die de consument of de afnemers van financiële producten benadelen, het schenden van zware medewerkingplicht en het niet naleven van boekhoudkundige voorschriften of statutaire verplichtingen. Deze indeling is het gevolg van een stofkamoperatie waarin de strafbaarstelling van alle voorschriften van de Wft opnieuw is geïnventariseerd en gecategoriseerd. Voorschriften die voorheen wel strafbaar waren, maar nu op basis van indeling naar de aard van de overtreding niet meer in de WED zullen zijn opgenomen, zijn op basis van individuele afweging geschrapt.¹³ Het (toekomstige) artikel 1.2 WED geeft dan het volgende overzicht:

ARTIKEL XI

De Wet op de economische delicten wordt als volgt gewijzigd:
'A

In artikel 1, onder 2^o, komt de zinsnede met betrekking tot de Wet op het financieel toezicht te luiden:

de Wet op het financieel toezicht, de artikelen 1:10, 1:74, eerste lid, 2:4, eerste lid, 2:6, eerste lid, 2:8, eerste lid, 2:11, eerste lid, 2:15, tweede lid, 2:16, eerste en derde lid, 2:18, tweede lid, 2:20, eerste lid, 2:25, tweede lid, 2:26, 2:27, eerste lid, 2:36, eerste en tweede lid, 2:40, 2:48, eerste lid, 2:50, eerste lid, 2:55, eerste lid, 2:60, eerste lid, 2:65, eerste en tweede lid, 2:75, eerste lid, 2:80, eerste lid, 2:86, eerste lid, 2:92, eerste lid, 2:96, 3:5, eerste lid, 3:6, eerste lid, 3:7, eerste lid, 3:30, eerste lid, 3:35, 3:44, eerste lid, 3:51, 3:53, eerste lid, 3:54, derde lid, 3:55, tweede lid, 3:57, eerste en vijfde lid, 3:59, 3:62, tweede lid, 3:63, eerste tot en met derde lid, 3:67, eerste tot en met vierde lid, 3:68, eerste en derde lid, 3:69, eerste lid, 3:77, 3:88, eerste en tweede lid, 3:89, eerste lid, 3:95, eerste lid, 3:96, eerste lid, 3:104, derde lid, 3:132, eerste en derde lid, 3:136, eerste en tweede lid, 3:135, eerste lid, 3:137, 3:138, eerste lid, 3:139, eerste lid, 3:143, 3:144, eerste lid, 3:155, tweede lid, 3:158, derde en vierde lid, 3:175, derde lid, 3:196, 3:279, eerste en vierde lid, 3:285, eerste en tweede lid, 3:286, eerste en tweede lid, 3:296, eerste, tweede, derde, vierde en achtste, 3:297, eerste, tweede en vijfde lid, 3:298, eerste en tweede lid, 4:3, eerste lid, 4:4, eerste lid, 4:4a, 4:24, tweede lid, 4:26, eerste lid, 4:27, eerste, tweede en vierde lid, 4:31, eerste lid, 4:49, eerste tot en met derde lid, 4:50, tweede lid, 4:52, eerste lid, 4:53, 4:60, vijfde lid, 4:62, eerste lid, 4:90b, vierde tot en met het zesde lid, 4:91a, negende lid, 4:91b, derde en vierde lid, 4:100c, 5:26, eerste lid, 5:28, tweede lid, 5:30, 5:32, eerste en vierde lid, 5:32d, eerste lid, 5:34, eerste en tweede lid, 5:35, eerste tot en met vierde lid, 5:36, 5:38, eerste en tweede lid, 5:39, eerste lid, 5:40, 5:41, eerste en tweede lid, 5:42, 5:43, eerste en tweede lid, 5:48, derde tot en met achtste lid, 5:59, eerste en tweede lid, 5:60, eerste en derde lid, 5:63, derde lid, 5:64, eerste en derde tot en met zevende lid, 5:65, 5:68, eerste lid, 5:79;

Ook na heroverweging blijft een groot aantal bepalingen zowel bestuursrechtelijk, als strafrechtelijk te sanctioneren. De heroverweging voor opname in de WED is niet erg transparant. Uit de Memorie van Toelichting bij de Boetewet¹⁴ en de aan deze Boetewet ten grondslag liggende nota Boetestelsels in financiële wetgeving¹⁵ blijken wel enkele algemene richtlijnen voor beantwoording van de vraag wanneer bestuursrechtelijk en wanneer strafrechtelijk te sanctioneren.

Aangegeven is bijvoorbeeld dat bestuursrechtelijke handhaving volstaat in de meeste gevallen van wetsovertreding door financiële instellingen. Met de toevoeging 'financiële instellingen' wordt een nieuw begrip geïntroduceerd.¹⁶ Deze introductie wordt niet toegelicht. Het strafrecht komt in

beeld, wanneer vermoedens bestaan van opzettelijke of stelselmatige overtredingen. 'Indien de overtreder willens en wetens schade toebrengt aan de integriteit van het financieel stelsel kan in gezamenlijk overleg tussen het Openbaar Ministerie en de toezichthouders de strafrechtelijke handhaving in aanmerking komen'. Opmerkelijk hierbij is, dat het overgrote deel van de overtredingen van de Wft in artikel 1.2 van de WED strafbaar is gesteld in zowel de overtredingvariant als in de misdrijfvariant. Het onderscheid tussen beide wordt gemaakt door de al dan niet aanwezige opzet. Dit onderscheid verhoudt zich moeilijk met de Memorie van Toelichting, waar gesproken wordt over 'opzettelijke of stelselmatige overtredingen' en het 'willens en wetens schade toebrengen'. Hiermee lijken alle overtredingen niet meer voor strafrechtelijke handhaving in aanmerking te komen.

Een conceptueel kader?

Uit de parlementaire geschiedenis bij de Boetewet bleek tot zeer recent, niet van een conceptueel kader. De keuze voor een sanctiestelsel is meermalen in meer conceptuele zin aan de orde gesteld. Zo informeerde de minister van Justitie de Tweede Kamer in 2005 over de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.¹⁷ Globaal werd aangegeven welke uitgangspunten worden gehanteerd. 'Strafrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft. Bestuursrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking'.¹⁸

De globale uitgangspunten zijn vervolgens geordend in thema's. Een thema betreft de gewenste sanctie. Aan dit thema is een aantal indicatoren gekoppeld.¹⁹ Als bijvoorbeeld een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf is geboden, dan komt slechts strafrechtelijke handhaving in aanmerking.

Een ander thema is de ernst van een normovertreding. Dit kan te maken hebben met de aard van het feit, maar het kan ook gaan om geconstateerde recidive of om de intentie waar-

13. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 3, p. 8-9.

14. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 458, nr. 3, p. 3 en de hiervoor reeds aangehaalde passage bij artikel XI. N.b. De kritiekpunten zoals aangegeven door Doorenbos, a.w., p. 553-554, zijn (ongemotiveerd) kennelijk wel voor een belangrijk deel overgenomen. Alle door hem in de voetnoten 33 tot en met 35 aangehaalde artikelen zijn niet langer opgenomen in artikel 1, tweede rubriek WED.

15. Boetestelsels in financiële wetgeving, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2, p. 4-6.

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

17. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30.

18. *Kamerstukken II* 200 506, 29 849, nr. 30, p. 4.

19. Ik bespreek niet alle indicatoren.

mee een normovertreding plaatsvindt. Naarmate meer behoefte bestaat aan openbare berechting komt het strafrecht eerder in aanmerking.

Een volgend thema betreft de behoefte aan bevoegdheden. Indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding en de oplegging van een sanctie, is toepassing van het strafrecht geïndiceerd. In ieder geval moet voor strafrecht gekozen worden indien nieuw te introduceren bevoegdheden nodig zijn waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt, zoals de voorlopige hechtenis, doorzoeking in een woning, aftappen of opnemen van communicatie en dergelijke.

Weer een ander thema omvat de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Indien met het oog op de bij een bestuursorgaan voorhanden zijnde deskundigheid of de daar aanwezige menskracht een bijzondere betrokkenheid van dit bestuursorgaan wenselijk is, ligt – behoudens contra indicatie – bestuursrechtelijke sanctionering in de rede.

In het najaar van 2008 zond de minister van Justitie de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aan de Tweede Kamer.²⁰ Met deze nota wordt wederom gestreefd naar verheldering van de keuze tussen sanctiestelsels.²¹ In de nota wordt het onderscheid tussen specifieke rechtsbetrekkingen (een besloten context) en algemene rechtsbetrekkingen (een open context) geïntroduceerd. De minister neemt dit onderscheid als uitgangspunt voor de keuze voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke handhaving. Kenmerkend voor een besloten context is:

- a. Het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een *afgebakende doelgroep*.
- b. Dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er ook communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen.

Indien aan beide voorwaarden is voldaan, bestaat een voorkeur voor bestuursrechtelijke handhaving. Indien niet aan beide voorwaarden is voldaan, is sprake van een open context. In die gevallen ligt in beginsel strafrechtelijke sanctionering in de rede.

Het bij de nota behorende gedachteschema is duidelijk: (zie pagina 221)

Uit de nota blijkt een duidelijke voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering in een besloten context. Dit geldt zeker indien sprake is van betrekkelijk lichte feiten die met niet al te zware sancties (geldboetes) worden afgedaan. Maar dit kan ook gelden, indien hoge geldboetes noodzakelijk zijn om de naleving van regels door bijvoorbeeld grote bedrijven te stimuleren. Dan is een bestuurlijke boetebevoegdheid verantwoord als het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor de rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven voldoende zijn verzorgd. Dat geldt bijvoorbeeld voor

een hooggespecialiseerde dienst als de NMa en de AFM. Daarbij geldt vervolgens wel een harde grens indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn. Wat algemener geformuleerd is het strafrecht aangewezen als vergaande inbreuken op de burgerlijke vrijheden aan de orde zijn, dan wel toepassing van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden. Een grens voor de bestuursrechtelijke handhaving (binnen een besloten context) wordt ook gevonden in de aard en de ernst van de wetsovertreding. Hiermee is gesteld dat als de overtreding een zodanige forse inbreuk maakt op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integer functioneren van (sectoren binnen) de samenleving, morele afkeuring met strafrechtelijke handhaving niet achterwege kan blijven, dat een reden vormt om (ook als sprake is van specifieke rechtsbetrekkingen), toch het strafrecht toe te passen.²²

Onlangs is in de Memorie van Antwoord bij de Boetewet aansluiting gezocht bij de nota.²³ Aangegeven is dat de regering de uitgangspunten uit de nota heeft toegepast op het wetsvoorstel. De keuze voor primair bestuursrechtelijke sanctionering in een besloten context wordt duidelijk herhaald. Aangegeven wordt voorts dat in de Wft slechts enkele normen een rol spelen buiten de besloten context. Genoemd wordt het handelen met voorwetenschap. Niet wordt in de Memorie van Antwoord echter aangegeven waar het primair van de handhaving in dat geval dan zou moeten liggen.²⁴

De nota, en in al zijn eenvoud meer nog het schema, geeft aan, dat bij een open context niet zozeer sprake zou zijn van strafrechtelijke handhaving als 'ultieme remedie', maar dat strafrechtelijke handhaving hoofdregel zou moeten zijn. Dit zou voor handhaving van de Wft een opmerkelijke aanscherping kunnen zijn met grote gevolgen. Hoewel het slechts om een beperkt aantal delicten gaat, betreffende delicten in een open context immers wel belangrijk te sanctioneren bepalingen. Namelijk de marktmisbruikbepalingen en 'klassieke' bepalingen als 3:5, eerste lid Wft²⁵ (het oude art. 82 Wtk). Ook het handelen zonder vergunning valt binnen

20. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 69. In de lezenswaardige inleiding en het hoofdstuk over de ontwikkelingen, wordt ondermeer verwezen naar de nota uit 2005. Aangegeven is dat de indicatoren bruikbare aanknopingspunten bieden voor de keuze voor de richting van de handhaving die in de nota (2008) nader worden uitgewerkt (p. 4).

21. Zie P. Boer en D. Kok, Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke bestuurlijke sancties, Een toelichtende beschouwing bij de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, *NJB* 2009, 11, p. 671- 676.

22. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700, VI, nr. 69, p. 7, alinea is vrijwel letterlijke weergave.

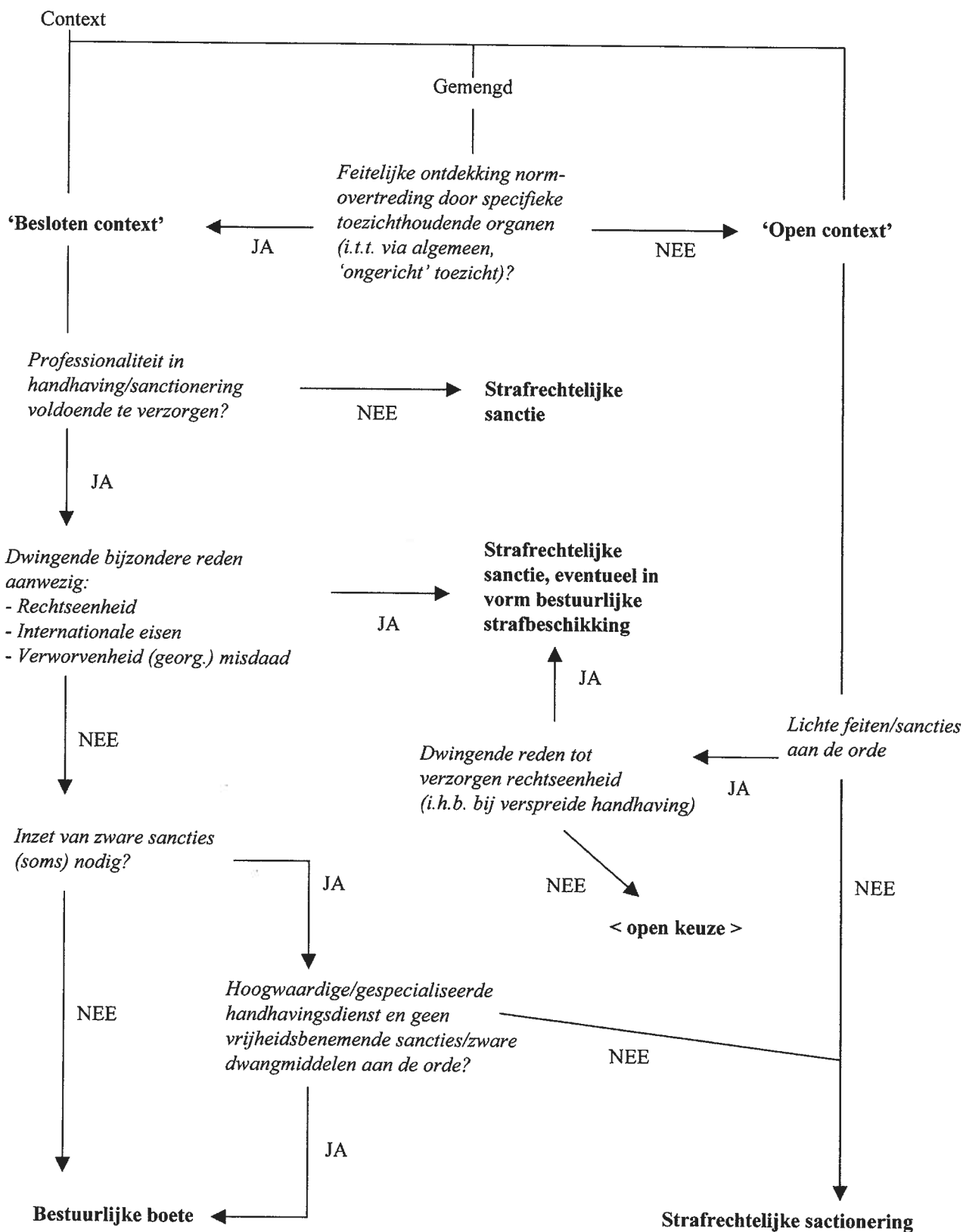
23. *Kamerstukken I 2008/09*, 31 458, C.

24. *Kamerstukken I 2008/09*, 31 458, C.

25. 'Het is verboden in Nederland in de uitoefening van een bedrijf buiten besloten kring opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen aan te trekken, ter beschikking te krijgen of ter beschikking te hebben'.

Gedachteschema

In het navolgende schema is op hoofdlijnen weergegeven hoe de gedachtegang bij de keuze voor een sanctiestelsel kan lopen



de open context en komt primair voor strafrechtelijke handhaving in aanmerking.²⁶ Het schema maakt duidelijk dat bij een open context slechts wordt overgeschakeld naar een bestuursrechtelijke sanctie als sprake is van 'lichte feiten/sancties'. In alle andere gevallen zou strafrechtelijke sanctiëring voor de hand liggen.

Ondanks het uitgangspunt van de keuze voor het strafrecht in een open context, kan er toch ruimte zijn voor de bestuurlijke boete. Genoemd wordt in de nota het mededingingsrecht 'op welk terrein lang niet altijd specifieke rechtsbetrekkingen bestaan tussen burger of bedrijf en de NMa als handhavende instantie'. Op dit terrein treedt de NMa als hooggespecialiseerd orgaan marktregulerend op.²⁷ Daar waar de AFM bij de besloten context wel in één adem wordt genoemd met de NMa (ook bestuursrechtelijke sanctiëring mogelijk in een besloten context) gebeurt dit niet bij de open context. Het is wel te begrijpen dat dit niet gebeurt. De gedachte zou dan zijn, dat bij de AFM veel vaker dan bij de NMa sprake zal zijn van een besloten context (wat er dan overigens wel toe zou hebben moeten leiden, dat de NMa misschien weer niet bij de besloten context paragraaf genoemd had moeten worden).²⁸

Het Convenant & de praktijk

Per 1 januari 2009 is het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties bij bepaalde overtredingen van de financiële toezichtwetgeving van kracht.²⁹ De titel van het Convenant dekt de lading niet. Ongeoorloofde samenloop zal onderwerp zijn, maar vooral zal toch worden gestreefd naar een goede afstemming van de sanctiëring. Wordt bestuursrechtelijk of strafrechtelijk gehandhaafd? Ook in het oude Convenant was deze laatste afstemming niet expliciet beschreven. Er zal echter sprake zijn van analogie en de informatiebepalingen geven dan ook inzicht in omstandigheden die bepalend zullen zijn voor de keuze voor een sanctiestelsel.³⁰

Het kader voor de keuze voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving kan worden afgeleid uit de artikelen 2 tot en met 5 van het Convenant. Artikel 5 bepaalt dat afstemming tussen partijen op grond van de artikelen 2 tot en met 4 plaatsvindt in het zogenoemde tripartiete overleg tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder³¹ en de Belastingdienst/FIOD-ECD. De artikelen 2 en 3 geven inzicht in de informatieverstrekking over en weer. Artikel 2 regelt de informatieverstrekking van het Openbaar Ministerie aan de toezichthouder. Artikel 3 regelt de informatieverstrekking van de toezichthouder aan het Openbaar Ministerie. De artikelen zijn niet elkaars spiegelbeeld. Artikel 2 geeft als hoofdregel immers, dat het Openbaar Ministerie de toezichthouder informeert indien en zodra het bekend is met feiten, omstandigheden of gedragingen die duiden op een overtreding van financiële wetgeving. Dit met het oog op de afstemming over de wijze van afdoening. Artikel 3 daarentegen bepaalt dat de toezichthouder het Openbaar Ministerie informeert indien en zodra de toezichthouder voornemens is een bestuurlijke sanctie op te leggen, in geval van een overtreding van een verbodsbepa-

ling, of als het een overtreding betreft van artikel 5:59, eerste of vijfde lid Wft.³² In het tweede lid is aangegeven dat in andere gevallen afstemming plaatsvindt indien sprake is van het voornemen tot opleggen van een bestuurlijke sanctie en:

- a. sprake is van samenloop met één of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat;
- b. sprake is van recidive; of
- c. naar het oordeel van de toezichthouder sprake is van een overtreding waarbij de specifieke omstandigheden van het geval – beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en in relatie tot de bescherming van het publiek – aanleiding geven tot het informeren van het Openbaar Ministerie.

Het onderscheid tussen artikel 2 en artikel 3 lijkt er op te duiden, dat het primaat bij handhaving bij de toezichthouder zal liggen. Het Openbaar Ministerie meldt op grond van artikel 2 immers altijd. Artikel 3 regelt de omgekeerde situatie. Daar lijkt met de verwijzing naar de verbodsbepalingen een relatie te worden gelegd met de 'open context'. In dat geval zou het primaat dan bij het Openbaar Ministerie kunnen liggen. Het tweede lid van artikel 3 biedt ruimte voor de uitzonderingen op (in dit geval) het primaat van de toezichthouder.

Procureur-generaal Moraal ging in een lezing op 28 januari 2009 specifiek in op de vraag wanneer het strafrecht moet worden ingezet ter handhaving van de Wft.³³ Hij gaf aan dat in het zogenoemde tripartiete-overleg tussen openbaar ministerie, toezichthouders en opsporingsdienst, de FIOD-ECD steeds drie vragen terugkomen. Allereerst; is er sprake van een besloten of een open context. De nota uit oktober 2008 wordt dus kennelijk als vertrekpunt genomen. Hij geeft vervolgens ten aanzien van de Wft aan dat er 'duidelijk sprake is van een besloten context'. Met AFM en DNB als gespecialiseerde bestuursorganen en het financiële bedrijfsleven als doelgroep. Ook hij constateert vervolgens, dat deze conclusie lastiger is te trekken in geval van overtreding van verbodsbepalingen. Zo stelt hij zichzelf de vraag hoe om te gaan met (bijvoorbeeld) een kredietverstrekker die opereert zonder vergunning. Moraal concludeert dat er in dat geval

26. Zie: Boer, De Kok, a.w., p. 674.

27. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700, VI, nr. 69, p. 8-9.

28. Vergelijk ook, *Kamerstukken I* 2008/09, 29 702, E, Nadere Memorie van Antwoord bij vierde tranche Awb, p. 4.

29. Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, *Sect.* 2009, 665.

30. C.A. Doets en A.J.P. Tillema, 'Toezicht en handhaving, Marktmissbruik', Deventer: Kluwer 2008, m.n. p. 414-416.

31. AFM, DNB, of de Minister van Financiën, zie Convenant, art. 1 (definities, onder c).

32. Art. 5:59 Wft heeft betrekking op Openbaarmakings- en meldingsverplichtingen.

33. H. Moraal, studiedag 2 jaar Wft, 28 januari 2009, www.om.nl/actueel/toespraken@150107/toespraak

nog geen sprake is van een rechtsbetrekking tussen toezicht-houder en bedrijf en, zo concludeerden ook Boer en De Kok³⁴, dus sprake is van een open context. In die situatie gaan volgens Moraal andere afwegingen meespelen en komt de tweede vraag aan de orde. Namelijk, is de effectiviteit van de handhaving het meest gebaat bij de inzet van het bestuursrecht of van het strafrecht? Het betreft hier dan wel een nuancering op het eerder besproken schema. Immers, in dat geval zou volgens het schema in beginsel het strafrecht moeten prevaleren. Ten slotte komt de derde vraag aan de orde: hoe wordt de ernst van het mogelijk strafbare feit ingeschat? En in het verlengde daarvan: wat vinden we van de mogelijke dader? Het is een interessant standpunt, dat echter weer net een aantal andere nuances aanbrengt ten opzichte van de hiervoor besproken parlementaire stukken.

Samenvatting en heroverweging sanctionering overtredingen financiële wetgeving

De ontwikkelingen vanaf 2005 lieten ten aanzien van de handhaving van de financiële regelgeving een duidelijke keuze voor primair bestuursrechtelijke handhaving zien. De Boetewet sluit hierbij aan.

De nota uit het najaar van 2008 en de Memorie van Antwoord bij de Boetewet roepen echter enkele vragen op. De keuze voor primair strafrechtelijke handhaving van overtredingen in een open context zou grote gevolgen kunnen hebben voor de handhaving van overtredingen van financiële regelgeving. Immers, voor enkele belangrijke overtredingen van financiële regelgeving zou het primaat verschuiven naar strafrechtelijke handhaving. Aanwijzingen voor een dergelijke uitleg zijn ook te vinden in het Convenant. Moraal lijkt dit te nuanceren.

Hartmann koos vijf jaar geleden voor het volledig afschaffen van strafrechtelijke handhaving. Dit zal de uitkomst voor deze groep open context-delicten niet zijn.³⁵ Nader onderzoek zou kunnen worden – dat gaat in tegen de lijn van de ontwikkelingen – wat de bezwaren zijn tegen enkel strafrechtelijk handhaven van deze groep delicten. Ter behoud van bestuursrechtelijke handhaving van deze delicten zou kunnen worden betoogd, dat de AFM over een grote expertise beschikt. Echter het Functioneel Parket moet juist ten aanzien van deze delicten ook als professionele partij worden aangemerkt.³⁶ Indien een rigoureuze keuze voor strafrechtelijke handhaving niet gemaakt zou worden, dan blijft verdere verduidelijking op dit onderdeel geboden.

Voor de overige delicten heeft reeds een belangrijke opschoning plaatsgevonden bij de behandeling van de Boetewet. Ten aanzien van de resterende in artikel 1, rubriek 2 WED opgenomen artikelen uit de Wft, zou de noodzaak van het openhouden van strafrechtelijke handhaving wellicht nogmaals kunnen worden beoordeeld. Het enthousiasme hiervoor zal waarschijnlijk niet groot zijn. In dat geval blijft wel gelden, dat de opname in artikel 1, rubriek 2 WED merkwaardig voorkomt, nu strafrechtelijke handhaving, blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wft, kennelijk louter voorbehouden is aan 'opzettelijke', 'willens en wetens' delicten.

34. Boer en De Kok, a.w., p. 674.

35. Zie Doorenbos a.w., p. 552-554.

36. Ook omdat bijvoorbeeld in de nota uit het najaar van 2008 (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 69, p. 15) is aangegeven dat het zinvol is alleen te kiezen voor gelijktijdigheid van verschillende sanctiestelsels in de situaties waarin daarvoor goede en dwingende redenen bestaan en als dat praktisch uitvoerbaar is.