

Aan Hare Excellentie
de Gouverneur van Curaçao
Fort Amsterdam 1
Curaçao

RvA no. RA/08-22-LB

Onderwerp: Ontwerplandsbesluit, houdende algemene maatregelen, ter uitvoering van artikel 23a, zevende lid, en artikel 23j, tweede lid, van de Landsverordening toezicht assurantiebemiddelingsbedrijf (Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes assurantiebemiddelingsbedrijf) (zaaknummer 2019/019408)

Advies: Met verwijzing naar uw adviesverzoek d.d. 18 maart 2022 om het oordeel van de Raad van Advies inzake bovengenoemd onderwerp en naar aanleiding van de behandeling hiervan op 9 mei 2022, bericht de Raad u als volgt.

I. Algemeen

1. **Algemeen beleidskader ten aanzien van op te leggen sancties aan de financiële instellingen waar de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten toezicht op uitoefent**

De Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: de Bank) oefent toezicht uit op financiële instellingen (hierna: de financiële sector) op grond van diverse toezichtlandsverordeningen. De Raad heeft d.d. 31 maart 2022 vier ontwerplandsbesluiten, houdende algemene maatregelen (hierna: de ontwerpen), ontvangen ter beoordeling en advisering. De ontwerpen regelen de maximale hoogte van op te leggen dwangsommen voor de desbetreffende financiële instellingen en tevens de hoogte en wijze van bepaling van bestuurlijke boetes voor die instellingen.¹ In de ontwerpen zijn keuzes gemaakt voor het opleggen van de bestuurlijke sancties, onder andere over de wijze waarop de bestuurlijke boete wordt vastgesteld.

De Bank oefent behalve op de in voetnoot 1 bedoelde instellingen, ook toezicht uit op effectenbeurzen, het trustwezen en op beleggingsinstellingen en administrateurs.² Met betrekking tot de laatstgenoemde financiële instellingen

¹ Ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes bank- en kredietwezen (RvA no. RA/05-22-LB), ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes verzekeringsbedrijf en natura-uitvaartverzekeraar (RvA no. RA/06-22-LB), ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke geldtransactiekantoren (RvA no. RA/07-22-LB) en ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes assurantiebemiddelingsbedrijf (RvA no. RA/08-22-LB).

² Het toezicht van de Bank op effectenbeurzen, het trustwezen en op beleggingsinstellingen en administrateurs is geregeld in de toezichtlandsverordeningen die zijn afgekondigd in P.B. 1998, no. 252, P.B. 2003, no. 114 en P.B. 2002, no. 137.

heeft de Raad nog geen vergelijkbare ontwerplandsbesluiten ontvangen om over te adviseren en om na te gaan wat de onderlinge samenhang is met de ontwerpen. Uit de stukken die zijn gevoegd bij de ontwerpen kan in ieder geval niet worden opgemaakt dat de regering een algemeen beleidskader heeft vastgesteld voor het opleggen van sancties aan de financiële instellingen.

De Raad adviseert de regering in de nota van toelichting bij het voorliggende ontwerplandsbesluit (hierna: de nota van toelichting) aan te geven of er een algemeen beleidskader bestaat voor het opleggen van sancties aan de financiële sector en als dat het geval is dit in de nota van toelichting op te nemen.

2. Het bestuurlijke boetestelsel en het gehanteerde draagkrachtbeginsel

a. Inleiding

Bij het bepalen van een bestuurlijke boete moet rekening worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Tegen die achtergrond is het de Raad opgevallen dat in de bestuurlijke boetestelsels die zijn opgenomen in de ontwerpen, een gedifferentieerd boetesysteem naar draagkracht wordt gehanteerd. Om een bestuurlijke boete te bepalen is ervoor gekozen een aan een tariefnummer verbonden boetebedrag te vermenigvuldigen met een draagkrachtfactor. Hiermee is de 'draagkrachtfactor' voor bestuurlijke boetes geïntroduceerd in de regelgeving voor de financiële sector van Curaçao. Hoewel gediscussieerd kan worden over de vraag of de delegatiegrondslag voor het vaststellen van de ontwerpen ook omvat het introduceren van de draagkrachtfactor, staat de Raad niet afwijzend tegenover een dergelijke factor. De Raad brengt ten aanzien van het hanteren van een draagkrachtfactor in de boetestelsels het volgende onder de aandacht.

b. Mogelijke andere varianten voor het inrichten van het bestuurlijke boetestelsel met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel

Voor het bepalen van bestuurlijke boetes zijn er varianten mogelijk waarbij het evenredigheidsbeginsel op een andere manier wordt ingevuld dan het hanteren van een draagkrachtfactor. Een voorbeeld is het hanteren van gefixeerde boetebedragen per overtreding, met de mogelijkheid tot matiging per geval bij de oplegging van de boete of in het kader van de beoordeling van de boete op grond van de Landsverordening administratieve rechtspraak. Op grond van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens vereist artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden immers, dat de verhouding tussen de zwaarte van de sanctie en de ernst van de gedraging evenredig is en dat de rechter de aan hem voorgelegde sanctie steeds 'vol' kan toetsen.

De Raad adviseert de regering nader in de nota van toelichting bij het voorliggende ontwerp (hierna: het ontwerp) te motiveren om welke redenen de draagkrachtfactor in het ontwerp mede invulling geeft aan het evenredigheidsbeginsel en niet is gekozen voor een andere invulling van dit beginsel.

c. Het ontbreken van een uniforme wijze van vaststelling van de draagkrachtfactor

In de nota van toelichting zal alsnog uitgelegd moeten worden waarom de draagkrachtfactor in de ontwerpen niet op uniforme wijze wordt vastgesteld. De Raad constateert dat de vaststelling van de draagkrachtfactor op verschillende wijze gebeurt, te weten:

- in het ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes bank- en kredietwezen gebeurt dit op basis van het 'balanstotaal' van de overtreder' (artikel 4, tweede lid);
- in het ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes verzekeringsbedrijf en natura-uitvaartverzekeraar gebeurt dit op basis van het 'premie-inkomen' van de overtreder (artikel 4, tweede lid);
- in het ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes geldtransactiekantoren gebeurt dit op basis van de 'bruto-opbrengst van de overtreder' (artikel 3, tweede lid);

- in het ontwerplandsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes assurantiebemiddelingsbedrijf gebeurt dit op basis van de 'provisie van de overtreder' (artikel 3, tweede lid).

Ervan uitgaande dat de op te leggen bestuurlijke boete evenredig moet zijn aan de financiële positie van de overtreder, mist de Raad een voldragen onderbouwing voor de keuze van de verschillende 'vermogens' c.q. inkomstenbronnen die het voorwerp zijn voor het bepalen van de draagkracht. Dit kan tot gevolg hebben dat de werking van het draagkrachtbeginsel in de diverse ontwerpen, ongelijk is. De Raad vindt dat er zoveel mogelijk uniformiteit betracht moet worden bij het bepalen van de draagkrachtfactor om ongerechtvaardigde verschillen binnen de financiële sector te voorkomen.

d. Advies

De Raad adviseert de regering de introductie van het toepassen van een draagkrachtfactor in de nota van toelichting te motiveren en aan te geven om welke redenen daar de voorkeur aan wordt gegeven boven gefixeerde boetebedragen waarbij de mogelijkheid bestaat tot matiging. Tevens wordt geadviseerd in de nota van toelichting aan te geven om welke reden er geen uniformiteit is over de wijze waarop de draagkrachtfactor in de ontwerpen wordt vastgesteld.

3. Afstemming hoogte bestuurlijke boete op de hoogte van de strafrechtelijke boete

Omdat voor de overtreding van bepaalde voorschriften van de ontwerpen zowel een bestuursrechtelijke – als een strafrechtelijke sanctie kan worden opgelegd, dienen de bestuurlijke- en strafrechtelijke boete (beide punitieve sancties) zoveel mogelijk op elkaar te worden afgestemd. Een voorbeeld hiervan is, dat bij overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen (hierna: de Ltbk) zowel een bestuursrechtelijke – als een strafrechtelijke boete kan worden opgelegd op grond van artikel 48k, eerste lid, respectievelijk artikel 50, eerste lid, van de Ltbk. De hoogte van de bestuurlijke boete moet zijn afgestemd op de hoogte van de strafrechtelijke boete. Een indicatie daarvoor is overigens te vinden in artikel 48k, tweede lid, laatste zin, van de Ltbk. Dat artikellid bepaalt onder meer dat de bestuurlijke boete ten hoogste het bedrag dat is vastgesteld voor de vijfde categorie, bedoeld in artikel 1:54, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht bedraagt. De Raad is van mening dat deze twee boetesystemen op elkaar dienen te worden afgestemd. Met de introductie van het draagkrachtbeginsel in het bestuurlijke boetestelsel wordt echter een boetebepalingssysteem gevolgd dat anders is dan het strafrechtelijke boetebepalingssysteem. Het is voor de Raad niet duidelijk of deze boetebepalingssystemen op elkaar kunnen worden afgestemd.

De Raad adviseert de regering in de nota van toelichting op het bovenstaande in te gaan.

4. Evaluatie van het opleggen van bestuurlijke boetes

De vraag naar de evenredigheid van bestuurlijke boetes is steeds vaker in Nederland onderwerp van juridisch- en maatschappelijk debat. Het gaat dan niet alleen om de evenredigheid in relatie tot de (gepercipieerde) ernst van de overtreding als zodanig, maar ook afgezet tegen de individuele omstandigheden van het geval. De zogeheten 'wettelijk gefixeerde boetestelsels' worden in de rechtspraak in Nederland kritisch tegen het licht gehouden. Dit terwijl het bestuursorgaan en de rechter dan, in beginsel, gehouden zijn deze toe te passen. Immers, de wetgever heeft al de afweging gemaakt welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig heeft te gelden.³ Het verschil tussen een wel en niet wettelijk gefixeerd boetestelsel is de laatste jaren vervaagd, ten gevolge van de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak in Nederland: ook

³ Nader rapport bestuurlijke boetestelsels d.d. 26 april 2018 van de Minister van Justitie en Veiligheid, pagina 7, voetnoot 19, naar aanleiding van het advies van de Raad van State (Stcrt. 2015, 30280).

bij een gefixeerde boete beoordeelt de bestuursrechter of deze in het concrete geval passend en geboden is.⁴

De Raad adviseert de regering op termijn – de toepassing van – de diverse boetestelsels die gelden voor de financiële sector te evalueren met het oog op uniformering van deze stelsels.

II. Inhoudelijke opmerkingen

1. Het ontwerp

a. Artikel 1

Het provisie-inkomen en de hoogte van de bestuurlijke boete

De hoogte van de bestuurlijke boete wordt berekend aan de hand van het jaarlijkse provisie-inkomen van een assurantiebemiddelaar, in de gevallen waarin artikel 5 van het ontwerp-landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes assurantiebemiddelingsbedrijf (hierna: het ontwerp) van toepassing is. Dat inkomen moet blijken uit de jaarrekening die per 31 december van het afgelopen jaar is ingediend bij de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: de Bank). Als deze jaarrekening niet beschikbaar is moet het jaarlijkse provisie-inkomen blijken uit de meest recente bij de Bank ingediende jaarrekening (de definitie van het begrip 'provisie' in artikel 1 van het ontwerp). De Bank kan een assurantiebemiddelaar echter geheel of gedeeltelijk ontheffing verlenen van de verplichting om een jaarrekening in te dienen (artikel 17a, vierde lid, van de Landsverordening toezicht assurantiebemiddelingsbedrijf (hierna: de Landsverordening)). Wanneer de Bank gehele ontheffing verleent, zal er geen jaarrekening van het afgelopen jaar beschikbaar zijn van het desbetreffende assurantiebemiddelingsbedrijf.

De Raad adviseert de regering in de nota van toelichting aan te geven of de ontheffing van de verplichting om een jaarrekening in te dienen verleend kan worden (1) voor meerdere achtereenvolgende jaren en (2) vanaf het eerste jaar van bestaan van het assurantiebemiddelingsbedrijf. In het eerste geval kan het immers voorkomen dat de jaarrekening, die meest recent bij de Bank is ingediend, verouderde gegevens bevat. In het tweede geval is het mogelijk dat geen enkele jaarrekening is ingediend bij de Bank. Het berekenen van de hoogte van de bestuurlijke boete aan de hand van het jaarlijkse provisie-inkomen zou in het eerste geval niet de realiteit weergeven en zou in het tweede geval niet mogelijk zijn (artikel 5 van het ontwerp).

b. Artikel 2

Artikel 23a, eerste lid, van de Landsverordening somt de bepalingen op die bij overtreding gesanctioneerd kunnen worden met een last onder dwangsom. Het tweede lid van artikel 20 van de Landsverordening komt niet voor in de opsomming in genoemd artikel 23a, eerste lid. In artikel 2 van het ontwerp komt artikel 20, tweede lid, daarentegen wel voor.

De Raad stelt voor de verwijzing naar 'artikel 20, tweede lid' te schrappen uit artikel 2 van het ontwerp.

c. Artikel 3

1°. Inleiding

In artikel 23j, tweede lid, van de Landsverordening staat dat de hoogte en de wijze van bepaling van de bestuurlijke boete bepaald worden bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen. Het ontwerp strekt mede daartoe.

⁴ Bijvoorbeeld CRvB 24 november 2014, pagina 11, ECLI:NL; RVS:2016:211.

2°. Het eerste lid

Artikel 3 van het ontwerp stelt dat de Bank het tariefnummer en het daarbij behorende boetebedrag bepaalt aan de hand van de aard en de zwaarte van het overtreden voorschrift (eerste lid, laatste volzin).

Het hiervoor gestelde in artikel 3 is niet juist. Artikel 4 van het ontwerp – en niet de Bank - regelt het stelsel van tariefnummers met de daarbij behorende boetebedragen per overtreden voorschrift.

De Raad adviseert om artikel 3, eerste lid, laatste volzin, van het ontwerp te schrappen.

3°. Het tweede lid

Artikel 3 van het ontwerp stelt voorts dat de Bank een draagkrachtfactor hanteert ter bepaling van de draagkracht van de overtreder (tweede lid, tweede volzin).

De Bank bepaalt naar het oordeel van de Raad niet de draagkracht van de overtreder, maar berekent slechts de hoogte van de bestuurlijke boete. Dat doet de Bank aan de hand van het tariefnummer en de draagkrachtfactor (artikel 3, derde lid). De extra informatie dat de draagkracht van de overtreder meegewogen is bij het opstellen van het ontwerp, is slechts van belang voor de nota van toelichting bij het ontwerp en is niet relevant voor de tekst van het ontwerp.

De Raad adviseert om artikel 3, tweede lid, tweede volzin, van het ontwerp te schrappen.

d. De onmiddellijke werking van het onderhavige landsbesluit (artikel 9)

Op grond van artikel 9 van het ontwerp treedt het onderhavige landsbesluit in werking op een bij landsbesluit te bepalen tijdstip. De Raad stelt vast dat in het ontwerp geen overgangsrecht voorkomt. Dit betekent dat het onderhavige landsbesluit ook van toepassing wordt op overtredingen die zijn begaan vóór de inwerkingtreding daarvan (aanwijzing 125 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Naar het oordeel van de Raad is dit bezwaarlijk en dient overwogen te worden overgangsrecht in het ontwerp op te nemen. Bijvoorbeeld, door op bepaalde overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens de desbetreffende artikelen van de Landsverordening, die hebben plaatsvonden vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het onderhavige landsbesluit, het recht zoals dat toen gold toepasselijk te verklaren.

De Raad adviseert de regering overgangsrecht in het ontwerp op te nemen met inachtneming van het bovenstaande.

2. De nota van toelichting

Het inwinnen van adviezen

De regering dient advies in te winnen van de Bank, van de betrokken representatieve organisaties van assurantiebemiddelaars en die van verzekeraars voordat zij het Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes assurantiebemiddelingsbedrijf kan vaststellen (artikel 21 van de Landsverordening).

Uit de nota van toelichting blijkt dat de representatieve organisaties van assurantiebemiddelingsbedrijven door de regering geconsulteerd zijn over het ontwerp. Uit de nota van toelichting blijkt echter niet dat ook de Bank en de representatieve organisaties van verzekeraars geconsulteerd zijn en wat het resultaat van de consultatie is geweest.

De Raad adviseert de regering de nota van toelichting aan te vullen.

III. Opmerkingen van wetstechnische en redactionele aard

Opmerkingen van wetstechnische en redactionele aard zijn in een bijlage bij dit advies opgenomen en worden geacht hiervan integraal onderdeel uit te maken.

De Raad van Advies heeft een aantal opmerkingen bij het ontwerplandsbesluit, houdende algemene maatregelen, en adviseert de regering daarmee rekening te houden voordat een besluit genomen wordt.

Willemstad, 10 mei 2022

de Ondervoorzitter,

de Secretaris,

mevr. mr. L. M. Dindial

mevr. mr. C. M. Raphaëla

Bijlage behorende bij het advies van de Raad van Advies, RvA no. RA/08-22-LB

Zowel het ontwerp als de nota van toelichting heeft wetstechnische en redactionele onvolkomenheden. De Raad noemt de volgende voorbeelden.

1. Het ontwerp

a. Artikel 3

Eerste lid

Voorgesteld wordt om het eerste lid op te splitsen in twee artikelleden en deze in woorden van de volgende strekken te laten luiden:

1. Ter bepaling van de hoogte van de bestuurlijke boete, worden de voorschriften, bedoeld in artikel 23j, eerste lid, van de landsverordening ingedeeld in tariefnummers met een daarbij behorende boetebedrag overeenkomstig artikel 4.
2. De hoogte van de bestuurlijke boete is afhankelijk van het tariefnummer waarin het overtreden voorschrift overeenkomstig artikel 4 is ingedeeld en van de draagkrachtfactor, overeenkomstig artikel 5.

Tweede lid

Voorgesteld wordt om het tweede lid te vernummeren tot derde lid (zie ook inhoudelijk deel van dit advies onder 'b. Artikel 3, 3°. Het tweede lid').

Derde lid

Voorgesteld wordt om het derde lid te vernummeren tot vierde lid.

Voorgesteld wordt om in de eerste volzin, 'aan' te vervangen door 'bij' en om de tweede volzin te schrappen.

Nieuw vijfde lid

Voorgesteld wordt in een nieuw vijfde lid te bepalen dat artikel 3 niet van toepassing is op de voorschriften bedoeld in artikel 6.

5. Dit artikel is niet van toepassing op de voorschriften bedoeld in artikel 6.

Nieuw zesde lid

Voorgesteld wordt artikel 7 te schrappen en het bepaalde in artikel 7 in een nieuw zesde lid op te nemen. Dit betekent dat in het nieuwe zesde lid bepaald moet worden dat het tweede, derde en vierde lid, niet van toepassing zijn bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete als de overtreder een natuurlijk persoon is.

6. Het tweede, derde en vierde lid, zijn niet van toepassing bij de bepaling van de bestuurlijke boete die opgelegd wordt aan een natuurlijk persoon als bedoeld in artikel 1:127 van het Wetboek van Strafrecht. In dat geval is de hoogte van de bestuurlijke boete gelijk aan het boetebedrag dat op grond van artikel 4, tweede lid, behoort bij het tariefnummer waarin het overtreden voorschrift is ingedeeld.

b. Artikel 4

Voorgesteld wordt in de aanhef van het tweede lid 'bedoeld' te vervangen door 'genoemd'⁵.

c. Artikel 5

Voorgesteld wordt 'Categorieën' te vervangen door 'Categorie'.

⁵ Zie aanwijzing 63, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

d. Artikel 6

Voorgesteld wordt de aanhef te vervangen door “De bestuurlijke boete bedraagt:”

2. De nota van toelichting

a. Pagina 5

Eerste tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin ‘(hierna: de Bank)’ te schrappen en ‘door de Bank’ te vervangen door ‘door de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: de Bank)’.

Voorgesteld wordt in de laatste volzin ‘met’ te vervangen door het woord ‘door’.

Tweede tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin ‘Onderhavige’ te vervangen door ‘Onderhavig’ en in de laatste volzin ‘wordt’ door ‘worden’.

Derde tekstblok

Voorgesteld wordt in de tweede volzin ‘8b, vijfde lid’ te vervangen door ‘18, vijfde lid’.

Vierde tekstblok

De Raad stelt voor om in het vierde tekstblok de reden te noemen voor de verwijzing naar de situatie in Sint Maarten.

b. Pagina 6

Voorgesteld wordt in het tweede tekstblok, derde alinea, aan te geven of het de representatieve organisaties van assurantiebemiddelingsbedrijven betreft of (zie pagina 2 van dit advies, onder ‘2. De nota van toelichting’) van de verzekeraars.

Voorgesteld wordt in de laatste volzin ‘voorhand’ te vervangen door ‘op voorhand’.

c. Pagina 7

Eerste tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin tussen ‘van’ en ‘sanctiebeleid’ het lidwoord ‘het’ in te voegen en tussen ‘van’ en ‘motivering’ het lidwoord ‘de’. Voorgesteld wordt ook te vermelden welke ‘motivering’ bedoeld wordt en om het koppelteken en de komma (-) na ‘sanctieadministratie’ te schrappen.

Tweede tekstblok

Voorgesteld wordt in de tweede volzin ‘bepaalde’ te vervangen door ‘bepaald’.

d. Pagina 8

Voorlaatste tekstblok

Voorgesteld wordt in de voorlaatste volzin, ‘sanctioneren’ te vervangen door ‘dat de normen nageleefd worden’.

Laatste tekstblok

Voorgesteld wordt in laatste volzin die begint op pagina 8 en eindigt op pagina 9 de eerste en derde ‘de’ te vervangen door ‘het’.

e. Pagina 9

Eerste tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin, 'de aard van de sector' te vervangen door 'de aard van de overtreding'.

Voorgesteld wordt in de voorlaatste volzin 'waar deze ook zij' te vervangen door 'waar deze zich ook bevindt'.

Tweede tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin 'is' te schrappen.

Derde tekstblok

Voorgesteld wordt in de eerste volzin 'wordt' te vervangen door 'dient'.

f. Pagina 11

Voorgesteld wordt in het eerste tekstblok, laatste volzin, de vindplaats te vermelden van het Slavenburg-arrest waaruit geciteerd wordt in voetnoot 9.

g. Pagina 13

Tweede tekstblok

Voorgesteld wordt 'strekt ter uitvoering van' te vervangen d
