

Aangetekend verstuurd

Openbare Versie



Datum
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 1 van 52
Betreft Beslissing op bezwaar

Geachte heer [REDACTED],

Bij besluit van 16 september 2011, met kenmerk [REDACTED], (Boetebesluit) heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Quarz Vermogensstrategieën B.V. (Quarz) een bestuurlijke boete van € 6.000,- opgelegd. De boete is aan Quarz opgelegd vanwege het overtreden van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Tegen dit besluit heeft Quarz tijdig bezwaar gemaakt.

De AFM heeft besloten de bezwaren van Quarz ongegrond te verklaren en het Boetebesluit in stand te laten. In deze beslissing op bezwaar wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en geeft vervolgens een beoordeling van die gronden. In paragraaf IV staat een overweging ten aanzien van publicatie van het Boetebesluit. Paragraaf V geeft het besluit van de AFM weer. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing.

Het wettelijk kader is als bijlage 1 bij dit besluit gevoegd. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in bijlage 2 en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar. [REDACTED].

I. Procedure

1. Bij het Boetebesluit legt de AFM aan Quarz een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80, eerste lid, Wft. De AFM legt deze bestuurlijke boete aan Quarz op vanwege het overtreden van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft.

2. Bij brief van 22 september 2011 maakt Quarz pro forma bezwaar tegen het Boetebesluit. Bij brief van 26 september 2011, met kenmerk [REDACTED], bevestigt de AFM de ontvangst van het pro-forma bezwaar. Quarz krijgt tevens vier weken tijd om de gronden van bezwaar aan te vullen.
3. Op 23 september 2011 dient de gemachtigde van Quarz een pro-forma verzoek in tot het treffen van een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (Voorzieningenrechter) ter voorkoming van publicatie van het Boetebesluit.
4. Op 30 september 2011 dient de gemachtigde van Quarz de gronden in van het verzoek om een voorlopige voorziening.
5. Op 21 oktober 2011 ontvangt de AFM een brief van de Rechtbank Rotterdam van 20 oktober 2011, inhoudende de mededeling dat de mondelinge behandeling van het verzoek van Quarz om een voorlopige voorziening op 1 december 2011 zal plaatsvinden.
6. Op 21 oktober 2011 dient de gemachtigde van Quarz de gronden van bezwaar in. Voor een weergave van de gronden wordt verwezen naar paragraaf III.
7. Bij brief van 26 oktober 2011, met kenmerk [REDACTED], bevestigt de AFM de ontvangst van het aanvullend bezwaarschrift van Quarz en wijst Quarz op haar recht om in bezwaar gehoord te worden.
8. Bij e-mail van 27 oktober 2011 verzoekt de AFM de gemachtigde van Quarz om haar te berichten of Quarz in bezwaar gehoord wenst te worden. Tevens is verzocht om de AFM te informeren over de verhinderdata van Quarz en haar gemachtigde, zodat de AFM daar rekening mee kan houden bij het vaststellen van een datum voor de hoorzitting.
9. Bij e-mail van 31 oktober 2011 deelt de gemachtigde van Quarz de AFM mee dat Quarz graag gebruik wil maken van het recht om ex. artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehoord te worden over haar bezwaar.
10. Op 7 november 2011 stuurt de AFM de gemachtigde van Quarz een e-mail om hem eraan te herinneren de AFM te informeren over de verhinderdata van Quarz voor de hoorzitting.
11. Bij e-mail van 7 november 2011 informeert de gemachtigde van Quarz de AFM over de verhinderdata voor de hoorzitting. Quarz is de hele maand november verhinderd en is wat betreft de maand december alleen op 13 en 14 december 2011 beschikbaar voor de hoorzitting.
12. Bij brief van 10 november 2011, met kenmerk [REDACTED], stuurt de AFM de gemachtigde van Quarz een uitnodiging voor de hoorzitting op 14 december 2011. De brief bevat tevens de mededeling dat de AFM niet binnen de wettelijke termijn op het bezwaar van Quarz kan beslissen, nu de beslistermijn van zes weken zal verstrijken nog voordat de hoorzitting heeft plaatsgevonden. De AFM verdaagt daarom op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb de beslissing op het bezwaarschrift met zes weken, te rekenen vanaf de dag nadat de beslistermijn van artikel 7:10, eerste lid, Awb is verstreken. Voorts deelt de AFM de

gemachtigde van Quarz mee dat indien het niet mogelijk blijkt om binnen de genoemde termijn te beslissen, de AFM dan tijdig contact met hem zal opnemen voor nader uitstel van de beslistermijn op grond van artikel 7:10, vierde lid, Awb.

13. Op 1 december 2011 vindt de mondelinge behandeling plaats van het verzoek van Quarz om een voorlopige voorziening strekkende tot schorsing van de vroegtijdige publicatie van het Boetebesluit.
14. Op 14 december 2011 heeft de hoorzitting inzake het bezwaar van Quarz tegen het Boetebesluit op het kantoor van de AFM plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag opgemaakt waarvoor wordt verwezen naar bijlage 2 van deze brief.
15. Op 15 december 2011 doet de Voorzieningenrechter uitspraak op het verzoek van Quarz, waarbij is geoordeeld tot het opleggen van een publicatieverbod door de beslissing van de AFM tot vroegtijdige publicatie van het Boetebesluit te schorsen (Uitspraak).
16. Bij e-mail van 10 januari 2012 verzoekt de AFM de gemachtigde van Quarz om aan de AFM te bevestigen dat Quarz kan instemmen met een verder uitstel van de beslistermijn op grond van artikel 7:10, vierde lid, Awb. Op 11 januari 2012 ontvangt de AFM een e-mail van de gemachtigde van Quarz, inhoudende de instemming van Quarz de beslistermijn te verlengen op grond van artikel 7:10, vierde lid, Awb.
17. Bij brief van 18 januari 2012, met kenmerk [REDACTED], deelt de AFM de gemachtigde van Quarz mee dat de beslistermijn op grond van artikel 7:10, vierde lid, Awb met instemming van Quarz tot 2 maart 2012 wordt verlengd.

II. Feiten en omstandigheden

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het Boetebesluit. De feiten die zijn genoemd in het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

a) Verloop van het proces

18. De AFM heeft bij brief van 8 februari 2010, met kenmerk [REDACTED], een informatieverzoek gestuurd aan Quarz, waarin zij informatie vroeg over de bemiddeling door Quarz bij de aankoop van een lidmaatschapsrecht in een [REDACTED].
19. Quarz heeft bij brief van 25 februari 2010 (per e-mail nagezonden op 1 maart 2010) de gevraagde informatie verstrekt.
20. De AFM heeft in een brief van 20 mei 2010, met kenmerk [REDACTED] aangekondigd op 7 juni 2010 een onderzoek te verrichten ten kantore van Quarz in [REDACTED]. Het onderzoek bestond uit een managementgesprek, gevolgd door het inzien en selecteren van cliëntdossiers. De AFM heeft uiteindelijk

14 dossiers geselecteerd, 11 daarvan heeft zij zelf op 7 juni 2010 meegenomen en 3 zijn later door Quarz aan de AFM nagestuurd.

21. Quarz heeft op 9 juni 2010 per e-mail 3 cliëntdossiers toegezonden, alsmede het computer-berekeningsprogramma dat is gebruikt bij de berekening van de financiering van de lidmaatschappen van een [REDACTED]. De AFM heeft zich in haar onderzoek gericht op de 9 meest recente klantdossiers.
22. Op 13 oktober 2010 heeft de AFM per brief, met kenmerk [REDACTED] het concept-onderzoeksrapport van dezelfde datum (kenmerk [REDACTED]) gezonden aan Quarz.
23. In diverse e-mails van 18 en 19 november 2010, voorzien van bijlagen, heeft Quarz gereageerd op het concept-onderzoeksrapport van de AFM.
24. Op 18 april 2011 heeft de AFM aan Quarz een voornemen tot boeteoplegging toegezonden (kenmerk [REDACTED]), met als bijlage het definitieve onderzoeksrapport van dezelfde datum (kenmerk [REDACTED]).
25. Quarz heeft op 27 april 2011 per e-mail aan de AFM informatie toegezonden over het aantal bij haar werkzame medewerkers.
26. Quarz, vergezeld door haar advocaat, heeft op 19 mei 2011 haar zienswijze mondeling toegelicht.
27. Op 14 juni 2011 heeft Quarz haar zienswijze nog schriftelijk aangevuld in een brief van haar advocaat, voorzien van bijlagen.
28. Op 16 september 2011 legt de AFM aan Quarz een bestuurlijke boete op als bedoeld in artikel 1:80, eerste lid, Wft vanwege het overtreden van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft.

b) Feiten die aanleiding vormen voor het Boetebesluit

29. Quarz beschikt sinds 10 november 2006 over een vergunning van de AFM voor (onder andere) het bemiddelen in hypothecair krediet (vergunningnummer [REDACTED]). Het onderzoek van de AFM dat tot het Boetebesluit heeft geleid, richtte zich specifiek op de advisering door Quarz van krediet ten behoeve van financiering van de aankoop van een [REDACTED].
30. De AFM onderzocht in totaal 9 dossiers uit de periode mei tot oktober 2009 en heeft in alle 9 onderzochte dossiers tekortkomingen in de naleving van het bepaalde in artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft geconstateerd. Quarz heeft naar het oordeel van de AFM onvoldoende of geen informatie ingewonnen over de financiële positie, doelstellingen, risicobereidheid en/of kennis en ervaring van haar cliënten. Dit is een overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft. Als gevolg van het feit dat Quarz onvoldoende of geen informatie heeft ingewonnen over de financiële positie, doelstelling, risicobereidheid en/of de kennis en ervaring van haar cliënten heeft Quarz haar advies niet mede op deze informatie kunnen baseren. Hiermee heeft Quarz naar het oordeel van de AFM ook artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft overtreden.

31. Op 1 augustus 2009 is de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (nieuwe boetewet) in werking getreden. De overgangsbepaling bij deze wet bepaalt dat op overtredingen die zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van de nieuwe boetewet het recht van toepassing is zoals dat gold voor dat tijdstip. In 2 van de 9 klantdossiers heeft Quarz de klanten vóór 1 augustus 2009 geadviseerd. Om deze reden heeft de AFM besloten om aan Quarz een boete op te leggen onder het oude (lichtere) boeteregime en zijn door de AFM alleen de 2 klantdossiers (de dossiers 6 en 9) waarin voor 1 augustus 2009 is geadviseerd aan de boete ten grondslag gelegd. Hierna zal in paragraaf III.e nader worden toegelicht op basis waarvan de AFM van oordeel is dat in slechts 2 van de 9 klantdossiers voor 1 augustus 2009 een advies aan de desbetreffende klanten is gegeven.

c) Achtergrond dienstverlening Quarz /

32. Alvorens in te gaan op de bezwaren van Quarz, volgt hierna een korte toelichting op de achtergrond van de dienstverlening van Quarz waar het onderzoek van de AFM op ziet. Deze informatie is in het bijzonder relevant bij de beoordeling van de bezwaren van Quarz.
33. [A] of een aan haar gelieerde vennootschap (A) kocht in verschillende steden panden en deelde deze op in afzonderlijk verkoopbare studio's. Het pand bleef kadastraal ongesplitst. [A] richtte vervolgens via een notaris een woonvereniging op. Individuele kopers konden een lidmaatschapsrecht in de woonvereniging kopen dat recht gaf op het exclusieve gebruik van een studio en het gedeelde gebruik van de eventuele algemene ruimtes. Het lidmaatschapsrecht kon later worden doorverkocht of worden teruggekocht aan [A]. Omdat het pand kadastraal ongesplitst blijft, is in deze constructie, anders dan bij een appartement of een huis, de woonvereniging (en niet de koper) juridisch eigenaar van het hele pand. De doelgroep van [A] bestond uit studenten en starters die een betaalbare (zelfstandige) woning in de stad zochten.
34. De studenten en starters aan wie de werden aangeboden, hadden over het algemeen zelf onvoldoende inkomen om een krediet te kunnen afsluiten. Hun ouders werden daarom als mededebiteur in het krediet betrokken. De betreffende woonvereniging gaf het eerste recht van hypotheek op het gehele pand aan een bepaalde aanbieder die bereid was om krediet aan de potentiële individuele leden van de woonvereniging te verstrekken. De leden c.q. kopers konden hun krediet voor de lidmaatschapsrechten alleen bij deze aanbieder afsluiten. Voor de financiering van het lidmaatschapsrecht werden kopers verwezen naar Quarz als adviseur/bemiddelaar.
35. Op de website van [A] was een link naar de website van Quarz opgenomen waarmee de klanten op de website van Quarz terecht kwamen en aldaar een inventarisatieformulier konden downloaden. De website van [A] bevatte tevens een inventarisatieformulier dat door de (potentiële) koper kon worden ingevuld en verzonden naar info@quarz.nl. Hiermee werd het adviestraject bij Quarz in gang gezet. Quarz onderhield de contacten met de aanbieders. De financieringen voor de lidmaatschapsrechten werden ondergebracht bij , of . De notaris werd gekozen door de verkoper, Quarz had hier geen rol in. Aanbieders stelden volgens Quarz de voorwaarde dat kredieten die boven de 75% van de executiewaarde uitkwamen, werden afgedekt met een kapitaalverzekering of een

31. Op 1 augustus 2009 is de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (nieuwe boetewet) in werking

III. Bezwaren en beoordeling

36. De gronden die Quarz in bezwaar heeft aangevoerd, zullen hierna – samengevat en zakelijk – worden weergegeven. De AFM verwijst hierbij naar de motivering van het Boetebesluit en de motivering zoals aangevoerd in de voorlopige-voorzieningenprocedure, welke motiveringen in dit besluit – voor zover relevant – als herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd onder aanvulling met de onderstaande motivering.
37. Alvorens op de bezwaren van Quarz in te gaan, benadrukt de AFM hierbij dat zij na heroverweging van het Boetebesluit nog steeds van oordeel is dat Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft heeft overtreden. Tijdens de mondelinge behandeling op 1 december 2011 van het verzoek tot schorsing van publicatie van het Boetebesluit is aan de orde geweest welke informatie Quarz al dan niet heeft ingewonnen. Naar aanleiding van onder andere informatie over lopende verzekeringen die aanwezig was in dossier 9 heeft Quarz tijdens de zitting ten aanzien van de bevindingen die op de financiële positie van de student en de ouders zien, gesuggereerd dat zij alle relevante informatie heeft ingewonnen. De Voorzieningenrechter heeft naar aanleiding van deze discussie geoordeeld dat de AFM zich op het standpunt heeft gesteld dat Quarz weliswaar voldoende informatie heeft ingewonnen bij de studenten en de ouders, maar dat onvoldoende is gebleken dat Quarz haar adviezen daadwerkelijk op deze informatie heeft gebaseerd. Los van wat er tijdens de zitting van de zijde van de AFM hierover is verklaard, merkt de AFM op dat zij zich onmogelijk op het standpunt kan hebben gesteld dat er in casu op alle punten voldoende informatie zou zijn ingewonnen.
38. Vermeldenswaardig in dit verband is dat tijdens de zitting veel aandacht is besteed aan informatie-inwinning over de financiële positie van de studenten en de ouders in de dossiers 6 en 9 (waarmee door Quarz de indruk is gewekt dat in casu geen sprake kan zijn van overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft). De AFM wijst erop dat het in het geheel niet inwinnen van informatie over doelstellingen, kennis en ervaring en risicobereidheid van de studenten in de dossiers 6 en 9 ook ten grondslag is gelegd aan het Boetebesluit. Het niet inwinnen van deze informatie is tijdens de zitting nauwelijks aan de orde geweest.
39. De AFM meent dat Quarz – zoals ook hierna zal blijken – op al deze punten (lees: de financiële positie, doelstellingen, risicobereidheid en kennis en ervaring) geen of onvoldoende informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft heeft ingewonnen. De AFM is dan ook van oordeel dat Quarz haar adviezen in de dossiers 6 en 9 niet op alle informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft heeft kunnen baseren.
40. Tot slot merkt de AFM op dat uit de onderstaande uitvoerige motivering van de AFM in reactie op de uitgebreide bezwaargronden van Quarz overduidelijk volgt dat Quarz de artikelen 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft heeft overtreden.

a) ‘Informatie inwinnen voor zover redelijkerwijs relevant’

41. Quarz stelt zich in bezwaar op het standpunt dat de informatie waarvan de AFM oordeelt dat deze niet in de twee dossiers is vastgelegd (en op basis waarvan de AFM oordeelt dat deze informatie niet is ingewonnen) niet relevant is voor het advies van Quarz.¹ Quarz gaat vervolgens in op de wijze waarop informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft moet worden ingewonnen en op de vraag wanneer er sprake is van informatie die redelijkerwijs relevant is voor het advies. Quarz komt onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de voorloper van artikel 4:23 Wft in de Wet financiële dienstverlening tot de conclusie dat de informatie die gevraagd moet worden afhankelijk is van de complexiteit van het product en daarmee de complexiteit van de adviesvraag.²
42. Volgens Quarz kan bij een product van eenvoudige aard worden volstaan met een „*rudimentair profiel*”. Naar de mening van Quarz stelt de AFM op diverse onderdelen van het Boetebesluit (inwinnen informatie over doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid) niet eens dat deze elementen, gegeven de adviesvraag en de werkwijze van Quarz, redelijkerwijs relevant zouden zijn in de zin van artikel 4:23 Wft. Volgens Quarz negeert de AFM de omstandigheid dat in casu sprake is van een „*niet-complexe adviesvraag ten aanzien van een eenvoudiger product met weinig keuzemogelijkheden en dat bij de beoordeling van de mate van inwinning van informatie het criterium „redelijkerwijs relevant” in casu een grote rol speelt.*”
43. Quarz stelt vervolgens dat de AFM „*invulling [geeft] aan de norm „redelijkerwijs relevant” door te zeggen dat kennelijk alle informatie altijd ingewonnen moet worden, omdat men alleen bij doorvragen zou kunnen vaststellen welke informatie voor desbetreffende cliënt relevant is.*” Volgens Quarz staat deze uitleg van artikel 4:23, eerste lid, Wft haaks op de parlementaire geschiedenis waaruit zou blijken dat in sommige gevallen bepaalde informatie niet ingewonnen hoeft te worden afhankelijk van de adviesvraag/het product.
44. In aanvulling op de bovenstaande bezwaren geeft Quarz een aantal voorbeelden waaruit zou blijken (i) waarom het inwinnen van bepaalde informatie in casu redelijkerwijs niet relevant is en/of (ii) dat Quarz in beide dossiers wel voldoende informatie heeft ingewonnen.

Voorbeeld 1: Doelstelling, kennis en ervaring

45. Quarz stelt dat zij bij de desbetreffende klanten (dossiers 6 en 9) ervan is uitgegaan dat de klanten geen enkele kennis van of ervaring hadden met kredietverlening, laat staan met de parapluhypotheek in combinatie met een woonvereniging. Volgens Quarz is dit gelet op de bijzondere aard van het product en de net meerderjarig geworden student een redelijk uitgangspunt. Als gevolg van dit uitgangspunt zijn volgens Quarz alle informatievoorziening en toelichtingen ook veiligheidshalve toegespitst op een volstrekt gebrek aan kennis en ervaring hiermee. *Daarmee is het door de AFM gesignaleerde risico bij niet-inwinning van informatie over kennis en ervaring, bij voorbaat al geëlimineerd (en inwinning derhalve redelijkerwijs niet relevant meer), aldus Quarz.*

¹ Randnummer 11 van het aanvullend bezwaarschrift.

² Randnummer 15 van het aanvullend bezwaarschrift.

46. Verder stelt Quarz dat in zijn algemeenheid passieve wijzen van informatie-inwinning zijn toegestaan en dat het bij deze passieve wijzen van informatie-inwinning niet mogelijk is om antwoorden van een klant in de juiste context te plaatsen. Daardoor kan de AFM – volgens Quarz – haar oordeel dat het inwinnen van informatie over de kennis en ervaring van de klant onvoldoende heeft plaatsgevonden niet uitsluitend gronden op het argument dat het moeilijk zou zijn geweest om een antwoord van een klant in de juiste context te plaatsen.
47. Quarz stelt voorts dat zij ook de redenering van de AFM over doelstellingen van de twee klanten niet kan volgen, omdat de AFM geheel niet ingaat op de zienswijze van Quarz dat de doelstelling feitelijk bekend was. Volgens Quarz lag de doelstelling al inherent besloten in de adviesvraag, namelijk „*financiering van studio voor de duur van de studie en vermogensopbouw voor zover vereist in de enig mogelijke financiering*”. De AFM zou niet hebben onderbouwd waarom er andere doelstellingen zouden kunnen zijn en deze in de gegeven specifieke situatie redelijkerwijs relevant zouden zijn voor het advies.
48. Voor wat betreft het inventariseren van de doelstellingen bij het gedeelte kapitaalopbouw in dossier 6, merkt Quarz op dat deze informatie is ingewonnen en verwijst hiervoor naar een profieltest van [REDACTED] ([REDACTED]), waaruit zou blijken dat Quarz voldoende informatie heeft ingewonnen over de doelstelling van de klant bij het afsluiten van de kapitaalverzekering.³

Voorbeeld 2: Risicobereidheid

49. Quarz stelt in bezwaar dat de stellingen van de AFM over het totaal ontbreken van informatie over risicobereidheid in de dossiers 6 en 9, en meer in het bijzonder de stelling over het niet inwinnen van risicobereidheid in relatie tot de afgesloten kapitaalverzekering bij [REDACTED] in dossier 6, aantoonbaar onjuist zijn. In dit verband verwijst Quarz naar een profieltest van [REDACTED] waaruit de risicobereidheid van de desbetreffende klant zou blijken.
50. Wat betreft de risicobereidheid ten aanzien van advies over het financieel product zelf (lees: de hypotheeklening), stelt Quarz dat de AFM niet inzichtelijk maakt waar deze risicobereidheid nog op zou zien. Quarz stelt vervolgens dat zij uiteraard de risicobereidheid ten aanzien van het aangaan van een krediet heeft geïnventariseerd, hierover voorlichting heeft gegeven, heeft gewaarschuwd voor specifieke risico's met betrekking tot de [REDACTED] en de beperkte mogelijkheden van de studenten met hen heeft doorgenomen.
51. Voorts maakt Quarz bezwaar tegen de opmerkingen van de AFM in het Boetebesluit over het ontbreken van de waarschuwingsbrief in dossier 6. Het ontbreken van deze waarschuwingsbrief in het dossier is geen overtreding van artikel 4:23 Wft, aldus Quarz.⁴
52. Wat betreft de risicobereidheid ten aanzien van rentevaste periodes merkt Quarz op dat met de klanten is besproken wat hun wensen waren, maar het gegeven advies ook hier veelal een logisch uitvloeisel is van de

³ Randnummer 31 van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴ Randnummer 34 van het aanvullend bezwaarschrift.

specifieke situatie. Het feit dat in casu sprake is geweest van studenten met weinig ruimte (en risicobereidheid) om onzekere factoren op te vangen in combinatie met de horizon leidde volgens Quarz tot de wens voor een rentevaste periode van de verwachte duur van de bewoning (dus tot het einde van de studie).

Voorbeeld 3: Financiële positie

53. Quarz stelt in bezwaar voorop dat zij veel informatie over de financiële positie heeft ingewonnen van zowel de klant als, in het kader van het bepalen van de draagkracht van de klant, de ouders van de student-koper. In dit verband verwijst Quarz naar de inventarisatieformulieren in de klantdossiers waaruit zou blijken dat informatie over de financiële positie van zowel de student/koper van het lidmaatschapsrecht als de ouder(s) (lees: de mededebiteuren) is ingewonnen. Quarz verwijst in het bijzonder naar de vraagstelling in het inventarisatieformulier in de dossiers 6 en 9, waaruit – volgens Quarz – duidelijk blijkt dat wel informatie is ingewonnen over „lopende verzekeringen”.
54. Volgens Quarz gaat de discussie dus niet over of er informatie is ingewonnen, maar slechts over hoe ver Quarz redelijkerwijs had moeten gaan in het opvragen van het complete financiële plaatje van zowel de student als de ouders, wat de relevantie daarvan voor het advies zou zijn geweest en de redelijkheid van het uitgangspunt van Quarz bij haar advies. Dit uitgangspunt was dat Quarz bij haar advisering steeds is uitgegaan van het voor de klant meest negatieve scenario qua financiële draagkracht.⁵
55. Quarz merkt voorts op dat de AFM in het Boetebesluit Quarz verwijt dat zij niet zou hebben gekeken naar toekomstige inkomstenverwachtingen en geeft daarbij aan dat zich in de dossiers volledig ingevulde werkgeversverklaringen bevinden, waaruit duidelijk blijkt dat er geen voornemens zijn om het dienstverband te beëindigen.
56. Tot slot stelt Quarz dat zij in casu rekening heeft gehouden met het meest negatieve scenario, namelijk dat de bijverdiensten van de student verwaarloosbaar zijn en over toekomstverwachtingen nog weinig met zekerheid te zeggen valt. Dit, terwijl uit het oogpunt van overkreditering de discussie over de financiële positie van klant zich altijd richt op terugval in inkomen of te gunstig geschatte ontwikkeling in inkomen.
57. Quarz stelt zich – kort samengevat – op het standpunt dat het Boetebesluit geen stand kan houden nu het uitgaat van een onjuiste uitleg van de relevante wetsbepalingen, geen, althans onvoldoende rekening houdt met de feitelijke omstandigheden, en voorts aantoonbaar op diverse punten van een overtreding geen sprake is.

Beoordeling AFM:

58. De AFM zal hierna ingaan op de bezwaren van Quarz. In dat verband zal de AFM steeds per onderdeel uiteenzetten waarom zij van oordeel is dat Quarz al dan niet heeft aangetoond dat zij alle informatie heeft ingewonnen die relevant is voor het gegeven advies. De AFM zal tevens reageren op het betoog van Quarz

⁵ Zie Randnummer 39 van het aanvullend bezwaarschrift.

dat in casu sprake zou zijn van een product van eenvoudige aard. Hiernaast zal ook worden gereageerd op de stelling dat de AFM in het Boetebesluit niet zou hebben gesteld dat de bovengenoemde informatie, gezien de adviesvraag en de werkwijze van Quarz, redelijkerwijs relevant zou zijn in de zin van artikel 4:23 Wft.

59. De AFM stelt voorop dat zij de bovenstaande stellingen van Quarz niet deelt. De AFM licht haar standpunt als volgt toe.

Algemene bezwaren

60. De AFM bestrijdt de stelling van Quarz dat de informatie, waarvan de AFM in het Boetebesluit heeft geoordeeld dat deze in de desbetreffende dossiers niet is ingewonnen, niet redelijkerwijs relevant is voor het advies van Quarz aan de desbetreffende klanten. In artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft is bepaald welke informatie er ingewonnen moet worden, namelijk alle voor het te geven advies redelijkerwijs relevante informatie over de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument. Dit betekent echter niet dat – zoals Quarz suggereert – „*kennelijk alle informatie altijd ingewonnen moet worden*”. Deze stelling van Quarz berust duidelijk op een verkeerde lezing van het Boetebesluit. Het gaat bij artikel 4:23, eerste lid, Wft erom dat alle informatie moet worden ingewonnen die naar objectieve maatstaven redelijkerwijs relevant is voor het advies dat aan de klant wordt gegeven. Het gaat er dus naar het oordeel van de AFM niet om dat een adviseur alle denkbare informatie moet inwinnen.
61. De AFM merkt verder op dat Quarz in haar bezwaar aangeeft dat bij een product van eenvoudige aard kan worden volstaan met een minder verregaande informatie-inwinning. Quarz licht verder niet toe waarom volgens haar in casu sprake zou zijn van een eenvoudig product. De AFM kan dit standpunt van Quarz niet volgen en meent dat het in casu – zoals hiervoor onder paragraaf II.b is aangegeven – juist gaat om advisering inzake een ingewikkeld en risicovol financieel product (een hypothecair krediet ter financiering van een lidmaatschapsrecht in een [REDACTED] in combinatie met een kapitaalverzekering⁶) en een kwetsbare doelgroep. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat er verdergaande informatie bij de klant moet worden ingewonnen naarmate de complexiteit van het financieel product in omvang toeneemt.⁷ Quarz betwist dit ook niet. Wat Quarz wel doet, is stellen dat het in casu om een eenvoudig product gaat zonder te onderbouwen waarom er sprake zou zijn van een zodanig eenvoudig product dat informatie-inwinning (deels) achterwege kan blijven. Gezien de aard en risico's van het financieel product dat in casu aan de studenten is geadviseerd, kan naar het oordeel van de AFM niet met succes worden verdedigd dat in casu sprake zou zijn van een eenvoudig product.

⁶ Wat een complex product is in de zin van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

⁷ *Kamerstukken II 2005-2006, 29 708, nr. 19, p. 512.*

Dossier specifieke bezwaren

62. Uit de door de AFM onderzochte klantdossiers is gebleken dat de informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft onvoldoende is ingewonnen door Quarz. In het Boetebesluit heeft de AFM geconcludeerd dat Quarz in de dossiers 6 en 9 heeft nagelaten de volgende informatie in te winnen:

i. Financiële positie:

Er is geen of onvoldoende informatie ingewonnen over (a) de te verwachten inkomensontwikkeling van de klant (student/starter) en mededebiteuren (ouders); (b) eventuele grote financiële risico's en verplichtingen die de student en de mededebiteuren in de voorzienbare toekomst verwachten aan te gaan; (c) de persoonlijke levensstijl en het uitgavenpatroon van de desbetreffende student/starter en (d) of de student of de mededebiteuren overige bestaande leningen hebben of andere verplichtingen of lopende verzekeringen;

ii. Doelstellingen, kennis en ervaring:

In de dossiers 6 en 9 ontbreekt een klantprofiel. Uit deze dossiers is ook niet te herleiden dat de doelstellingen, kennis en ervaring van de klanten (studenten/starters) zijn geïnventariseerd ten aanzien van het hypothecair krediet; en

iii. Risicobereidheid:

Er is in het geheel geen informatie ingewonnen over de risicobereidheid van de klanten (studenten/starters) ten aanzien van het hypothecair krediet.

63. De AFM merkt voor de duidelijkheid op dat Quarz tijdens de hoorzitting in bezwaar ten onrechte heeft gesteld dat de AFM in het Boetebesluit oordeelt dat er geen informatie zou zijn ingewonnen over het inkomen van de student.⁸ Zoals hierboven en uit het Boetebesluit blijkt, heeft de AFM niet geoordeeld dat er geen informatie is ingewonnen over het huidige inkomen van de student. Quarz lijkt de inventarisatie van het huidige inkomen (wat uiteraard uit het inventarisatieformulier blijkt) te verwarren met de inventarisatie van de inkomensontwikkeling van de student, waar hierna uitgebreid op wordt ingegaan.

Ad (i) Financiële positie

64. De AFM verwijst voor haar oordeel dat Quarz onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de financiële positie van de klant naar haar motivering op de pagina's 5 tot en met 7 van het Boetebesluit. In aanvulling daarop merkt de AFM nog het volgende op.

65. Quarz betwist in bezwaar dat zij onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de financiële positie van de student en de ouders en verwijst in dit verband naar bijlagen 3 en 4 bij het aanvullend bezwaarschrift

⁸ Randnummers 4 en 5 van de pleitnotitie van Quarz ten behoeve van de hoorzitting in bezwaar.

(inventarisatieformulieren in de dossiers 6 en 9). Quarz stelt zich vervolgens op het standpunt dat bepaalde informatie niet redelijkerwijs relevant is voor het advies dat zij aan de klanten heeft gegeven.

Lopende verzekeringen

66. Quarz verwijst in dit verband naar de vraagstelling in de inventarisatieformulieren over „lopende verzekeringen“ en stelt zich op het standpunt dat hiermee is voldaan aan de verplichting om informatie over lopende verzekeringen in te winnen. De AFM moet constateren dat op de desbetreffende inventarisatieformulieren in beide dossiers (6 en 9) niets is ingevuld. Naar het oordeel van de AFM betekent dit niet per definitie dat er geen sprake is van lopende verzekeringen. Het is aan Quarz om in het geval waarin de klant niets invult ervoor te zorgen dat deze relevante informatie op een andere wijze wordt ingewonnen. Quarz kan immers niet volstaan met het laten invullen van een inventarisatieformulier zonder stil te staan bij de informatie die al dan niet is verstrekt. Van een professionele partij zoals Quarz mag in het belang van de klant uiteraard worden verwacht dat deze kritische vragen stelt en „doorvraagt“. Ook indien potentiële klanten, zoals in casu, terughoudend zijn met het verschaffen van informatie. Alleen op deze manier kan worden vastgesteld welke informatie relevant is voor een passend advies.
67. Het enkele feit dat de vraag omtrent de lopende verzekeringen in het inventarisatieformulier is opgenomen, betekent dus naar het oordeel van de AFM niet dat hiermee ook voldoende informatie is ingewonnen over de lopende verzekeringen van de klant en mededebiteuren. Verder stelt Quarz in dit verband dat er in de dossiers 6 en 9 gegevens over dit onderwerp terug te vinden zijn. Quarz licht echter niet nader toe wat zij hiermee bedoelt en geeft geen onderbouwing van de gegevens die zij voor haar advies zou hebben ingewonnen. Wat betreft dossier 6, heeft de AFM geen „*uitgebreide informatie*“ over kapitaalverzekeringen en levensverzekeringen getroffen, zoals gesteld door Quarz.⁹
68. De AFM leidt uit bijlage 6 bij het aanvullend bezwaarschrift af dat Quarz in dossier 9 informatie bij de ouders heeft opgevraagd over lopende verzekeringen. Uit dossier 9 leidt de AFM verder af dat de ouders van de student vóór 6 juli 2009 informatie aan Quarz hebben verstrekt over de verschillende kapitaalverzekeringen waarover zij beschikken.¹⁰ Hiermee komt de bevinding van de AFM dat er onvoldoende informatie zou zijn ingewonnen over lopende verzekeringen van de mededebiteuren in dossier 9 te vervallen. De AFM merkt echter wel op dat nergens uit het dossier blijkt wat Quarz met deze informatie heeft gedaan en of Quarz deze informatie daadwerkelijk heeft gebruikt voor haar advisering. Uit een brief van Quarz van 26 juni 2009 aan de student en de ouders in dossier 9 en een brief van Quarz van 6 juli 2009 aan [REDACTED] (de kredietaanbieder) leidt de AFM af dat Quarz deze informatie heeft ingewonnen ten behoeve van de verdere afhandeling van de offerte bij [REDACTED]. De ontvangen informatie over de lopende verzekeringen lijkt door de ouders van de student aan Quarz verstrekt te zijn in antwoord op het verzoek van Quarz in de brief van 26 juni 2009 om informatie over „Pensioengegevens van meneer [REDACTED]“ te verstrekken. Ook hieruit kan de AFM niet anders dan concluderen dat hoewel

⁹ Randnummer 10 van de pleitnotitie van de gemachtigde van Quarz ten behoeve van de hoorzitting in bezwaar.



¹⁰ Dit leidt de AFM af uit een brief van Quarz aan [REDACTED] van 6 juli 2009.

Quarz deze informatie bij de klant heeft ingewonnen, nergens uit het dossier is te herleiden of deze informatie ten behoeve van haar advisering is ingewonnen.

Inkomensontwikkeling

69. Quarz vraagt zich voorts in bezwaar af wat de relevantie van het opvragen van het complete financiële plaatje voor het gegeven advies zou zijn geweest. Quarz is steeds uitgegaan van het voor de klant meest negatieve scenario wat betreft de financiële draagkracht van de klant. Quarz ging ervan uit dat de student gedurende de volledige looptijd van het product (in casu 30 jaar) in het geheel geen inkomen zou genereren. De AFM is van oordeel dat Quarz hiermee onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de te verwachten inkomensontwikkeling van de student in de toekomst. Quarz verwijst in dit verband naar ingevulde werkgeversverklaringen in de dossiers 6 en 9 waaruit duidelijk zou blijken dat er geen voornemens zijn om het dienstverband te beëindigen.

Dossier 6

70. De AFM merkt op dat in dossier 6 geen werkgeversverklaring is ingevuld van de klant (student). Bovendien meent de AFM dat Quarz zich had moeten verdiepen in de te verwachten inkomensontwikkeling van de klant om een beeld te krijgen van de financiële positie van de klant op basis van ingewonnen informatie en niet alleen op basis van aannames over de inkomensontwikkeling van de student in dossier 6. Het is overigens niet ondenkbaar dat de klant zou hebben aangegeven dat zij op korte termijn een verandering verwacht in haar inkomen. Ook dit is een relevant gegeven waar Quarz rekening mee dient te houden bij haar advies. Dit geldt ook wanneer de ouders hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de lasten die uit het krediet voortvloeien. De student wordt in casu geadviseerd over een financieel product met een lange looptijd en mogelijk grote gevolgen voor zijn financiële toekomst en om die reden had Quarz zich beter in de financiële positie van de student moeten verdiepen.
71. Verder verwijst Quarz tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening naar het formulier „” in dossier 6 waarin de student heeft aangekruist dat haar inkomen op termijn gelijk zal blijven. Quarz heeft hiermee tijdens de zitting bij de Voorzieningenrechter de indruk willen wekken dat zij alle relevante informatie heeft ingewonnen en dat het haar niet duidelijk is welke informatie over inkomensontwikkeling de AFM nog mist. De AFM merkt op dat de informatie uit deze profieltest niet tijdens het adviesgesprek of op een ander moment in het kader van advisering van de student en de ouders is ingewonnen. Dit formulier is ingevuld in het kader van de aanvraag van de kapitaalverzekering bij , dus nadat het advies is gegeven, en staat los van de verplichting van Quarz om in het kader van haar advisering informatie in te winnen over de te verwachten inkomensontwikkeling van de student. Overigens meent de AFM dat ook als de profieltest wel ten behoeve van het advies zou zijn ingevuld – wat naar het oordeel van de AFM niet het geval is – geldt dat Quarz had moeten doorvragen om erachter te komen hoe de student in de toekomst zelfstandig de lasten zal kunnen opbrengen.

Dossier 9

72. Naast de werkgeversverklaring van de student in dossier 9 heeft Quarz in haar pleidooi tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening ook verwezen naar het formulier „[REDACTED]” waarin de student heeft ingevuld dat van een groei van het inkomen de komende jaren geen sprake is.¹¹ De AFM merkt op dat Quarz naar aanleiding van dit antwoord had moeten doorvragen om een volledig beeld te krijgen van de toekomstverwachtingen van de student voor wat betreft haar inkomen en hoe zij in de toekomst de lasten van het krediet verwacht te kunnen opbrengen. Het is immers in de regel niet de bedoeling van de ouders om voor altijd de financiële lasten voor hun kind te blijven dragen. Als dat wel het geval zou zijn, had het meer voor de hand gelegen dat de ouders het hypothecair krediet zelf waren aangegaan. Door op dit punt door te vragen krijgt de student ook een beter beeld van wat van haar wordt verwacht in de voorzienbare toekomst. De student sluit immers wel een krediet af ter financiering van een ingewikkeld en risicovol lidmaatschapsrecht met een looptijd van 30 jaar. Het enkel stellen van de vraag of de student de komende jaren groei verwacht van haar inkomen is naar het oordeel van de AFM dan ook niet voldoende.

Verder leidt de AFM uit een brief van Quarz van 26 juni 2009 aan de student en haar ouders (met onderwerp „[REDACTED]”) af dat de werkgeversverklaring van de student in dossier 6 eerst op 26 juni 2009 is opgevraagd en wel voor „verdere afhandeling van de offerte bij [REDACTED]”. Het is dus maar de vraag of deze werkgeversverklaring überhaupt ten behoeve van de advisering door Quarz is ingewonnen (artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft). Quarz heeft dit niet aangetoond. Bovendien is het voor de AFM ook niet duidelijk of deze informatie überhaupt is meegenomen bij de advisering door Quarz.

Dossiers 6 en 9

73. Het bovenstaande (randnummers 71 en 72) geldt eveneens voor het oordeel van de AFM dat Quarz ook onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de inkomensontwikkeling van de ouders van de desbetreffende studenten. Het enkele feit dat werkgeversverklaringen van de ouders aanwezig zijn in de dossiers 6 en 9 betekent niet dat daarmee ook voldoende informatie is ingewonnen over ontwikkelingen in het inkomen van de ouders in de voorzienbare toekomst. Nergens uit het dossier is te herleiden dat Quarz de ouders heeft gevraagd of zij in de voorzienbare toekomst enige groei verwachten in hun inkomen. Deze informatie is relevant om een volledig beeld te krijgen van de financiële positie van de ouders gegeven hun rol als mededebiteuren.
74. Quarz stelt zich voorts op het standpunt dat zij bepaalde informatie niet hoeft in te winnen, omdat die informatie een gegeven zou zijn bij de specifieke groep klanten waaraan een advies wordt gegeven (lees: studenten). De AFM is echter van oordeel dat het „soort” klant, namelijk studenten, geen homogene groep is. Hoewel het allen studenten betreft, kunnen en zullen de individuele wensen en behoeften van deze groep (ook in prioriteit) verschillen. De AFM stelt in dit verband voorop dat het niet reëel is om het inkomen van

¹¹ Randnummer 12 van de pleitnotities van de gemachtigde van Quarz.

de student gedurende de looptijd van het product op nihil te stellen.¹² Dit is een aanname die niet gebaseerd is op informatie die van de klant is ingewonnen. Alleen al om deze reden ontslaat dit Quarz niet van haar verplichting om de ex. artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft relevante informatie over financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid voor elke individuele klant in te winnen, en het advies mede op deze informatie te baseren.

75. De AFM is van oordeel dat aannames, gebaseerd op het feit dat individuele klanten deel uitmaken van een bepaalde groep die om advies vraagt omtrent een bepaald product (lees: financiering van een [REDACTED]), niet volstaan. De verplichting tot het inwinnen van informatie ingevolge artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft geldt dus onverkort voor elke, individuele klant en vergt maatwerk. Nu Quarz dit heeft nagelaten, heeft zij dit artikel overtreden.
76. Op dit punt verwijst de AFM ook naar de uitspraak van 21 juni 2011 waarin de voorzieningenrechter het volgende heeft overwogen: “(...)De specifieke informatievergarig mag (...) niet achterwege blijven in gevallen waarin een product gewoonlijk aan de wensen van een bepaalde categorie cliënten tegemoet komt, want een advies dat gewoonlijk goed is, is in uitzonderingsgevallen onjuist. Artikel 4:23, eerste lid, Wft beoogt ook – en juist – die gevallen te beschermen (...).”¹³
77. Wat betreft het inventariseren van de gewenste levensstijl van de cliënt, wenst de AFM het volgende op te merken. De AFM stelt in dit verband voorop dat Quarz op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft gehouden is om voldoende informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant is voor het te geven advies. Informatie over de gewenste levensstijl en daarmee inzicht in het daadwerkelijke uitgavenpatroon van de klant is noodzakelijk om een volledig beeld te krijgen van de financiële positie van de cliënt na het afsluiten van een financieel product. Daarom dient ook de gewenste levensstijl voor en na het afsluiten van het krediet in kaart te worden gebracht. De klant kan namelijk op basis van deze informatie beoordelen of hij zijn gewenste uitgavenpatroon in het kader van zijn levensstijl kan (blijven) bekostigen. In beide dossiers die ten grondslag liggen aan het Boetebesluit is dergelijke informatie niet aangetroffen. Quarz heeft ook niet anderszins aangetoond dat zij de gewenste levensstijl van de studenten tijdens het adviestraject voldoende heeft geïnventariseerd.
78. Wat betreft de vraag of de mededebiteuren overige bestaande leningen hebben of andere verplichtingen, merkt de AFM het volgende op. Onder verwijzing naar het betoog van Quarz tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening¹⁴ en de hoorzitting in bezwaar, is de AFM van oordeel dat Quarz in bezwaar voldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat met de informatie over de bestaande leningen en overige verplichtingen van de ouders, zoals die aanwezig is in de dossiers 6 en 9, voldoende informatie is ingewonnen over dit onderwerp. Hiermee vervalt dit onderdeel van de bevindingen van de AFM ten aanzien van inventarisatie van de financiële positie van de student en de ouders.

¹² Randnummer 39 van het aanvullend bezwaarschrift.

¹³ LJN:BQ8872, r.o. 2.2.4.2.

¹⁴ Randnummers 26 en 27 van de pleitnotities van de gemachtigde van Quarz.

79. Met betrekking tot de vraag of de student over vermogen (bijvoorbeeld in de vorm van spaargeld) beschikt, heeft Quarz tijdens de hoorzitting in bezwaar gesteld dat uit de e-mailcorrespondentie tussen Quarz en de klant blijkt wat het saldo van de rekeningen van de student is. De AFM gaat ervan uit dat Quarz hierbij op de e-mailcorrespondentie doelt die als bijlage 6 bij het aanvullend bezwaarschrift is gehecht. Met deze informatie heeft Quarz aangetoond dat zij in dossier 9 wel degelijk informatie heeft ingewonnen over het vermogen van de student. Hiermee vervalt dit onderdeel van de bevindingen van de AFM ten aanzien van inventarisatie van de financiële positie van de student en de ouders. De AFM moet echter constateren dat Quarz in bezwaar niet heeft aangetoond dat zij in dossier 6 enige informatie heeft ingewonnen over het vermogen van de student.
80. Voorts heeft Quarz ook in bezwaar niet aangetoond dat er bij het adviseren van de klant en de ouders voldoende informatie is ingewonnen over (i) eventuele grote financiële risico's en verplichtingen die de student en de ouders in de voorzienbare toekomst verwachten aan te gaan en (ii) lopende verzekeringen van de student in de dossiers 6 en 9 en lopende verzekeringen van de ouders in dossier 6. Uit de dossiers 6 en 9 is verder ook niet te herleiden in hoeverre het advies van Quarz mede gebaseerd is op de wel ingewonnen informatie over deze onderwerpen.
81. Gezien het bovenstaande blijft de AFM bij haar primaire oordeel dat Quarz niet heeft aangetoond dat zij voldoende relevante informatie over de financiële positie van de studenten en de ouders heeft ingewonnen. Nu niet is aangetoond dat artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft is nageleefd, kan de AFM niet anders dan concluderen dat Quarz haar adviezen niet mede heeft kunnen baseren op de informatie die ingewonnen had moeten worden. Hiermee heeft Quarz ook artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft overtreden.

Ad i Doelstelling, kennis en ervaring

82. De AFM bestrijdt de stelling van Quarz dat de AFM niet zou hebben gesteld (laat staan onderbouwd) dat informatie over doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid, gegeven de adviesvraag en de werkwijze van Quarz, redelijkerwijs relevant zou zijn in de zin van artikel 4:23 Wft. De AFM verwijst voor haar oordeel dat Quarz onvoldoende informatie heeft ingewonnen over de doelstelling van de klant naar haar motivering op de pagina's 7 en 8 van het Boetebesluit, waarin zij wel degelijk heeft onderbouwd waarom de bedoelde informatie relevant is voor het geven van een passend advies. In aanvulling daarop merkt de AFM nog het volgende op.
83. Volgens Quarz was de doelstelling van de desbetreffende klanten bekend omdat die al inherent besloten lag in de adviesvraag, namelijk de financiering van een [REDACTED] en vermogensopbouw voor zover vereist in de enig mogelijke financiering.
84. De AFM stelt voorop dat Quarz niet betwist dat zij op geen enkele wijze informatie heeft ingewonnen over de doelstellingen van de klant. Volgens Quarz zou de AFM niet hebben onderbouwd waarom er andere doelstellingen kunnen zijn en deze in de gegeven specifieke situatie relevant zouden zijn voor het advies. De AFM wijst in dit verband erop dat overige doelstellingen van de klant niet los staan van het advies inzake de financiering van een [REDACTED], omdat de financiering van een [REDACTED] mogelijk financiële

79. Met betrekking tot de vraag of de student over vermogen (bijvoorbeeld in de vorm van spaargeld) beschikt, de student te inventariseren welke doelstelling(en) hij/zij prioriteit wenst te geven.
85. Uit de klantdossiers is niet te herleiden of Quarz enige aandacht heeft geschonken aan andere doelstellingen van de student. Quarz heeft niet uitgezocht hoe andere doelstellingen van de desbetreffende klant rijmen met de doelstelling om een financiering aan te gaan voor een [REDACTED]. Met name gezien de financiële consequenties van de financiering van de [REDACTED] voor de student nadat hij/zij afgestudeerd is en bijvoorbeeld een eigen woning wenst aan te schaffen. In dat geval dient de student een koper te vinden voor het lidmaatschapsrecht om de hypothecaire lening te kunnen aflossen. Het niet vinden van een koper van het lidmaatschapsrecht kan verregaande consequenties hebben voor de overige doelstellingen van de student in de toekomst. Dit is slechts een voorbeeld van de relevantie van informatie over overige doelstellingen van de student bij het adviseren van een krediet voor een [REDACTED].
86. Nu Quarz in het geheel geen informatie heeft ingewonnen over (overige) doelstellingen van de klant, heeft Quarz haar advies ook niet mede op de informatie kunnen baseren die ingewonnen had moeten worden. Quarz heeft hiermee artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft overtreden.
87. Wat betreft het inwinnen van informatie over kennis en ervaring heeft de AFM op pagina 7 van het Boetebesluit gemotiveerd uiteengezet waarom informatie over kennis en ervaring van de klant redelijkerwijs relevante informatie is voor een passend advies. Naar de AFM begrijpt, is Quarz in casu steeds ervan uitgegaan dat de klanten geen enkele kennis van of ervaring met kredietverlening hadden. Ongeacht de vraag hoe realistisch dit uitgangspunt is, miskent Quarz hiermee het doel en de strekking van artikel 4:23 Wft. Op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft dient Quarz bij iedere specifieke (potentiële) klant informatie in te winnen die redelijkerwijs relevant is voor het advies. Deze bepaling biedt geen enkele ruimte voor het adviseren op basis van aannames, bijvoorbeeld gebaseerd op eerder onderzoek of veronderstellingen over een specifieke doelgroep. Dit standpunt is al eerder bevestigd door de Voorzieningenrechter in haar uitspraak van 9 december 2008, LJN: BG8136.
88. Quarz stelt in bezwaar dat het gevolg van het bovengenoemd uitgangspunt is dat alle informatievoorziening en toelichtingen ook zijn toegespitst op een volstrekt gebrek aan kennis en ervaring. Hiermee is volgens Quarz het risico bij niet-inwinning van informatie over kennis en ervaring, bij voorbaat al geëlimineerd en is inwinning derhalve redelijkerwijs niet relevant meer. De redenering van Quarz zou ertoe leiden dat een financiële dienstverlener op basis van aannames een klant adviseert, waarbij men tot de conclusie komt dat het niet meer relevant is om informatie in te winnen nu de informatievoorziening zal worden toegespitst op een volstrekt gebrek aan kennis en ervaring. Het wettelijk kader biedt echter geen ruimte voor een dergelijke handelwijze. Deze redenering van Quarz is dus niet in lijn met hetgeen in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft is bepaald. Artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft bepaalt duidelijk dat informatie moet worden ingewonnen voor zover redelijkerwijs relevant voor het advies. Het betoog van Quarz onder randnummer 26 van het aanvullend bezwaarschrift kan reeds hierom niet slagen.
89. Voorts merkt de AFM op dat het betoog van Quarz onder de randnummers 27 en 28 van het aanvullend bezwaarschrift omtrent het op passieve wijze inwinnen van informatie niet relevant is voor de overtreding

ten behoeve van haar advies is ingevuld. Ook is door Quarz niet aangetoond dat zij haar advies inzake het afsluiten van het hypothecair krediet mede op de informatie uit deze [REDACTED] heeft gebaseerd.

95. Ten overvloede merkt de AFM hierbij nog op dat deze stelling van Quarz in ieder geval niet van toepassing is op dossier 9. Desondanks lijkt Quarz tijdens de mondelinge behandeling door de Voorzieningenrechter te hebben gesuggereerd dat in beide dossiers een dergelijk [REDACTED] zou zijn opgenomen en dat in beide dossiers voldoende informatie zou zijn ingewonnen over de doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid van de klanten.
96. Conclusie is dat uit geen van de twee dossiers blijkt dat het advies van Quarz mede gebaseerd is op de informatie ten aanzien van risicobereidheid die Quarz had moeten inwinnen. Hiermee heeft Quarz naar het oordeel van de AFM artikel 4:23 eerste lid, onderdelen a en b, Wft overtreden.
97. Wat betreft het inwinnen van informatie over de risicobereidheid van de klanten ten aanzien van het krediet, stelt Quarz dat zij „*uiteraard de risicobereidheid ten aanzien van het aangaan van een krediet [heeft] geïnventariseerd, hierover voorlichting gegeven en gewaarschuwd voor specifieke risico's met betrekking tot het Product en de beperkte mogelijkheden van de student met hen doorgenomen.*”
98. De AFM houdt vast aan haar primaire oordeel in het Boetebesluit dat Quarz niet heeft aangetoond dat zij de nodige informatie heeft ingewonnen over de risicobereidheid van de desbetreffende klanten. Zoals reeds in het Boetebesluit¹⁷ en het definitieve onderzoeksrapport¹⁸ is aangegeven, bevatten de dossiers 6 en 9 geen standaard klantprofiel van Quarz, welk klantprofiel wel in overige klant dossiers van Quarz is aangetroffen. Bij gebreke van andere informatie in de dossiers 6 en 9 is uit deze dossiers niet te herleiden dat Quarz informatie heeft ingewonnen over risicobereidheid van de klanten ten aanzien van het hypothecair krediet ten behoeve van de financiering van de [REDACTED]. De AFM vindt daarom de bovenstaande stelling van Quarz onbegrijpelijk. Bovendien is deze stelling in het geheel niet onderbouwd.
99. Wat betreft de opmerking van Quarz ten aanzien van het ontbreken van de waarschuwingsbrief in dossier 6, merkt de AFM op dat zij nimmer de suggestie heeft willen wekken dat het ontbreken van de waarschuwingsbrief een overtreding zou opleveren van artikel 4:23, eerste lid, Wft. De AFM heeft met haar opmerking omtrent de waarschuwingsbrief slechts tot uitdrukking willen brengen dat in dossier 6, naast het gegeven dat er in het geheel geen informatie is ingewonnen over risicobereidheid van de klant, Quarz ook niet aannemelijk heeft gemaakt dat de klant in dit dossier voldoende voorlichting heeft gekregen over de risico's van de constructie van de [REDACTED]. Gelet op de risico's die verbonden zijn aan het financieren van een [REDACTED] waarbij de ouders als mededebiteuren hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de aflossing van het krediet, is het heel belangrijk dat Quarz een beeld krijgt van risicobereidheid van de klanten.
100. Zo loopt de klant bij het afsluiten van een hypothecair krediet ten behoeve van het financieren van de [REDACTED] [REDACTED] het risico dat hij/zij het lidmaatschapsrecht niet snel en „makkelijk“ kan verkopen. Om die reden dient

¹⁷ Zie pagina 8 van het Boetebesluit.

¹⁸ Zie bevinding 43 op pagina 34 van het definitieve onderzoeksrapport van de AFM.

de klant zich ervan bewust te zijn dat hij/zij op een gegeven moment af zou willen van het lidmaatschapsrecht omdat hij/zij een eigen woning wenst te kopen of om andere redenen wenst te verhuizen en dat hij/zij het lidmaatschapsrecht niet verkocht kan krijgen of zelfs na verkoop ervan met een restschuld zou komen te zitten.

101. Kortom, het risico bij deze financiering op financieel nadelige consequenties voor de student kan aanzienlijk zijn. Dit maakt dat het inventariseren van de risicobereidheid van de klant een essentieel onderdeel moet zijn van het adviesgesprek met de klanten. Quarz heeft in de dossiers 6 en 9 in het geheel geen informatie ingewonnen over de risicobereidheid van de klanten ten aanzien van het hypothecair krediet. Naar het oordeel van de AFM heeft Quarz hiermee artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft overtreden. Quarz heeft immers haar advies om het hypothecair krediet af te sluiten niet mede kunnen baseren op alle informatie die op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft ingewonnen had moeten worden.
102. Tot slot merkt de AFM op dat uit de dossiers 6 en 9 niet te herleiden is dat – zoals Quarz stelt – de beperkte ruimte en risicobereidheid van de klanten om onzekere factoren als fluctuerende rentes op te vangen in combinatie met de horizon (tot einde studie) tot de wens leidde voor een rentevaste periode van de verwachte duur van de bewoning. Nergens uit de dossiers komt deze wens tot uitdrukking. Naar het oordeel van de AFM heeft Quarz derhalve niet aangetoond dat het advies van de rentevaste periode in de dossiers 6 en 9 mede gebaseerd is op informatie die bij de klant zou zijn ingewonnen. De rentevaste periode dient immers aan te sluiten bij de risicobereidheid van de student, nu een rente na afloop van de rentevaste periode kan stijgen. De student dient zich hiervan bewust te zijn en bovendien bereid te zijn om het risico op rentestijging na afloop van de geadviseerde rentevaste periode te lopen. Naar het oordeel van de AFM is het betoog van Quarz ook op dit punt niet steekhoudend en kan haar daarom niet baten.

Tussenconclusie:

103. Gelet op het bovenstaande komt de AFM tot de conclusie dat Quarz ook in bezwaar niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij alle redelijkerwijs relevante informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft bij de klanten in de dossiers 6 en 9 heeft ingewonnen. Op grond van de jurisprudentie ligt het op de weg van Quarz om aan te tonen dat aan deze bepaling is voldaan. Nu Quarz, zoals hierboven is gebleken, niet heeft aangetoond dat zij alle relevante informatie heeft ingewonnen, kan de AFM niet anders dan concluderen dat Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft heeft overtreden.
104. Omdat Quarz niet heeft aangetoond dat zij alle redelijkerwijs relevante informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft heeft ingewonnen, moet de AFM constateren dat Quarz hiermee ook artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft heeft overtreden nu zij haar advies niet mede op alle informatie heeft kunnen baseren die zij had moeten inwinnen.
105. Heroverweging van het Boetebesluit ten aanzien van dit onderdeel leidt daarom niet tot een ander oordeel.

b) ‘Geen informatie inwinnen over anderen dan de cliënt’

106. Quarz stelt in bezwaar dat de AFM ten onrechte aan het Boetebesluit ten grondslag heeft gelegd dat er geen of te weinig informatie is ingewonnen over anderen dan de cliënt, namelijk de ouders van de cliënt in de hoedanigheid van mededebiteuren. Zo zou volgens Quarz uit de wet noch wetsgeschiedenis blijken dat er informatie moet worden ingewonnen van anderen dan de cliënt. Quarz gaat in dit verband in op het begrip „cliënt” zoals gedefinieerd in richtlijn 2004/39/EG (MiFID) en zoals het gedefinieerd was in de Wft.¹⁹ Volgens Quarz is het eventueel aanmerken van anderen dan de cliënt zelf, die zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren of anderszins borg of garant stellen voor het aangaan van een krediet door een kredietnemer, als volledig „zelfstandige cliënt” onjuist en zou een tot nu toe in de markt onbekend (en ongewenst) fenomeen zijn.
107. Quarz geeft wel toe dat sommige informatie (zoals over de financiële draagkracht van de ouders) wel degelijk relevant is bij de beoordeling van de financiële draagkracht van de student, maar dan in het kader van het inwinnen van ken-uw-client informatie van deze student. Quarz stelt verder dat voor zover deze informatie relevant was voor de beoordeling van de financiële mogelijkheden van de student-koper om te voldoen aan de voorwaarden van de financiering, deze informatie door haar is ingewonnen.
108. Voorts verwijst Quarz naar het Boetebesluit waarin de AFM heeft geoordeeld dat in de bevindingen die stand houden geen discussie bestaat over de vraag wie de „cliënt” is. Volgens Quarz lijkt de AFM met de desbetreffende passage op pagina 9 van het Boetebesluit te stellen dat het bij de onderbouwing van het Boetebesluit feitelijk niet uitmaakt of derden al dan niet als cliënt aangemerkt worden, omdat er ten aanzien van de student in ieder geval sprake is van tekortkomingen. Het bezwaar van Quarz is dat de AFM het niet inwinnen van informatie van derden toch ten grondslag heeft gelegd aan het Boetebesluit. Quarz verwijst in dit verband naar een aantal passages uit het Boetebesluit waaruit dit zou blijken.²⁰
109. Volgens Quarz gaat de AFM met het verweer dat alle verwijten ten aanzien van het niet inwinnen van informatie van de ouders zouden zijn vervallen niet in op de fundamentele discussie dat derden niet als cliënt in de zin van artikel 4:23 Wft dienen te worden aangemerkt.
110. Met betrekking tot dossier 9 stelt Quarz nog het volgende:

“Daarbij merkt de AFM enkel op dat in dossier 9 „de ouder” als geldnemer is vermeld, zodat het daar duidelijk zou zijn dat deze als cliënt zou moeten worden aangemerkt. Deze stelling is evenwel onjuist. De naam van de ouder staat weliswaar in het invulhokje „geldnemer 2”, maar daarna is dit geconcretiseerd:

Reden aanvraag: (...) Anders, namelijk hoofdelijke aansprakelijkheid van de ouder(s) van de geldnemer: de ouder(s) van de geldnemer, waarvan de vermogenspositie en/of het inkomen bij de beoordeling van dit verzoek zijn betrokken, zijn hoofdelijk de nakoming van de verplichtingen verschuldigd. Zij hebben in die hoedanigheid dit verzoek mede ondertekend. [onderstreping advocaat]

¹⁹ De definitie van het begrip cliënt is bij de Reparatiewet Wft (Stb. 2008, 545) uit de Wft is geschrapt.

²⁰ Randnummers 52 van het aanvullend bezwaarschrift.

*Uit deze toelichting blijkt dus duidelijk dat de ouders het formulier, anders dan de AFM stelt, niet als primair geldnemer hebben ondertekend. Mogelijk heeft de AFM deze toelichting over het hoofd gezien. Volledigheidshalve voegt Quarz dit formulier bij de processtukken als **bijlage 5.**'*

111. Quarz stelt vervolgens dat het bij kredietverlening volkomen gebruikelijk is om een borg/garantsteller als hoofdelijk schuldenaar aan te merken. Op basis van het standpunt van de AFM in het Boetebesluit zou volgens Quarz telkens alle in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft opgenomen informatie moeten worden ingewonnen van de borg. Volgens Quarz gebeurt dit in de praktijk niet en de AFM heeft hier, voor zover zij weet, ook nooit tegen opgetreden. Indien de AFM hier in dit volstrekt vergelijkbare geval wel tegen optreedt, is dit naar de mening van Quarz onjuist en in elk geval in strijd met het gelijkheidsbeginsel.
112. Tot slot is het volgens Quarz ook logisch dat de ouders geen cliënt van Quarz zijn in de zin van artikel 4:23 Wft. De ouders nemen immers op geen enkele wijze een financieel product af van de bank / verzekeraar, aldus Quarz.
113. Nu het Boetebesluit volgens Quarz mede gegrond is op het onjuiste uitgangspunt dat er ook informatie van derden zou moeten worden ingewonnen, kan het naar de mening van Quarz geen stand houden.

Beoordeling AFM:

114. De AFM stelt voorop dat het betoog van Quarz in het bezwaarschrift²¹ over het begrip „cliënt“ in casu niet relevant is. Immers, in het onderhavige geval staat de betekenis van het begrip „cliënt“ niet ter discussie. In het Boetebesluit worden de studenten aan wie Quarz een advies heeft gegeven, aangeduid als „cliënt“. Deze studenten hadden evengoed als „klant“ kunnen worden aangeduid. De AFM merkt op dat in dit geval er geen misverstand bestaat over het feit dat de studenten in kwestie „consumenten“ zijn in de zin van de Wft voor wat betreft het adviseren van het hypothecair krediet. Onder het begrip „cliënt“ kan blijkens de parlementaire geschiedenis zowel consumenten als niet-consumenten worden verstaan²² en het begrip „cliënt“ wordt in de Wft gehanteerd daar waar een consument een verzekeringsproduct of een financieel instrument afneemt.
115. Voorts is de AFM primair van oordeel dat de ouders van de studenten in het onderhavige geval – anders dan Quarz stelt – als klant van Quarz (lees: consument of cliënt aan wie Quarz een advies heeft gegeven als bedoeld in artikel 4:23 Wft) moeten worden aangemerkt. Reeds hierom was Quarz wel gehouden om van de ouders op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft alle voor het advies redelijkerwijs relevante informatie in te winnen. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst de AFM op het volgende.
116. Uit de wetsgeschiedenis van de Wft blijkt dat een cliënt in de zin van de Wft een persoon is aan wie een financiële onderneming een financiële dienst verleent of aan wie de financiële onderneming voornemens²³

²¹ Randnummers 45 tot en met 48 van het aanvullend bezwaarschrift.

²² *Kamerstukken II* 31 468, nr. 3, p. 2.

²³ Zie artikel 1:15a Wft.

is een financiële dienst te verlenen.²⁴ Dit kan zijn een rechtspersoon, een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf of een consument.²⁵ In het onderhavige geval heeft Quarz de financiële dienst „adviseren” van een financiering voor een [REDACTED] aan de studenten én diens ouders verleend. Welke financiering er uiteindelijk door Quarz is geadviseerd, hangt vrijwel geheel af van de financiële positie van de ouders. De ouders van de studenten zijn in casu steeds contractpartij bij de kredietovereenkomst (in de hoedanigheid van mededebiteur, hoofdelijk verbonden schuldenaar, borg of garantiegiver) en zijn geen gewone „derden”. Zij hebben immers rechten en verplichtingen jegens de kredietaanbieders, waaronder de verplichting om in bepaalde gevallen de tegenprestatie onder de kredietovereenkomst te voldoen aan deze kredietaanbieders.

Weliswaar ligt het eigendom van het lidmaatschapsrecht bij de student, maar de financiering van de aankoop van dat lidmaatschapsrecht staat wel op naam van de student én de ouders (als mededebiteuren). Het gaat dus in casu erom dat de ouders een zeer significante rol vervullen bij de dienstverlening door Quarz en het afsluiten van het krediet ten behoeve van de financiering van de [REDACTED] die op de naam van de student staat. Gelet op deze rol van de ouders – de relevantie waarvan door Quarz niet kan worden ontkend – is het naar het oordeel van de AFM logisch én noodzakelijk om financiële gegevens over de ouders in te winnen.

117. Ten overvloede merkt de AFM hierbij op dat de enige reden waarom de AFM in het Boetebesluit slechts ten aanzien van de financiële positie van de ouders heeft geoordeeld dat Quarz onvoldoende informatie heeft ingewonnen, is gelegen in het feit dat in het definitieve onderzoeksrapport geen bevindingen zijn opgenomen ten aanzien van inventarisatie van de doelstellingen, risicobereidheid en kennis en ervaring van de ouders in de dossiers 6 en 9. De opmerking van Quarz in randnummer 52 van het aanvullend bezwaarschrift ziet op een aantal passages uit het Boetebesluit met betrekking tot het inventariseren van de financiële positie van de student en de ouders. Uit de door Quarz aangehaalde passages blijkt dat het niet inwinnen van informatie van ouders over hun financiële positie mede ten grondslag is gelegd aan het Boetebesluit. Dat het niet inwinnen van informatie over de financiële positie van de ouders mede ten grondslag is gelegd aan het Boetebesluit is en wordt ook niet betwist door de AFM.
118. Quarz merkt voorts in randnummer 53 van het aanvullend bezwaarschrift het volgende op: “*De AFM gaat met het verweer, dat alle verwijten ten aanzien van het niet-inwinnen van informatie van de ouders zouden zijn vervallen (hetgeen dus niet het geval is), [...]*”. De AFM benadrukt dat deze opmerking van Quarz van een onjuiste lezing c.q. uitleg van het Boetebesluit getuigt. De AFM heeft namelijk op pagina 9 van het Boetebesluit het volgende opgemerkt: “*In de tweede plaats merkt de AFM op dat, zoals ook reeds in het onderzoeksrapport is vermeld, meerdere bevindingen ten aanzien van de risicobereidheid zijn komen te vervallen omdat deze betrekking hebben op klantdossiers die niet aan boeteoplegging ten grondslag zullen worden gelegd.*” [onderstreping door de AFM].
- De AFM meent dat nergens uit deze opmerking van de AFM blijkt dat – zoals Quarz stelt – de AFM zou hebben geoordeeld dat alle verwijten (dus ook die met betrekking tot de financiële positie) ten aanzien van

²⁴ *Kamerstukken II* 31 468, nr. 3, p. 2.

²⁵ Een consument is een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf.

niet-inwinnen van informatie van de ouders zouden zijn vervallen. Deze opmerking van Quarz kan haar daarom ook niet baten.

119. Gelet op het bovenstaande stelt de AFM zich op het standpunt dat in casu er sprake is van advisering door Quarz aan de studenten en aan de ouders die contractpartij worden bij de kredietovereenkomst. Gezien deze rol van de ouders bij de financiering van de [REDACTED] ziet de AFM niet in waarom de ouders voor wat betreft de toepassing van artikel 4:23 Wft anders zouden moeten worden behandeld dan de student zelf. De AFM is daarom van oordeel dat de ouders van de studenten in het onderhavige geval – evenals de student zelf – als een klant kwalificeren die door Quarz is geadviseerd.
120. De AFM merkt subsidiar op dat ook als de ouders strikt genomen niet als een consument of cliënt als bedoeld in artikel 4:23 Wft aangemerkt zouden kunnen worden – wat volgens de AFM dus niet het geval is – Quarz nog steeds gehouden was om in de dossiers 6 en 9 de voor het advies relevante informatie over de financiële positie van de ouders in te winnen. Deze informatie is immers relevant voor Quarz om een passend advies te kunnen geven over de financiering van de [REDACTED]. Heel concreet: wanneer het inkomen van de student ontoereikend is (wat in casu doorgaans het geval is) zou er geen kredietovereenkomst tot stand kunnen komen als na inventarisatie van de financiële positie van de ouders zou blijken dat de financiële draagkracht van de ouders ontoereikend is. Immers, het advies van Quarz om tot een bepaald bedrag voor de financiering van de [REDACTED] bij de bank te lenen, is in het onderhavige geval steeds gebaseerd op de financiële positie van zowel de student als de ouders.
121. Nu in casu het inkomen van de studenten en de verwachte ontwikkeling in de toekomst steeds op nihil is gesteld, is het te meer van belang om de financiële positie van de ouders in de hoedanigheid van mededebiteuren te inventariseren. Om een juist en volledig beeld te krijgen van het totaal financieel plaatje van de ouders, had Quarz dus de financiële positie van de ouders op grond van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft moeten inventariseren.
122. Dat informatie over de financiële positie van de ouders relevant is bij de beoordeling van de financiële draagkracht van de student is ook niet betwist door Quarz. In het bezwaarschrift stelt Quarz immers het volgende:

„Uiteraard is sommige informatie (zoals over financiële draagkracht van de ouders) wel degelijk relevant bij de beoordeling van de financiële draagkracht van de cliënt (de student), maar dan in het kader van het inwinnen van ken uw cliënt informatie van deze cliënt (de student). Voor zover deze informatie relevant was voor de beoordeling van de financiële mogelijkheden van de student-koper teneinde te voldoen aan de voorwaarden van de financiering is deze dan ook ingewonnen door Quarz.“

123. Hiermee bevestigt Quarz het standpunt van de AFM dat het inwinnen van informatie over de financiële positie van de ouders relevant is voor het door Quarz gegeven advies. Uit de bovenstaande passage leidt de AFM af dat Quarz het standpunt van de AFM onderschrijft, maar dat zij zich op het standpunt stelt dat zij alle relevante informatie heeft ingewonnen. De AFM merkt op dat de discussie over welke informatie nog

ingewonnen had moeten worden een andere discussie is dan de vraag of Quarz gehouden was om informatie over de financiële positie van de ouders in te winnen.

124. Voorts merkt de AFM met betrekking tot bijlage 5 bij het aanvullend bezwaarschrift, waar Quarz in randnummer 54 van het aanvullend bezwaarschrift naar verwijst, het volgende op. De AFM gaat ervan uit dat Quarz per abuis niet het document „[REDACTED]” als bijlage bij het bezwaarschrift heeft ingediend. Immers, de passage die Quarz in haar bezwaarschrift aanhaalt, is niet afkomstig van de bijlage bij het bezwaarschrift, maar is neergelegd in bovengenoemd document dat onderdeel uitmaakt van dossier 9. De AFM kan zich wel vinden in de door Quarz gegeven uitleg van de rol van de ouders in dossier 9 zoals die uit het „[REDACTED]” blijkt. Dit neemt niet weg dat de AFM vasthoudt aan haar bovenstaand standpunt dat Quarz gehouden was alle relevante informatie over de financiële positie van de ouders als mededebiteuren in te winnen.

Tussenconclusie:

125. Gelet op het bovenstaande ziet de AFM dan ook geen aanleiding om terug te komen op haar primaire oordeel in het Boetebesluit dat Quarz heeft nagelaten alle relevante informatie in te winnen over de financiële positie van de ouders van de studenten.
126. Gelet op het bovenstaande leidt heroverweging ten aanzien van dit onderdeel dus niet tot een ander oordeel.

c) ‘Niet vastleggen informatie betekent niet per definitie dat deze informatie niet is ingewonnen’

127. Quarz voert in bezwaar aan dat het vastleggen van informatie een zelfstandig toezichtrechtelijke verplichting is en dat de AFM uit haar constatering dat er onvoldoende informatie is vastgelegd de volgens haar onjuiste conclusie trekt dat deze informatie ook niet is ingewonnen. Volgens Quarz is de informatie waarvan de AFM constateert dat deze onvoldoende is vastgelegd in casu wel degelijk ingewonnen. De relevante onderwerpen komen volgens Quarz wel degelijk aan bod op de formulieren die in mei en juli 2009 werden gebruikt bij de intake van nieuwe cliënten. Het was de gebruikelijke werkwijze van Quarz dat deze formulieren steeds puntsgewijs met alle cliënten werden doorgenomen en deze werkwijze is eind 2008 door de AFM zelf goed bevonden, aldus Quarz. Quarz licht in dit verband haar werkwijze bij de intake van een cliënt nader toe. Volgens Quarz volgt uit deze werkwijze²⁶ dat onderwerpen die op de formulieren in het dossier vermeld staan, met de cliënt zijn besproken. Alleen de vermelding van het onderwerp op het intakeformulier²⁷ dat met de cliënten is doorgenomen, maakt volgens Quarz aannemelijk dat deze informatie wel degelijk is ingewonnen. Verder heeft de AFM volgens Quarz niet inzichtelijk gemaakt waarom deze gegevens onvoldoende geïnventariseerd zouden zijn.
128. Quarz voert voorts aan dat de AFM uit het ontbreken van de expliciete schriftelijke vastlegging in het dossier ten onrechte afleidt dat het inwinnen van de betreffende informatie überhaupt niet plaats heeft gevonden. Quarz stelt dat „de redenering „niet aangetoond dat het inwinnen wel gebeurd is” niet gelijk staat

²⁶ Randnummer 61 van het aanvullend bezwaarschrift.

²⁷ De intakeformulieren in dossiers 6 en 9 zijn als bijlage 3 aan het aanvullend bezwaarschrift gehecht.

aan „het is niet gebeurd“.” Het verwijt „het is niet in het dossier bewaard” is volgens Quarz een ander toezichtrechtelijk verwijt (van minder zware orde) dan de conclusie „artikel 4:23 Wft is overtreden”.

129. Voorts stelt Quarz zich op het standpunt dat de AFM het bewijsrisico ten onrechte bij Quarz legt omdat zij er kennelijk op voorhand al van uitgaat dat de bewuste informatie niet is ingewonnen. Quarz is van mening dat omdat de „onvoldoende ingewonnen informatie” aan bod komt op de vragenlijsten die zijn gebruikt bij de intake van de cliënten in de dossiers 6 en 9, deze vragenlijsten puntsgewijs met de klanten werden doorlopen en er zich een aanzienlijke hoeveelheid informatie in de dossiers 6 en 9 bevindt, het juist bijzonder aannemelijk is dat alle benodigde en relevante informatie is ingewonnen. In deze omstandigheden dient het bewijs voor de stelling dat niet-vastgestelde informatie daadwerkelijk niet zou zijn ingewonnen op de AFM te rusten, althans kan een overtreding van artikel 4:23 Wft hierop niet gestoeld worden, aldus Quarz.
130. Volgens Quarz verbindt de AFM dus de verkeerde juridische gevolgtrekking aan de constatering die zij heeft gedaan en feitelijk een overtreding van een lagere orde onjuist „herkwalificeert” naar overtreding van artikel 4:23 Wft. Hierdoor kan het Boetebesluit volgens Quarz geen stand houden.

Beoordeling AFM:

131. Alvorens in te gaan op het bezwaar van Quarz dat de AFM uit haar constatering dat er onvoldoende informatie is vastgelegd de onjuiste conclusie trekt dat deze informatie ook niet is ingewonnen, merkt de AFM het volgende op. Quarz geeft in bezwaar aan dat de onderwerpen die op de formulieren in het dossier staan, besproken zijn met de cliënt. Als voorbeeld noemt Quarz de vraagstelling ten aanzien van „lopende verzekeringen” die hiervoor onder paragraaf III.a is besproken. De AFM meent dat Quarz hiermee nog steeds niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bedoelde informatie bij de klanten is ingewonnen. Het enkele feit dat een onderwerp genoemd is in een inventarisatieformulier kan onmogelijk tot de conclusie leiden dat daarmee is aangetoond dat alle relevante informatie over dat onderwerp is ingewonnen.
132. De AFM kan – mede onder verwijzing naar hetgeen zij hierboven onder paragraaf III.a heeft uiteengezet, niet anders dan concluderen dat Quarz ook in bezwaar niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bedoelde informatie wel is ingewonnen. In randnummer 65 van het aanvullend bezwaarschrift verwijst Quarz – zonder nadere concretisering – naar informatie die aanwezig is in de dossiers 6 en 9. Quarz maakt in dit verband niet aannemelijk dat de informatie die naar het oordeel van de AFM ontbreken wel ingewonnen is door Quarz.
133. Dit gezegd hebbende, komt de AFM toe aan de bewijslastverdeling tussen enerzijds Quarz en anderzijds de AFM. De AFM verwijst in dit verband naar haar motivering op pagina 6 van het Boetebesluit. In aanvulling daarop wenst de AFM het volgende op te merken.
134. Uit de structuur van de Wft vloeit voort dat naast de verplichting tot het verstrekken van adequate informatie, de financiële dienstverlener ook een verplichting heeft tot het inwinnen van voldoende relevante informatie en het aan de hand van die informatie uitbrengen van een passend advies. De AFM heeft in haar bevindingen in het definitieve onderzoeksrapport op dossierniveau aangegeven waarom zij van oordeel is

dat Quarz niet voldoende informatie heeft ingewonnen die redelijkerwijs relevant is voor het gegeven advies. Quarz heeft in de betreffende dossiers niet met schriftelijke stukken of anderszins kunnen aantonen dat zij die informatie wel heeft ingewonnen en dat de door haar gegeven adviezen mede op die informatie zijn gebaseerd. Sterker nog, zoals uit de randnummers 43 en 74 van dit besluit blijkt, stelt Quarz zich steeds op het standpunt dat bepaalde informatie om de daar genoemde redenen niet ingewonnen *hoeft* te worden.

135. Dat de bewijslast op dit punt bij Quarz ligt, is ook reeds bevestigd door de Rechtbank Rotterdam in een uitspraak van 14 juni 2011 waarin het volgende is overwogen:

“Een redelijke bewijslastverdeling brengt verder met zich dat op AFM de bewijslast rust aan te tonen dat niet is voldaan aan de in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, van de Wft neergelegde zorgplicht en dat op Inhout de bewijslast rust aan te tonen dat zij de nodige informatie heeft ingewonnen als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid, met dien verstande dat, indien Inhout aantoonbaar informatie heeft ingewonnen, het op de weg van AFM ligt om aannemelijk te maken dat de beschikbare informatie niet toereikend is om een zorgvuldig advies te kunnen geven.”²⁸

136. Deze bewijslastverdeling is ook door de Voorzieningenrechter bevestigd in de Uitspraak²⁹ naar aanleiding van het verzoek van Quarz om voorlopige voorziening strekkende tot schorsing van publicatie van het Boetebesluit.
137. Ten aanzien van het overgrote deel van de overtredingen die aan het Boetebesluit ten grondslag zijn gelegd, heeft Quarz bij het geven van haar zienswijze op het voornemen tot boeteoplegging niet aangetoond dat de ontbrekende informatie wel is ingewonnen. Quarz heeft ook thans in bezwaar niet aangetoond dat alle ontbrekende informatie is ingewonnen. Voor een bespreking van de informatie die naar het oordeel van de AFM ontbreekt, wordt verwezen naar paragraaf III.a van dit besluit. De AFM kan niet anders dan concluderen dat Quarz nog steeds niet heeft aangetoond dat zij in de dossiers 6 en 9, die aan de boeteoplegging ten grondslag zijn gelegd, alle relevante informatie heeft ingewonnen.
138. Bij het beoordelen of Quarz artikel 4:23, eerste lid, Wft heeft nageleefd, gaat de AFM uit van de informatie aanwezig in het dossier. De informatie in het dossier dient dus zodanig te zijn dat het voor de AFM herleidbaar is waarom en op basis van welke informatie een bepaald product is geadviseerd en dat aangetoond kan worden dat het product past bij de cliënt. Wanneer deze informatie in het dossier ontbreekt, mag de AFM er terecht van uitgaan dat deze informatie niet is ingewonnen. Dit is ook al door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam bevestigd:

“De stelling van verzoekster dat zij wel voldoende inlichtingen inwint, maar dat dit niet altijd in het dossier naar voren komt, kan niet slagen, omdat het, mede gelet op artikel 32 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, op haar weg had gelegen zich genoegzaam te documenteren. Voor zover zij

²⁸ Rechtbank Rotterdam 14 juni 2011, LJN: BQ8039, r.o. 2.3.1.

²⁹ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 15 december 2011, AWB 11/4022, r.o.v. 2.6.

dit heeft nagelaten, dient dit, ook afgezien van laatstgenoemd artikel, voor haar risico te komen.³⁰
[onderstreping door de AFM].

Tussenconclusie:

139. Dat – zoals Quarz stelt – de informatie genoemd in het Boetebesluit deels wel zou zijn ingewonnen maar niet is vastgelegd, dient in lijn met de bovenstaande jurisprudentie voor rekening van Quarz te blijven. Zoals de Voorzieningenrechter reeds eerder heeft overwogen, ligt het op de weg van Quarz om zich genoegzaam te documenteren. Nu Quarz dit heeft nagelaten, dient dit voor haar risico te komen. Op Quarz rust dus de bewijslast om aan te tonen dat zij de nodige informatie heeft ingewonnen als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft. Waar Quarz stelt dat zij wel de nodige informatie heeft ingewonnen doch deze niet heeft vastgelegd, brengt deze bewijslastregel met zich dat dit voor risico van Quarz komt.
140. Wat betreft de informatie waarvan Quarz stelt dat zij die wel heeft ingewonnen, moet de AFM constateren dat Quarz ook in bezwaar niet heeft aangetoond dat voldoende informatie is ingewonnen die redelijkerwijs relevant is voor de door haar gegeven adviezen.
141. Gelet op het bovenstaande leidt heroverweging ten aanzien van dit onderdeel niet tot een ander oordeel.

d) ‘Inwinnen onvoldoende informatie betekent niet per definitie niet-passende advisering’

142. Quarz kan zich niet verenigen met het oordeel van de AFM dat het enkele feit dat Quarz onvoldoende zou hebben voldaan aan artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft met zich meebrengt dat overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft een gegeven is. Quarz stelt tevens dat enkel het niet vastleggen van gegevens niet per definitie met zich meebrengt dat de gegeven adviezen ook niet passend waren voor de betrokken cliënten. Om dit te kunnen beoordelen zal van beide adviezen afzonderlijk inhoudelijk moeten worden beoordeeld of zij passend waren, aldus Quarz.
143. Het gaat volgens Quarz niet om de vraag of naar het oordeel van de AFM het best mogelijke advies is gegeven, maar of het advies, gelet op de voorhanden zijnde gegevens naar objectieve maatstaven, gegeven kon worden. Daarbij geldt dat de bewijslast voor overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft op de AFM rust. Quarz verwijst in dit verband naar een tweetal uitspraken van de Voorzieningenrechter.³¹
144. Quarz merkt voorts op dat ook als er vast zou komen te staan dat onvoldoende informatie is ingewonnen c.q. vastgelegd, dit geen enkele invloed heeft op de (passendheid van de) advisering aan de desbetreffende cliënten. Volgens Quarz geldt dit vooral nu er maar een beperkt aantal uitkomsten mogelijk was bij de advisering en de antwoorden niet tot ander advies geleid zouden hebben, gegeven de zeer voorzichtige uitgangspunten die Quarz hanteerde bij haar advisering. Quarz voegt hier het volgende aan toe:

³⁰ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 19 december 2008, LJN: BG8136. Vergelijk ook de recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van 21 juni 2011, Reg.nr.: AWB 11/1444 (AFM/███).

³¹ Randnummers 70 en 71 van het aanvullend bezwaarschrift.

“Dat geldt des te meer nu de advisering ingevolge artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft mede gebaseerd moet zijn op de op grond van sub a ingewonnen (relevante) informatie. Dat betekent dat er ook niet in sub a genoemde gegevens van invloed zijn op de inhoud van het advies, waardoor eventuele onvolledigheden bij het inwinnen van gegevens op grond van sub a, geen voldoende voorwaarde kunnen vormen om (zonder nadere onderbouwing) de conclusie te trekken dat artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft is overtreden.”

145. Volgens Quarz onderbouwt de AFM haar oordeel dat er sprake zou zijn van overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft in het geheel niet. Hiermee slaagt de AFM volgens Quarz niet in de op haar rustende bewijslast en voldoet tevens niet aan de op haar rustende motiveringsplicht. Ter onderbouwing van haar bezwaar verwijst Quarz naar het (voorlopig) oordeel van de (Voorzieningenrechter van de) Rechtbank Rotterdam dat indien de adviseur aantoonbaar informatie heeft ingewonnen als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft, het op de weg van de AFM ligt om aannemelijk te maken dat de beschikbare informatie niet toereikend is om een zorgvuldig advies te kunnen geven. Volgens Quarz volgt hieruit dat Quarz dient te bewijzen dat de nodige informatie is ingewonnen. Als de nodige informatie is ingewonnen, zal de AFM moeten onderbouwen waarom zij meent dat de ingewonnen informatie onvoldoende is.
146. Quarz stelt zich voorts op het standpunt dat zij aantoonbaar een zeer grote hoeveelheid informatie heeft ingewonnen en verwijst naar een aantal documenten dat onderdeel zou uitmaken van de klantdossiers 6 en 9.³² Het ligt – zo stelt Quarz – op de weg van de AFM om inzichtelijk te maken waarom deze informatie niet voldoende zou zijn. De AFM zal moeten aantonen dat deze informatie niet toereikend is om in de twee specifieke gevallen een zorgvuldig advies te kunnen geven, aldus Quarz.

Beoordeling AFM:

In het geheel geen informatie ingewonnen

147. De AFM verwijst in reactie op de bovenstaande bezwaren van Quarz naar de hierboven onder de randnummers 136 en 137 genoemde jurisprudentie, waaruit volgt welke bewijslastverdeling van toepassing is bij overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft.
148. Wat duidelijk uit deze jurisprudentie blijkt, is dat Quarz aannemelijk dient te maken dat artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft is nageleefd (lees: dat Quarz alle redelijkerwijs relevante informatie voor het advies heeft ingewonnen). Vervolgens rust de verplichting op de AFM om aannemelijk te maken dat de door Quarz ingewonnen informatie niet toereikend is voor een passend advies.
149. Gelet op het bovenstaande kan naar het oordeel van de AFM niet worden ontkend dat daar waar de AFM heeft geconstateerd dat Quarz in het geheel geen informatie heeft ingewonnen (zie randnummers 82 tot en met 102) niet anders kan worden geconcludeerd dan dat overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft een gegeven is. Dit, vanwege het feit dat indien de redelijkerwijs relevante informatie niet is ingewonnen, Quarz haar advies ook onmogelijk op die informatie kan hebben gebaseerd.

³² Randnummer 79 van het aanvullend bezwaarschrift.

150. Wat betreft de informatie die Quarz had moeten inwinnen over de doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid van de studenten, staat naar het oordeel van de AFM vast dat Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft heeft overtreden. Immers, Quarz heeft namelijk ook in bezwaar niet kunnen aantonen dat deze informatie wel is ingewonnen. De AFM heeft onder de randnummers 74 tot en met 76 en 82 tot en met 102 gemotiveerd uiteengezet waarom zij van oordeel is dat de argumenten van Quarz waarom bepaalde informatie niet ingewonnen hoeft te worden, niet kunnen slagen.
151. De omstandigheid dat een overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft „automatisch” leidt tot een overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft is inmiddels bevestigd in de jurisprudentie van de Voorzieningenrechter. De Voorzieningenrechter heeft reeds eerder als volgt overwogen:

*“Door na te laten nadere informatie bij de consument in te winnen omtrent doelstellingen en risicobereidheid, heeft zij haar advies niet gebaseerd op deze nadere informatie die zij had moeten inwinnen. Hierdoor is sprake van overtreding van zowel onderdeel a als onderdeel b van het eerste lid van artikel 4:23 van de Wft.”*³³

152. Dit oordeel van de Voorzieningenrechter wordt tevens onderschreven in de literatuur:

*“Indien de financiële onderneming zich niet heeft verdiept in de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de consument of cliënt, kan het haar advies vervolgens ook niet (mede) afstemmen op het aldus verkregen profiel van de consument onderscheidenlijk cliënt. Dit betekent dat indien onderdeel a van het eerste lid niet wordt nageleefd, automatisch ook onderdeel b niet kan worden nageleefd.”*³⁴

153. In tegenstelling tot hetgeen Quarz in bezwaar stelt, heeft het niet inwinnen van de redelijkerwijs relevante informatie wel degelijk invloed op de passendheid van het advies dat aan de klant wordt gegeven. Immers, het is goed voorstelbaar dat op basis van de niet ingewonnen informatie het advies van Quarz zou luiden dat in het belang van de student het aangaan van een lening voor de financiering van een [REDACTED] niet wenselijk is. De AFM begrijpt uit het betoog van Quarz dat zij de klanten op basis van uitgangspunten³⁵ heeft geadviseerd zonder zich in de daadwerkelijke situatie van die klanten te verdiepen.
154. Deze handelwijze is evident in strijd met artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft. De klanten hebben Quarz immers niet op basis van „execution only” ingeschakeld. Reeds hierom is het niet juist om de financiering van de [REDACTED] te adviseren sec omdat de klant voor dat doel Quarz om advies zou hebben gevraagd en de keuzevrijheid – zoals Quarz stelt – ten aanzien van de financieringsvorm zeer beperkt was. Dat er – zoals Quarz stelt – sprake zou zijn van een zeer specifieke en beperkte doelgroep en een zeer

³³ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 30 juni 2009, LJN: BJ1748, JOR/261.

³⁴ R. Stijnen in zijn bijdrage *De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening door financiële ondernemingen in de bundel Zorgplicht en financieel toezicht*, R. Stijnen en R. Krijdsijk (red), Kluwer, 2011, p. 30.

³⁵ Randnummer 72 van het aanvullend bezwaarschrift. Zie bijvoorbeeld ook randnummer 26 van het aanvullend bezwaarschrift.

specifieke en beperkte vorm van adviesvraag neemt niet weg dat Quarz de adviesregels van artikel 4:23Wft dient na te leven.³⁶

155. Gelet op het bovenstaande is de AFM van oordeel dat zij niet anders kan dan concluderen dat Quarz ook in bezwaar niet heeft aangetoond dat voldoende redelijkerwijs relevante informatie is ingewonnen over de doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid van de studenten (overtreding van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft). Nu Quarz geen informatie heeft ingewonnen als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft, staat naar het oordeel van de AFM vast dat Quarz haar advies ook niet mede op die informatie heeft kunnen baseren (overtreding artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft).

Onvoldoende informatie ingewonnen

156. Wat betreft de informatie-inwinning ten aanzien van de financiële positie van de student en de ouders, merkt de AFM het volgende op. Quarz stelt in bezwaar – voor zover hier relevant – dat de AFM zonder nadere motivering of nader onderzoek en in alle redelijkheid niet tot het oordeel kon komen dat het niet voldoende inwinnen van bepaalde informatie *zonder meer* heeft geleid tot het geven van een niet passend advies.
157. De AFM benadrukt voor alle duidelijkheid dat het „niet voldoende“ inwinnen van bepaalde informatie alleen geldt ten aanzien van de financiële positie van de student en de ouders. Voor de overige informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft is de AFM van oordeel dat Quarz in het geheel geen informatie heeft ingewonnen van de student. Het bezwaar van Quarz dat de AFM aannemelijk dient te maken dat de ingewonnen informatie niet toereikend is om een passend advies te kunnen geven, is daarom in ieder geval niet van toepassing op de informatie die überhaupt niet is ingewonnen (zie ook hierboven de randnummers 148 tot en met 155)
158. Wat betreft de informatie die Quarz heeft ingewonnen ten aanzien van de financiële positie van zowel de student als de ouders, merkt de AFM het volgende op. Naar het oordeel van de AFM heeft Quarz nagelaten om voldoende informatie in te winnen over:

De inkomensontwikkeling van de student en de ouders in de dossiers 6 en 9;

Het vermogen van de student in dossier 6;

de persoonlijke levensstijl en het uitgavenpatroon van de student in de dossiers 6 en 9;

eventuele grote financiële risico's en verplichtingen van de student en de ouders in de voorzienbare toekomst in de dossiers 6 en 9;

overige bestaande leningen en andere verplichtingen of lopende verzekeringen van de student in de dossiers 6 en 9; en

lopende verzekeringen van de ouders in dossier 6.

³⁶ Zie ook Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 19 december 2008, LJN: BG8136.

Datum

Ons kenmerk

Pagina

32 van 52

159. De AFM stelt voorop dat op de pagina's 6 en 7 van het Boetebesluit en in paragraaf III.a van dit besluit gemotiveerd is uiteengezet waarom deze informatie redelijkerwijs relevant is voor het advies en derhalve ingewonnen had moeten worden.
160. Voor wat betreft de overige bestaande leningen en andere verplichtingen van de ouders, leidt de AFM uit de informatie aanwezig in het dossier, de reactie van Quarz op het concept-onderzoeksrapport van de AFM en pagina 21 van het definitieve onderzoeksrapport af dat wel voldoende informatie over dit onderwerp is ingewonnen. Met betrekking tot de „lopende verzekeringen“ treft de AFM een aantal polissen van de ouders in dossier 9. Hoewel deze informatie wel aanwezig is in het dossier, heeft Quarz niet eens gesteld dat deze informatie tijdens het adviestraject bij de klant is ingewonnen. In dit verband verwijst de AFM ten overvloede naar de reactie van Quarz op bevinding 17 in het concept-onderzoeksrapport waarin slechts is opgemerkt dat door de klant op het inventarisatieformulier niets is ingevuld.
161. De AFM leidt echter uit bijlage 6 bij het aanvullend bezwaarschrift af dat in dossier 9 de ouders informatie over lopende verzekeringen aan Quarz hebben verstrekt. Hiermee komt de bevinding van de AFM dat er onvoldoende informatie zou zijn ingewonnen over lopende verzekeringen van de mededebiteuren in dossier 9 te vervallen (zie ook randnummers 66 tot en met 68 van dit besluit).
162. Voorts wenst de AFM te reageren op de stelling van Quarz dat zij aantoonbaar een zeer grote hoeveelheid informatie heeft ingewonnen. De AFM moet constateren dat hoewel er veel informatie aanwezig is in de dossiers 6 en 9, het voor de AFM volstrekt niet duidelijk is hoe Quarz deze informatie bij haar adviezen heeft gebruikt. In hoeverre het advies van Quarz mede gebaseerd is op de wel ingewonnen informatie blijkt immers niet uit de dossiers. Het lijkt erop dat Quarz slechts die informatie heeft ingewonnen die benodigd was voor kredietverlening door de kredietaanbieder. Uit de dossiers blijkt niet dat Quarz alle relevante informatie heeft ingewonnen met het oog op het geven van een passend advies als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, Wft.
163. Ter illustratie noemt de AFM hierna een aantal voorbeelden waaruit blijkt dat het inwinnen van de ontbrekende informatie – anders dan Quarz stelt – wel degelijk tot een ander advies zou hebben geleid.
164. Indien uit ingewonnen informatie over de te verwachten inkomensontwikkeling van de student zou blijken dat de student niet in staat zal zijn om de lasten van de financiering in de voorzienbare toekomst zelfstandig op te brengen, dan zou het advies van Quarz moeten luiden dat deze financiering niet wenselijk en derhalve niet passend is. In dat geval zou het immers meer voor de hand liggen dat de ouders het hypothecair krediet zelf aangaan. Indien uit de persoonlijke levensstijl en het uitgavenpatroon van de student zou blijken dat de student in de toekomst niet in staat zal zijn om de lasten zelfstandig te dragen, dan zou het advies wederom moeten zijn dat deze vorm van financiering niet passend is.
165. Indien uit de inventarisatie van de doelstelling, kennis en ervaring en risicobereidheid van de student zou blijken dat de financiering van de [REDACTED] niet bij de student past, dan had Quarz niet mogen adviseren om het krediet af te sluiten ter financiering van een risicovolle constructie als de [REDACTED]. Stel dat de student of de ouders naar aanleiding van het adviesgesprek erachter zouden komen dat zij niet bereid zijn

om het risico te nemen om in de voorzienbare toekomst met een restschuld te blijven zitten of het lidmaatschapsrecht niet (makkelijk) te kunnen verkopen. In dat geval zou de student en/of de ouders langer stil staan bij de financiële consequenties van het afsluiten van een hypothecair krediet voor de financiering van een lidmaatschapsrecht.

166. Nu Quarz heeft nagelaten zich te verdiepen in de mogelijkheden, wensen, behoeftes en doelstellingen van de student, kan de AFM niet anders dan concluderen dat haar advies onmogelijk mede gebaseerd kan zijn op alle informatie die ingewonnen had moeten worden. Naast het feit dat Quarz in de dossiers 6 en 9 geen klantprofiel heeft ingevuld, heeft Quarz ook nagelaten om op een andere geschikte wijze duidelijk vast te leggen waar haar advies aan de klanten op gebaseerd is. En hoe zij tot het advies is gekomen om tot een bepaald bedrag aan hypothecair krediet af te sluiten voor de financiering van de [REDACTED].
167. Tot slot merkt de AFM nog op dat het feit dat er geen wettelijke vereisten zouden gelden voor de wijze waarop ingewonnen informatie in een dossier moet worden opgeborgen,³⁷ niet wil zeggen dat Quarz kan volstaan met het opnemen van informatie in het dossier zonder het advies mede op die informatie te baseren. Zoals de AFM hierboven heeft uiteengezet, blijkt uit het dossier niet in hoeverre het advies van Quarz in de dossiers 6 en 9 gebaseerd is op de *wel* ingewonnen informatie.

Tussenconclusie:

168. Gelet op het bovenstaande staat naar het oordeel van de AFM vast dat het advies van Quarz niet mede gebaseerd is op de informatie die ingewonnen had moeten worden. Uit de dossiers is tevens niet te herleiden in hoeverre het advies van Quarz mede gebaseerd is op de *wel* ingewonnen informatie. Hiermee staat naar het oordeel van de AFM vast dat Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft heeft overtreden.

e) ‘De boete is op twee dossiers gegrond, maar in feite gebruikt de AFM alle negen dossiers als grondslag’

169. Quarz verwijst in bezwaar naar het Boetebesluit, waarin wordt vermeld dat er negen klantdossiers zijn onderzocht en dat slechts twee van deze dossiers aan het Boetebesluit ten grondslag worden gelegd. De reden hiervoor is dat deze twee dossiers dateren van voor 1 augustus 2009, het moment waarop het nieuwe boeteregime van kracht werd. Quarz vraagt zich af of dit de werkelijke reden is waarom slechts twee dossiers aan de boeteplegging ten grondslag zijn gelegd. Volgens Quarz zijn er overduidelijk ook andere onderzochte dossiers die van voor 1 augustus dateren, namelijk de dossiers 2 en dossier 4.
170. Quarz stelt voorts dat de AFM in het Boetebesluit in algemene bewoordingen spreekt. Zo zou de AFM stelselmatig „de cliënt” „de student” noemen en zou zij nauwelijks inhoudelijk ingaan op de individuele cliënten in dossiers 6 en 9. Volgens Quarz is het, mede omdat de AFM voorspiegelt dat in alle negen dossiers sprake zou zijn van overtredingen, buitengewoon onduidelijk of het Boetebesluit wel enkel betrekking heeft op de dossiers 6 en 9. Quarz is van mening dat zij zich inhoudelijk niet kan verweren

³⁷ Randnummer 14 van de pleitnotities van de gemachtigde van Quarz tijdens de hoorzitting in bezwaar.

omdat niet inzichtelijk zou zijn gemaakt welk element uit welk dossier aan het Boetebesluit ten grondslag ligt. Bovendien heeft de AFM de opmerking over de overige dossiers in het Boetebesluit opgenomen zonder dat Quarz deze opmerking zou kunnen aanvechten. Dit, terwijl de verwijzing naar de overige dossiers waarvan gesteld wordt dat er gebreken zijn, volgens Quarz, buitengewoon schadelijk kan zijn bij publicatie van het Boetebesluit, omdat dit de suggestie zou wekken dat in alle negen dossiers van dezelfde overtreding sprake zou zijn. Volgens Quarz is dit niet het geval. Quarz stelt daarom dat waar het Boetebesluit formeel niet gebaseerd is op de „overige dossiers”, elke vermelding of kwalificatie van het onderzoek naar die overige dossiers in het Boetebesluit achterwege had moeten blijven.

171. Tot slot stelt Quarz dat het oordeel van de AFM dat in alle negen onderzochte dossiers tekortkomingen in de naleving van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft zijn geconstateerd, in het geheel niet is onderbouwd zodat het volstrekt onduidelijk is waarop de AFM precies doelt. Verder kan Quarz dit oordeel niet volgen omdat zich in de verschillende dossiers wel degelijk keurig een gebundeld klantprofiel bevindt. Volgens Quarz maakt deze constatering nu deel uit van het Boetebesluit waardoor het Quarz schade toebrengt, zonder dat Quarz zich hiertegen kan verdedigen. Dit, omdat onduidelijk is welke onderdelen van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft in welke dossiers zijn overtreden, aldus Quarz.

Beoordeling AFM:

172. De AFM bestrijdt de bovenstaande stellingen van Quarz en vindt het betoog van Quarz op dit punt volstrekt onbegrijpelijk. Zo kan de AFM zich in het geheel niet verenigen met de stelling dat er overduidelijk ook andere dossiers zijn waarin voor 1 augustus 2009 een advies aan de klant is gegeven, namelijk de dossiers 2 en 4. Anders dan Quarz stelt, zijn de adviezen in de dossiers 2 en 4 niet voor 1 augustus 2009 gegeven. De data die Quarz in bezwaar noemt (15 juli 2009 respectievelijk 30 juli 2009) betreffen de „invoerdata” van de dossiers in de administratie van Quarz. Deze invoerdata zeggen naar het oordeel van de AFM weinig over de data waarop Quarz de klanten van advies heeft voorzien. De AFM wijst in dit verband op het volgende.
173. Artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft bepaalt dat wanneer een financiële dienstverlener adviseert, hij ten behoeve van het advies alle relevante informatie inwint van de consument en dat het advies mede op die informatie wordt gebaseerd. Wanneer een financiële dienstverlener dus geen of onvoldoende informatie voor het geven van dat advies inwint, kan er al sprake zijn van een overtreding van artikel 4:23 Wft. dit impliceert dat op het moment dat een advies is gegeven in ieder geval alle relevante informatie voor het geven van dat advies ingewonnen moet zijn. De AFM is in casu van oordeel dat Quarz de klanten heeft geadviseerd op het moment dat zij een voldoende bepaald en concrete aanbeveling aan de klant heeft gedaan. Uit de dossiers 2 en 4 is niet te herleiden op welk moment Quarz een voldoende bepaald en concrete aanbeveling aan de klanten heeft gedaan. De AFM gaat er daarom van uit dat Quarz deze klanten heeft geadviseerd nadat voldoende relevante informatie is ingewonnen om daar het advies op te kunnen baseren. Op basis van deze toets is de AFM tot de conclusie gekomen dat, ondanks dat de invoerdata in de dossiers 2 en 4 van voor 1 augustus 2009 dateren, Quarz in deze twee dossiers na 1 augustus 2009 nog informatie heeft ingewonnen die nodig was om een advies te kunnen geven.

174. Zo blijkt uit dossier 2 dat Quarz eerst op 15 augustus 2009 wist dat de klant kiest voor drie jaar rentevast en voor een verzekering. Uit de stukken volgt verder dat Quarz op 9 september 2009 de pensioengegevens heeft ontvangen van de vader (mededebiteur). In dit dossier heeft weliswaar het (eerste) gesprek met de klant voor 1 augustus 2009 plaatsgevonden, maar er is later in september 2009 ook nog een afspraak met de klant geweest om de offerte te bespreken (voordat de offerte door de klanten is getekend).
175. Ook uit de informatie in dossier 4 blijkt dat het advies na 1 augustus 2009 is gegeven. In dit dossier blijkt uit de communicatie die in het dossier aanwezig is dat de klant eerst op 8 september 2009 heeft gekozen voor 3 jaar rentevast en beleggingspolis om kapitaal op te bouwen. Daarnaast is in dit dossier de offerte van 17 november 2009 en is er tussen „klant invoerdatum” en offertedatum nog zoveel contact geweest tussen Quarz en de klanten dat het advies onmogelijk reeds voor 1 augustus 2009 kan zijn gegeven.
176. Tijdens de hoorzitting in bezwaar heeft Quarz gesteld dat de AFM als peildatum het moment van de financieringsaanvraag heeft genomen en dat dit een onjuist uitgangspunt is. Zoals uit het bovenstaande volgt, is de AFM voor het vaststellen van de „adviesdatum” niet uitgegaan van het moment van de financieringsaanvraag. De AFM is steeds uitgegaan van het moment waarop een advies is/kan zijn gegeven. En dat moment kan – zoals Quarz zelf ook tijdens de hoorzitting heeft gesteld – al vóór de financieringsaanvraag liggen.
177. Naar het oordeel van de AFM blijkt uit de dossiers 2 en 4 duidelijk dat het advies in deze twee dossiers niet voor 1 augustus 2009 kan zijn gegeven, nu na die datum nog relevante informatie is ingewonnen bij de klant. Indien het advies na 1 augustus 2009 is gegeven, kan er vóór 1 augustus 2009 ook geen sprake zijn van overtreding van artikel 4:23, eerste lid, Wft. Informatie die voor 1 augustus 2009 nog ontbrak, kon na 1 augustus 2009 worden ingewonnen en vervolgens voor een passend advies worden gebruikt. Om die reden heeft de AFM haar bevindingen in de dossiers 2 en 4 niet aan het Boetebesluit ten grondslag kunnen leggen.
178. Voorts bestrijdt de AFM de stelling van Quarz dat het onduidelijk is of het Boetebesluit wel enkel betrekking heeft op de dossiers 6 en 9. De AFM merkt op dat deze stelling geen feitelijke grondslag heeft, nu uit het Boetebesluit zeer duidelijk blijkt dat alleen de dossiers 6 en 9 aan de boeteplegging ten grondslag zijn gelegd. De AFM verwijst in dit verband ter illustratie naar de volgende passages uit het Boetebesluit waaruit dit duidelijk blijkt:

“de AFM is van oordeel dat Quarz in de dossiers 6 en 9 onvoldoende informatie over de financiële positie van de cliënt heeft ingewonnen over de volgende onderwerpen.”³⁸

“De AFM heeft geconstateerd dat in de dossiers (6 en 9) geen standaard klantprofiel is opgenomen en niet is te herleiden of en zo ja, in welke mate, Quarz de doelstellingen en de kennis en ervaring van de cliënt ten aanzien van het geadviseerde krediet heeft geïnventariseerd.”³⁹

³⁸ Paragraaf 2.3.1 van het Boetebesluit, p. 5.

³⁹ Paragraaf 2.3.1 van het Boetebesluit, p. 7.

“De AFM heeft tekortkomingen geconstateerd ten aanzien van het inwinnen van informatie over de risicobereidheid van de cliënt. In de dossiers 6 en 9 heeft de AFM niet kunnen herleiden of en zo ja, hoe, Quarz de risicobereidheid van de cliënt heeft geïnventariseerd.”⁴⁰

179. In tegenstelling tot wat Quarz stelt, blijkt uit het Boetebesluit wel duidelijk welke dossiers aan de boeteplegging ten grondslag zijn gelegd en heeft de AFM – waar nodig – per dossier aangegeven welke tekortkomingen zijn geconstateerd.⁴¹ Reeds hierom kan het betoog van Quarz niet slagen.
180. Voorts merkt de AFM op dat zij – anders dan Quarz suggereert – niet gehouden is om de tekortkomingen in de overige dossiers waar de AFM in het Boetebesluit naar verwijst, te onderbouwen. Deze tekortkomingen vormen namelijk geen onderdeel van het Boetebesluit en zijn dan ook niet ten grondslag gelegd aan het Boetebesluit.
181. Ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat de stelling van Quarz dat het volstrekt onduidelijk is welke onderdelen van artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft in welke dossiers zijn overtreden, niet juist is. De AFM heeft namelijk alle tekortkomingen die zij in alle 9 dossiers heeft geconstateerd neergelegd in het concept-onderzoeksrapport en later in het definitieve onderzoeksrapport dat naar aanleiding van het onderzoek naar Quarz is opgesteld. Quarz kan daarom niet ontkennen dat zij in een eerder stadium kennis heeft kunnen nemen van de bevindingen van toezichthouders van de AFM die het onderzoek hebben verricht in alle 9 dossiers. De AFM heeft met de verwijzing in het Boetebesluit naar de „overige dossiers“ enkel duidelijk willen maken dat zij in het kader van haar onderzoek naar Quarz 9 verschillende klant dossiers heeft onderzocht en dat zij in alle onderzochte dossiers tekortkomingen heeft geconstateerd. Dat Quarz zich daartegen niet kan verdedigen, is het logische gevolg van het feit dat de AFM – ten gunste van Quarz – slechts twee dossiers aan het Boetebesluit ten grondslag heeft gelegd. De AFM heeft namelijk in het voordeel van Quarz ervoor gekozen de boete op grond van het oude boeteregime op te leggen (met een lage boete als gevolg vergeleken met boetes onder het nieuwe regime).

Tussenconclusie:

182. Gelet op het bovenstaande is de AFM van oordeel dat niet anders kan worden geconcludeerd dan dat het Boetebesluit gebaseerd is op de geconstateerde tekortkomingen in de dossiers 6 en 9 en dat de overige 7 dossiers op geen enkele wijze ten grondslag zijn gelegd aan het Boetebesluit.
183. Gelet hierop leidt heroverweging ten aanzien van dit onderdeel niet tot een ander oordeel.

f) **‘Schending opgewekt vertrouwen’**

184. Quarz stelt zich in bezwaar op het standpunt dat de AFM het bij haar opgewekte vertrouwen heeft geschonden. Quarz verwijst in dit verband naar het eerdere onderzoek dat de AFM eind [REDACTED] bij Quarz heeft gedaan, welk onderzoek volgens Quarz betrekking had op de werkwijze ten aanzien van hetzelfde

⁴⁰ Paragraaf 2.3.3 van het Boetebesluit, p. 8.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld paragraaf 2.3.3 van het Boetebesluit.

product als waarop het Boetebesluit ziet. Uitkomst van dat onderzoek was – volgens Quarz – dat er geen enkele onregelmatigheid is aangetroffen. Dit zou de AFM mondeling aan Quarz hebben meegedeeld. Volgens Quarz heeft de AFM in het onderzoek geen aanleiding gezien om iets schriftelijk vast te leggen en enige vorm van kritiek aan Quarz te communiceren. Hierdoor zou de AFM het (gerechtvaardigde) vertrouwen hebben gewekt dat de werkwijze van Quarz in overeenstemming was met de daarop van toepassing zijnde regelgeving. Indien de AFM reeds eind [REDACTED] aan Quarz had laten weten dat elementen van de werkwijze van Quarz naar haar oordeel niet zouden voldoen aan regelgeving, dan had Quarz haar werkwijze daarop kunnen aanpassen. Quarz vat haar bezwaar als volgt samen:

“Het is dan ook evident in strijd met het vertrouwensbeginsel dat de AFM nu tot het oordeel komt dat (i) dezelfde werkwijze van Quarz niet voldoet aan geldende regelgeving, (ii) daarvoor een boete wordt opgelegd, (iii) bij het bepalen van de hoogte van de boete geen rekening is gehouden met het voorgaande en (iv) de AFM voornemens is de boete te publiceren.”

185. Daarnaast is het volgens Quarz door de AFM opgewekte vertrouwen van belang in de discussie over de passendheid van de opgelegde sanctie. Voor zover er al sprake zou zijn van een overtreding is er volgens Quarz geen sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van Quarz, althans dat er sprake zou zijn van een sterk verminderde verwijtbaarheid. Dit leidt ertoe dat boeteplegging in casu disproportioneel is. De AFM had als alternatief voor een lichtere sanctie zoals een normoverdragend gesprek moeten kiezen, aldus Quarz.

Beoordeling AFM:

186. Zoals Quarz zelf al in bezwaar stelt, hebben de toezichthouders van de AFM de resultaten van de „quick scan“ dat de AFM in ----- bij Quarz heeft gedaan op de dag zelf met Quarz besproken. Dat er geen schriftelijke terugkoppeling heeft plaatsgevonden van de bevindingen van de AFM of dat de AFM geen aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75, eerste lid, Wft heeft gegeven, betekent niet dat Quarz erop mocht vertrouwen dat haar werkwijze in overeenstemming was met de daarop van toepassing zijnde regelgeving. Een dergelijk signaal is nimmer door de AFM aan Quarz gegeven. Integendeel, uit de „quick scan“ is gebleken dat Quarz een aantal maatregelen moest treffen om de benodigde verbeteringen in haar adviespraktijk door te voeren. De AFM bestrijdt daarom dat in casu sprake zou zijn van door de AFM bij Quarz opgewekt vertrouwen dat haar werkwijze zou voldoen.
187. Voorts wenst de AFM te benadrukken dat van Quarz als een professionele marktpartij mag worden verwacht dat zij in staat is om, aan de hand van kenmerken van haar producten, te bepalen welke informatie moet worden ingewonnen om de klant een passend advies te kunnen geven. De AFM wijst erop dat het de verantwoordelijkheid van Quarz is om aan wet- en regelgeving te voldoen. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een uitspraak van 30 januari 2010:

“5.8 [...] Het is in eerste instantie de verantwoordelijkheid van de pensioenfondsen om zich aan de wet te houden [...]. Ter zitting van het College is wel gebleken dat tijdens de reguliere gesprekken tussen A en DNB als toezichthouder, welke gesprekken periodiek plaatsvinden, de bedoelde wetsartikelen ter sprake

zijn gekomen en dat door A is gewezen op de ter zake gemaakte brochures. Echter, niet is gebleken dat die gesprekken specifiek waren gericht op de naleving van de artikelen 5 en 7 van de Wet Bpf 2000 door A, afgezet tegen de manier waarop C in de markt is aangeboden. In ieder geval is niet gebleken dat A zelf bij DNB expliciet heeft geïnformeerd of haar (voorgenomen) handelen in overeenstemming was met de artikelen 5 en 7 Wet Bpf 2000 of dat DNB eigener beweging uitlatingen in die richting heeft gedaan. Daarentegen heeft DNB in haar brief ter bevestiging van de reguliere gesprekken juist gewezen op deze wetsartikelen. Het College zijn al met al geen omstandigheden gebleken waaraan A het vertrouwen zou hebben kunnen ontlenuen dat haar geen boete zou worden opgelegd, dan wel dat in geval van een geconstateerde schending van deze wetsartikelen in eerste instantie zou worden volstaan met een gesprek daarover.”⁴²

188. Nu de AFM van oordeel is dat in casu geen sprake is van door de AFM opgewekt vertrouwen, kan het beroep van Quarz op beperkte verwijtbaarheid ook niet slagen. Ten overvloede verwijst de AFM naar wat de Voorzieningenrechter recentelijk heeft overwogen:

“Dat sprake zou zijn van het ontbreken van verwijtbaarheid of van sterk verminderde verwijtbaarheid is de voorzieningenrechter niet gebleken. De voorzieningenrechter is namelijk van oordeel dat het voor DFD duidelijk had moeten zijn dat van haar mag worden verwacht dat zij zich op de hoogte stelt van de toepasselijke wet- en regelgeving. Ook uit eerdere handhavingsbesluiten van AFM – onder meer aan haar concurrent – had zij lering kunnen trekken.”⁴³

Hieruit volgt onder meer dat Quarz geen beroep toekomt op verminderde verwijtbaarheid omdat zij erop zou hebben vertrouwd dat haar werkwijze zou voldoen.

Tussenconclusie:

189. Gelet op het bovenstaande blijft de AFM bij haar primaire oordeel dat in casu geen sprake is van door haar opgewekt vertrouwen dat de werkwijze van Quarz in overeenstemming zou zijn met wet- en regelgeving. Quarz mocht er daarom niet op vertrouwen dat de AFM geen nader onderzoek zou verrichten naar haar adviespraktijk en dat zij niet handhavend zou optreden tegen eventuele tekortkomingen. Een beroep op het vertrouwensbeginsel kan derhalve niet worden gehonoreerd.
190. Gelet hierop leidt heroverweging ten aanzien van dit onderdeel niet tot een ander oordeel.

g) ‘Schending motiveringsbeginsel’

191. Quarz stelt zich op het standpunt dat het Boetebesluit niet op een deugdelijke motivering berust. Ter onderbouwing van dit standpunt noemt Quarz een aantal voorbeelden van vermeende motiveringsgebreken in het Boetebesluit. Deze voorbeelden worden hierna – volledigheidshalve – geciteerd.

⁴² CBb 30 januari 2009, AWB 08/233, LJN BH3320, AB 2010, 144.

⁴³ Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam, 21 juni 2011, Reg.nr.: AWB 11/1444.

192. Paragraaf 1.2 / Pagina 3 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat er sprake is van tekortkomingen in de naleving van artikel 4:23 lid 1 Wft in „de overige dossiers”, maar maakt in het geheel niet inzichtelijk om welke tekortkomingen in welke dossiers het zou gaan. Quarz kan zich hierdoor niet deugdelijk verdedigen tegen deze constatering, terwijl dit onderdeel van het Besluit en de Publicatie haar wel „schade toebrengt.”

193. De AFM verwijst voor dit bezwaar van Quarz naar hetgeen zij hierboven onder de randnummers 180 en 181 gemotiveerd heeft uiteengezet. De AFM komt op basis van deze motivering tot de conclusie dat in casu geen sprake is van schending door de AFM van het motiveringsbeginsel. Deze stelling van Quarz treft daarom naar het oordeel van de AFM geen doel.

194. Paragraaf 2.3.1 / Pagina 5 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat er onvoldoende informatie is ingewonnen over de te verwachten inkomensontwikkeling van de student en de mededebiteurs (ouders). De AFM motiveert niet waarom deze informatie niet zou zijn ingewonnen terwijl zich in de dossiers werkgeversverklaringen bevinden die informatie over dit onderwerp bevatten. Er is niet gemotiveerd waarom deze informatie onvoldoende zou zijn en welke andere informatie dan wel zou volstaan. Daarnaast wordt niet inzichtelijk gemaakt waarom deze informatie redelijkerwijs relevant is voor de advisering onder de omstandigheid dat er bij de advisering rekening is gehouden met een nihilinkomen van de student.”

195. De AFM verwijst in dit verband naar haar motivering zoals opgenomen op de pagina's 5 tot en met 7 van het Boetebesluit alsmede haar motivering zoals opgenomen onder de randnummers 70 tot en met 76 van dit besluit.

196. Paragraaf 2.3.1 / Pagina 5 en 6 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat er onvoldoende informatie is ingewonnen over de financiële positie van de cliënt ten aanzien van eventuele grote financiële risico's en verplichtingen die de student en de mededebiteurs in de voorzienbare toekomst verwachten aan te gaan. De AFM oordeelt dat deze informatie redelijkerwijs relevant is voor het bepalen van de financiële positie van de student en de mededebiteur, maar maakt nergens inzichtelijk waarom deze specifieke informatie hiertoe redelijkerwijs relevant zou zijn. De AFM merkt slechts in algemene zin op dat informatie over de financiële positie redelijkerwijs relevant is.”

197. De AFM merkt in dit verband op dat informatie over eventuele (grote) financiële risico's en verplichtingen in de voorzienbare toekomst relevante informatie is bij het adviseren van een hypothecair krediet. Deze informatie zegt namelijk iets over het (blijven) opbrengen van de maandlasten door de klant en de ouders. Indien de klant of de ouders voornemens zijn om in de voorzienbare toekomst grote financiële verplichtingen aan te gaan, zou dat meegenomen moeten worden bij het advies over het krediet. Het kan namelijk zijn dat de klant en/of de ouders als gevolg van dergelijke verplichtingen niet langer in staat zullen zijn om de maandelijks lasten van het krediet in kwestie te dragen.

198. Paragraaf 2.3.1 / Pagina 5 en 6 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat er onvoldoende informatie is ingewonnen over de vraag of de student of de mededebiteurs overige bestaande leningen hebben of andere verplichtingen of andere lopende verzekeringen. De AFM oordeelt dat deze informatie redelijkerwijs relevant is voor het bepalen van de financiële positie van de student en de mededebiteur, maar maakt nergens inzichtelijk waarom deze informatie hiertoe redelijkerwijs relevant zou zijn. Daarnaast is onbegrijpelijk dat motivering hier ontbreekt omdat vragen over lopende verzekeringen en bestaande leningen duidelijk aan bod komen op het in dossiers 6 en 9 gebruikte inventarisatieformulier dat puntsgewijs met de cliënt is doorgesproken.”

[...]

“Er [is] dus evenmin inzichtelijk gemaakt waarom de informatie over bestaande leningen en lopende verzekeringen ingewonnen informatie in deze specifieke situatie onvoldoende is. Quarz is hierdoor geschaad in haar verdediging. Nu de AFM slechts een oordeel geeft zonder onderliggende argumentatie is het voor Quarz onmogelijk om het juridisch debat aan te gaan.”

199. Wat betreft informatie over de bestaande leningen en/of overige verplichtingen van de mededebiteuren, verwijst de AFM naar randnummer 78 van dit besluit, waarin de AFM tot de conclusie komt dat Quarz wel voldoende informatie over dit onderwerp heeft ingewonnen.
200. De AFM moet wel constateren dat Quarz ook in bezwaar niet heeft aangetoond dat zij voldoende informatie heeft ingewonnen over bestaande leningen, verplichtingen en/of lopende verzekeringen van de studenten in de dossiers 6 en 9. Deze informatie is uiteraard relevante informatie bij het beoordelen van de financiële positie van de student nu en in de voorzienbare toekomst. Informatie over het inkomen van de klant zegt namelijk niet alles over de financiële positie van de klant. Het bestaan van overige bestaande leningen, verplichtingen en/of lopende verzekeringen kan aanzienlijke gevolgen hebben voor het financiële plaatje van de klant. Om die reden kwalificeert dergelijke informatie naar het oordeel van de AFM als relevante informatie als bedoeld in artikel 4:23, eerste lid, onderdeel a, Wft. Nu Quarz heeft nagelaten deze informatie in te winnen, heeft zij haar advies ook niet mede op deze informatie kunnen baseren. Hiermee heeft Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft overtreden.
201. Paragraaf 2.3.2 / Pagina 8 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt in algemene zin dat bij advisering over één specifiek product informatie over de doelstelling van de individuele cliënt moet worden ingewonnen. Quarz heeft in haar zienswijze betoogd waarom er nu juist bij dit product maar één doelstelling mogelijk is, waardoor het inwinnen van informatie over doelstelling niet zonder meer redelijkerwijs relevant is. Daarnaast is niet gemotiveerd waarom ingewonnen informatie over de doelstelling ontoereikend zou zijn.”

Quarz verwijst in dit verband naar vraag 5 uit het inventarisatieformulier dat met de desbetreffende klant is doorgenomen, waaruit zou blijken welke doelstelling die klant heeft met zijn beleggingen bij het afsluiten van de kapitaalverzekering. Quarz stelt voorts het volgende:

“Er is dus evenmin inzichtelijk gemaakt waarom informatie die is ingewonnen over de doelstellingen van de cliënt in dit specifieke geval onvoldoende is. Quarz is hierdoor geschaad in haar verdediging. Nu de AFM slechts een oordeel geeft zonder onderliggende argumentatie is het voor Quarz onmogelijk om het juridisch debat aan te gaan.”

202. De AFM verwijst op dit punt naar haar motivering zoals opgenomen op de pagina's 7 en 8 van het Boetebesluit en de randnummers 83 tot en met 86 van dit besluit. De AFM komt op basis van deze motivering tot de conclusie dat zij in het Boetebesluit terecht heeft geoordeeld dat Quarz geen informatie heeft ingewonnen over de doelstelling(en) van de studenten in de dossiers 6 en 9 en dat Quarz haar advies in deze dossiers ook niet mede heeft kunnen baseren op de informatie die zij wel had moeten inwinnen. Deze stelling van Quarz treft daarom naar het oordeel van de AFM geen doel.

203. Paragraaf 2.4 / Pagina 10 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat overtreding van artikel 4:23 lid 1 sub a Wft per definitie overtreding van artikel 4:23 lid 1 sub b Wft met zich meebrengt. Zoals vanaf alinea 67 toegelicht is Quarz het hier niet mee eens. Zij wordt echter geschaad in haar verdediging tegen dit juridische oordeel doordat AFM niet inzichtelijk maakt om welke reden overtreding van sub a in casu per definitie overtreding van sub b met zich mee zou brengen. Daarnaast wordt niet inzichtelijk gemaakt op welke punten de twee adviezen inhoudelijk gebrekkig zouden zijn. Dit terwijl deze „gebrekigheid" nu wel ten grondslag ligt aan het Besluit. Dit is des te meer schadelijk nu een (ongefundeerd) oordeel over al dan niet passendheid van advies beladen is met mogelijke gevolgen voor civiele aansprakelijkheid. Ook op dit punt is het Besluit derhalve onvoldoende gemotiveerd en wordt Quarz geschaad in haar verdediging.”

204. De AFM bestrijdt de stelling dat zij in strijd zou hebben gehandeld met het motiveringsbeginsel en verwijst in dit verband naar haar oordeel op pagina 10 van het Boetebesluit en haar motivering in de randnummers 148 tot en met 168 van dit besluit. De AFM komt op basis van deze motivering tot de conclusie dat zij in het Boetebesluit terecht heeft geoordeeld dat Quarz ook artikel 4:23, eerste lid, onderdeel b, Wft heeft overtreden. Ook deze stelling van Quarz treft daarom naar het oordeel van de AFM geen doel.

205. Paragraaf 3.1 / Pagina 10 van het Boetebesluit:

“De AFM oordeelt dat er een boete wordt opgelegd voor overtreding van artikelen 4:23 lid 1 sub a Wft en 4:23 lid 1 sub b Wft. Er is niet inzichtelijk gemaakt in hoeverre de gestelde overtreding van deze artikelen hebben bijgedragen aan de oplegging van de boete en in hoeverre beide gestelde overtredingen de boete zelfstandig kunnen dragen. Quarz wordt hierdoor geschaad in haar verdediging. Immers, het is nu volstrekt onduidelijk welke invloed het slagen van haar stellingen heeft op het Besluit en de boete.”

206. Onder verwijzing naar haar motivering in het Boetebesluit bestrijdt de AFM de stelling dat niet inzichtelijk zou zijn gemaakt in hoeverre de overtredingen van artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft het Boetebesluit kunnen dragen. De AFM stelt zich op het standpunt dat in het Boetebesluit duidelijk is opgenomen welke overtredingen aan de boeteoplegging ten grondslag zijn gelegd. Deze stelling van Quarz treft daarom naar het oordeel van de AFM geen doel.

207. Quarz komt in bezwaar tot de tussenconclusie dat zij zich vanwege de hierboven genoemde bezwaargronden op het standpunt stelt dat het Boetebesluit geen stand kan houden, althans dat er in redelijkheid geen boete kan worden opgelegd, althans dat (de hoogte van) de boete in wanverhouding staat tot de ernst van de overtreding en/of de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van Quarz.
208. De AFM komt onder verwijzing naar de bovenstaande motivering tot de conclusie dat zij in het Boetebesluit terecht heeft geoordeeld dat Quarz artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, Wft heeft overtreden. De AFM is verder van oordeel dat de hoogte van de boete (van € 6.000) zeker niet in wanverhouding staat tot de ernst van de overtreding en/of de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van Quarz.

Bezwaren Quarz ten aanzien van publicatie

209. Quarz is van mening dat publicatie van het Boetebesluit achterwege zou moeten blijven en dat in elk geval de inhoud van de publicatie zoals deze thans in het Boetebesluit is opgenomen, gewijzigd zal moeten worden. Quarz stelt ten aanzien van publicatie van het Boetebesluit – voor zover hier relevant⁴⁴ – het volgende.
210. Indien het bezwaar ongegrond wordt verklaard en er is een voorlopige voorziening getroffen, zal publicatie opgeschort dienen te blijven totdat het Boetebesluit onherroepelijk is geworden.
211. Indien en voor zover (tweede) publicatie zal plaatsvinden, verzoekt Quarz aan de AFM om in ieder geval de volgende wijzigingen in deze publicatie aan te brengen. In de eerste plaats verzoekt Quarz de AFM om de volgende zin uit de te publiceren tekst te verwijderen: *“Om deze reden worden door de AFM alleen deze 2 dossiers aan de boete ten grondslag gelegd. Dit doet er echter niet aan af dat de AFM ook in de overige dossiers tekortkomingen in de naleving van artikel 4:23, eerste lid, Wft heeft geconstateerd.”*
212. Quarz is van mening dat het niet redelijk is om deze opmerking in de publicatietekst op te nemen terwijl het Boetebesluit hiervoor geen enkele grond biedt. Deze passage dient volgens Quarz ook in het Boetebesluit onleesbaar te worden gemaakt.
213. In de tweede plaats stelt Quarz dat in de publicatietekst steeds de volledige statutaire naam van Quarz gebruikt dient te worden. Dit om verwarring met en nadeel voor andere groepsvennootschappen met de (handels)naam Quarz te vermijden. Gebruik van de afkorting Quarz heeft tot gevolg dat de suggestie wordt gewekt dat het Boetebesluit betrekking heeft op deze andere vennootschappen, terwijl dat niet het geval is, aldus Quarz.

⁴⁴ De overige bezwaren van Quarz ten aanzien van publicatie van het Boetebesluit worden hier niet genoemd gezien de uitspraak van de Voorzieningenrechter waarbij publicatie van het Boetebesluit is geschorst.

Beoordeling AFM:

214. Van openbaarmaking van het Boetebesluit (en de beslissing op bezwaar) nadat het Boetebesluit onherroepelijk is geworden, kan de AFM slechts afzien als die publicatie in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Van dat laatste is naar het oordeel van de AFM geen sprake. Van openbaarmaking na het onherroepelijk worden van het Boetebesluit kan daarom niet worden afgezien. Het individuele belang van Quarz kan in dit verband niet tot een andere uitkomst leiden. Dit argument heeft geen betrekking op de vraag of de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft.
215. De AFM zal na het definitief worden van het Boetebesluit aan haar verplichting tot publicatie op grond van artikel 1:98 Wft uitvoering geven door de volledige tekst van het Boetebesluit en de beslissing op bezwaar (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te publiceren, onder begeleiding van een persbericht met de kern van de besluiten. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals). De AFM kan daarnaast de besluiten publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke dagbladen.

Schorsing Voorzieningenrechter

216. In de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 15 december 2011 heeft de Voorzieningenrechter het besluit van de AFM op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft tot publicatie van de opgelegde boete (de vroegtijdige publicatie) geschorst. Met verwijzing naar eerdere uitspraken van de rechtbank ziet de AFM in deze beslissing op bezwaar af van een besluit als bedoeld in artikel 1:97, eerste lid, Wft tot vroegtijdige publicatie na beroep.⁴⁵

Verzoek om wijziging publicatietekst

217. De AFM is van oordeel dat het concept van de te publiceren tekst zoals dat in het Boetebesluit is opgenomen geen wijziging behoeft. De opmerking in de publicatietekst over de overige dossiers waarin de AFM eveneens tekortkomingen heeft geconstateerd, dient ter informatie voor het publiek. Hiermee is beoogd het publiek te informeren over het gegeven dat de AFM in de overige dossiers tekortkomingen heeft geconstateerd. Indien deze informatie uit de publicatietekst wordt verwijderd, wordt het publiek niet volledig geïnformeerd. De AFM zou bovendien in dat geval iedere opmerking over „de overige dossiers“ ook uit het Boetebesluit zelf onleesbaar moeten maken, wat naar de mening van de AFM niet juist en bovendien niet wenselijk is. De AFM ziet kortom op dit punt geen aanleiding om het verzoek van Quarz toe te wijzen en de te publiceren tekst in bovenstaande zin te wijzigen.

⁴⁵ Dit betreft in ieder geval de volgende uitspraken: Rb. Rotterdam 2 september 2010, *LJN* BN5939, Rb. Rotterdam 3 maart 2011, *LJN* BP6971 en Vz. Rb. Rotterdam 28 januari 2010, *LJN* BL1972. Tegen het oordeel van de rechtbank in deze uitspraken dat het in Afdeling 1.5.2 van de Wft neergelegde stelsel van openbaarmaking en rechtsbescherming geen mogelijkheid biedt voor een vroegtijdige publicatie na beroep heeft de AFM hoger beroep aangekend bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

218. Wat betreft het verzoek van Quarz om in de publicatietekst steeds de volledige statutaire naam van Quarz te gebruiken, merkt de AFM het volgende op. In zowel het concept van de publicatietekst als het Boetebesluit is duidelijk vermeld dat de boete aan Quarz Vermogensstrategieën B.V. is opgelegd. In de publicatietekst wordt de statutaire naam van Quarz zelfs twee keer genoemd. De AFM stelt zich daarom op het standpunt dat verwarring met (en nadeel voor) andere maatschappijen van de groep waartoe Quarz behoort redelijkerwijs niet te verwachten is. Ook op dit punt ziet de AFM geen aanleiding om de concept-publicatietekst in bovenstaande zin te wijzigen.

219. De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht en/of de advertentie opgenomen:

‘AFM legt een boete op aan Quarz Vermogensstrategieën B.V. voor niet-passend advies bij hypothecair krediet’

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 16 september 2011 een bestuurlijke boete van € 6.000,- opgelegd aan Quarz Vermogensstrategieën B.V. (Quarz) voor het inwinnen van onvoldoende informatie bij het adviseren over hypothecair krediet.

De Wet op het financieel toezicht (Wft) verplicht financiële ondernemingen om consumenten passende adviezen te geven. Ze moeten daarom informatie over de consument inwinnen en hiermee rekening houden bij het advies. Op die manier handelen ze in het belang van de klant.

De AFM onderzocht in totaal 9 cliëntdossiers uit de periode mei tot oktober 2009. Op 1 augustus 2009 is de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (nieuwe boetewet) in werking getreden. De overgangsbepaling bij deze wet bepaalt dat op overtredingen die zijn aangevangen voor de inwerkingtreding van de nieuwe boetewet het recht van toepassing is zoals dat gold voor dat tijdstip. De boetehoogte voor de overtreding door Quarz was onder het oude recht gefixeerd op € 6.000.

In 2 van de 9 cliëntdossiers heeft Quarz vóór 1 augustus 2009 aan de cliënten geadviseerd. Om deze reden worden door de AFM alleen deze 2 dossiers aan de boete ten grondslag gelegd. Dit doet er echter niet aan af dat de AFM ook in de overige dossiers tekortkomingen in de naleving van artikel 4:23, eerste lid, Wft heeft geconstateerd.

De AFM heeft geconstateerd dat Quarz geen of onvoldoende informatie ingewonnen over de financiële positie, doelstellingen, kennis en ervaring en/of de risicobereidheid van cliënten. Quarz heeft daardoor haar advies niet mede op deze informatie kunnen baseren. Naar het oordeel van de AFM heeft Quarz hiermee in strijd gehandeld met artikel 4:23, eerste lid, onder a en b, van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Nu geen bezwaar of beroep meer mogelijk is tegen het besluit, is de boete definitief geworden. Het volledige boetebesluit en de beslissing op bezwaar zijn hiernaast in PDF formaat te downloaden

Bij vragen of klachten kunt u contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0900-5400 540 (0,05 euro per minuut).

Datum

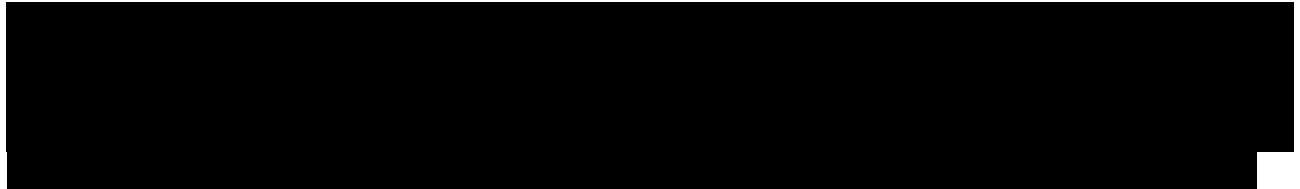
Ons kenmerk

Pagina

45 van 52

De AFM bevordert eerlijke en transparante financiële markten. Wij zijn de onafhankelijke gedragstoezichthouder op de markten van sparen, lenen, beleggen en verzekeren. De AFM bevordert zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten en ziet toe op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten. Ons streven is het vertrouwen van consumenten en bedrijven in de financiële markten te versterken, ook internationaal. Op deze manier draagt de AFM bij aan de welvaart en de economische reputatie van Nederland."

Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.



Datum

Ons kenmerk

Pagina

46 van 52

IV. Besluit

220. De AFM heeft besloten de bezwaren van Quarz ongegrond te verklaren en het Boetebesluit in stand te laten. De motivering van het Boetebesluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

V. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[Was getekend]

Plaatsvervangend Hoofd
Juridische Zaken

[Was getekend]

Directeur

Bijlagen:

1. Wettelijk kader
2. Verslag hoorzitting



Bijlage 1: Wettelijk kader***Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht (VT Awb)***

Op 1 juli 2009 is de Algemene wet bestuursrecht gewijzigd met de invoering van de VT Awb.

In de VT Awb is de volgende overgangsbepaling opgenomen:

“Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing.”

Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (Wwbfw)

Op 1 augustus 2009 is de Wwbfw in werking getreden. Daarin is de volgende overgangsbepaling (artikel XII) opgenomen:

“Ter zake van overtredingen die hebben plaatsgevonden of zijn aangevangen voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht van toepassing zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing.”

Wet op het financieel toezicht (Wft)

In artikel 1:80 Wft is bepaald:

1. *De toezichthouder kan een bestuurlijke boete opleggen terzake van overtreding van voorschriften, gesteld ingevolge de in de bijlage bij dit artikel genoemde artikelen en de prospectusverordening alsmede terzake van overtreding van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.*
2. *De bestuurlijke boete komt toe aan de toezichthouder die de boete heeft opgelegd.*
3. *Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid, bedoeld in het eerste lid.*

In de Bijlage bij artikel 1:80 Wft is bepaald:

Overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel (...)

Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen

(...)

4:23, eerste t/m derde lid

Tariefnummer

3

In artikel 1:81 Wft is bepaald:

1. *Het bedrag van de bestuurlijke boete wordt bepaald bij algemene maatregel van bestuur, met dien verstande dat de boete voor een afzonderlijke overtreding ten hoogste € 900.000 bedraagt.*
2. *De algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het eerste lid, bepaalt bij elke daarin omschreven overtreding het bedrag van de deswege op te leggen bestuurlijke boete.*
3. *De toezichthouder kan het bedrag van de bestuurlijke boete lager stellen dan in de algemene maatregel van bestuur is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval onevenredig hoog is.*

In artikel 1:85 Wft is bepaald:

- 1. De bestuurlijke boete wordt betaald binnen zes weken na de inwerkingtreding van de beschikking waarbij zij is opgelegd.*
- 2. Indien tegen het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete bezwaar of beroep wordt aangetekend, schorst dit de verplichting tot betaling van de boete totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.*
- 3. Indien de bestuurlijke boete niet is betaald binnen de in het eerste lid bedoelde termijn, wordt zij vermeerderd met de wettelijke rente. De wettelijke rente wordt berekend vanaf de dag na het verstrijken van de in het eerste lid bedoelde termijn.*
- 4. Indien de bestuurlijke boete niet tijdig is betaald, stuurt de toezichthouder schriftelijk een aanmaning om binnen twee weken de boete, verhoogd met de kosten van de aanmaning, alsnog te betalen. De aanmaning bevat de aanzegging dat de boete, voorzover deze niet binnen de gestelde termijn wordt betaald, overeenkomstig het vijfde lid zal worden ingevorderd.*
- 5. Bij gebreke van tijdige betaling kan de toezichthouder de bestuurlijke boete, verhoogd met de kosten van de aanmaning en van de invordering, bij dwangbevel invorderen.*
- 6. Het dwangbevel wordt op kosten van de overtreder bij deurwaardersexploit betekend en levert een executoriale titel op in de zin van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.*
- 7. Gedurende zes weken na de dag van betekening staat verzet tegen het dwangbevel open door dagvaarding van de toezichthouder die de bestuurlijke boete heeft opgelegd.*
- 8. Het verzet schorst de tenuitvoerlegging niet, tenzij de voorzieningenrechter van de rechtbank in kort geding desgevraagd anders beslist.*
- 9. Het verzet kan niet worden gegrond op de stelling dat de bestuurlijke boete ten onrechte of op een te hoog bedrag is vastgesteld.*

In artikel 1:97 Wft is bepaald:

- 1. De toezichthouder maakt een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet na bekendmaking openbaar, indien de bestuurlijke boete is opgelegd terzake overtreding van:
[...]
c. artikel [...], 4:23, [...].*
- 2. De openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete geschiedt niet eerder dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon bekend is gemaakt.*
- 3. Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.*
- 4. Indien de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet blijft deze achterwege.*

In artikel 1:98 Wft is bepaald:

Onverminderd artikel 1:97 maakt de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingevolge deze wet openbaar, nadat het rechtens onaantastbaar is geworden, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet.

In artikel 4:23, eerste lid, Wft is bepaald:

Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:

- a. wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen;*
- b. draagt zij er zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individueel vermogen, voorzover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie; en*
- c. licht zij, indien het advisering betreft met betrekking tot financiële producten die geen financiële instrumenten zijn, de overwegingen toe die ten grondslag liggen aan haar advies voorzover dit nodig is voor een goed begrip van haar advies.*

Besluit boetes Wft

In artikel 2 van het Besluit boete Wft is – voor zover relevant – bepaald:

Voor de tariefnummers, behorend bij de in artikel 3, 4 en 5 genoemde overtredingen, zijn de boetebedragen als volgt vastgesteld:

<i>Tariefnummer</i>	<i>Boete</i>
<i>[...]</i>	
<i>3</i>	<i>€ 6.000</i>
<i>[...]</i>	

In artikel 3 van het Besluit boete Wft is – voor zover relevant – bepaald:

Overtreding van een voorschrift, gesteld in een hierna genoemd artikel van de Wet op het financieel toezicht of in een hierna genoemd artikel van een op die wet gebaseerde algemene maatregel van bestuur, is als volgt beboetbaar:

<i>Wet op het financieel toezicht</i>	<i>Tariefnummer</i>
<i>[...]</i>	<i>[...]</i>
<i>4:23, eerste en tweede lid</i>	<i>3</i>

In artikel 6 van het Besluit boete Wft is – voor zover relevant – bepaald:

1. Indien een boete wordt opgelegd aan een persoon die behoort tot een van de hierna genoemde categorieën, is de hoogte van de boete mede afhankelijk van diens draagkracht:

- a. financiële ondernemingen;*
- [...]*

2. *De draagkracht komt in de hoogte van de boete tot uiting door het boetebedrag, zoals bepaald op grond van artikel 3, 4 en 5, te vermenigvuldigen met de op grond van artikel 7 toepasselijke draagkrachtfactor.*
3. *Indien de toezichthouder niet beschikt over de voor de bepaling van de draagkracht noodzakelijke gegevens, verzoekt hij degene aan wie de boete zal worden opgelegd deze gegevens binnen een door hem te stellen redelijke termijn te verstrekken.*
4. *Indien de betrokkene de in het derde lid bedoelde gegevens niet binnen de in dat lid bedoelde termijn verstrekt, is bij de vaststelling van de hoogte van de boete de draagkrachtfactor vijf van toepassing.*
5. *Indien een boete wordt opgelegd aan een persoon die behoort tot meerdere van de in het eerste artikel genoemde categorie dan is de categorie van toepassing die leidt tot de hoogste draagkrachtfactor.*

In artikel 7 van het Besluit boete Wft is – voor zover relevant – bepaald:

De in artikel 6, tweede lid, bedoelde draagkrachtfactoren zijn:

a. draagkrachtfactor één:

[...]

5°. financiële dienstverleners, niet zijnde financiële ondernemingen als bedoeld onder 1° tot en met 4°, waarvan het aantal werknemers, gemeten naar voltijdsequivalent, dat zich rechtstreeks bezighoudt met financiële dienstverlening minder dan 15 bedraagt; [...]

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

In artikel 7:2 Awb is bepaald:

1. *Voordat een bestuursorgaan op het bezwaar beslist, stelt het belanghebbenden in de gelegenheid te worden gehoord.*
2. *Het bestuursorgaan stelt daarvan in ieder geval de indiener van het bezwaarschrift op de hoogte alsmede belanghebbende die bij de voorbereiding van het besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht.*

In artikel 7:3 aanhef en onderdeel c, Awb is bepaald:

Van het horen van belanghebbenden kan worden aangezien indien:

[...]

c. de belanghebbenden hebben verklaard geen gebruik te willen maken van het recht te worden gehoord, of [...]

In artikel 7:10, Awb is bepaald:

1. *Het bestuursorgaan beslist binnen zes weken of- indien een commissie als bedoeld in artikel 7:13 is ingesteld - binnen twaalf weken, gerekend vanaf de dag na die waarop de termijn voor het indienen van het bezwaarschrift is verstreken.*
2. *De termijn wordt opgeschort gerekend vanaf de dag na die waarop de indiener is verzocht een verzuim als bedoeld in artikel 6:6 te herstellen, tot de dag waarop het verzuim is hersteld of de daarvoor gestelde termijn ongebruikt is verstreken.*
3. *Het bestuursorgaan kan de beslissing voor ten hoogste zes weken verdagen.*
4. *Verder uitstel is mogelijk voor zover:*
 - a. *alle belanghebbenden daarmee instemmen,*

Datum

Ons kenmerk

Pagina

51 van 52

b. de indiener van het bezwaarschrift daarmee instemt en andere belanghebbenden daardoor niet in hun belangen kunnen worden geschaad, of

c. dit nodig is in verband met de naleving van wettelijke procedurevoorschriften.

5. Indien toepassing is gegeven aan het tweede, derde of vierde lid, doet het bestuursorgaan hiervan schriftelijk mededeling aan belanghebbenden.

In artikel 7:11, Awb is bepaald:

1. Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats.

2. Voor zover de heroverweging daartoe aanleidinggeeft, herroept het bestuursorgaan het bestreden besluit en neemt het voorzover nodig in de plaats daarvan een nieuw besluit.

Artikel 8:1, eerste lid, Awb

1. Een belanghebbende kan tegen een besluit beroep instellen bij de rechtbank.

Datum

Ons kenmerk

Pagina

52 van 52

Bijlage 2: Verslag Hoorzitting

Verslag hoorzitting Quarz Vermogensstrategieën B.V. (Quraz) op 14 december 2011 ten kantore van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) inzake het bezwaarschrift d.d. 22 september 2011 tegen de beschikking van de AFM d.d. 16 september 2011 tot oplegging van een bestuurlijke boete met kenmerk

[Geschoond]