

Openbare versie
Fellinger Corporate Law
J.H. Fellinger
Keizersgracht 62
1015 CS AMSTERDAM

Datum
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina
Betreft Beslissing op bezwaar; Beautiful Day
B.V.

Geachte heer Fellinger,

Bij besluit van 3 september 2014 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Beautiful Day B.V. (Beautiful Day) wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft een bestuurlijke boete van € 300.000, - opgelegd (het Boetebesluit). Deze boete is opgelegd, omdat Beautiful Day in de periode van 19 mei 2012 tot en met 16 augustus 2013 zonder vergunning van de AFM krediet aan consumenten heeft aangeboden. Tegen het Boetebesluit heeft Beautiful Day bezwaar gemaakt.

De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten onder aanvulling van de motivering. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

De AFM probeert binnen de wettelijke termijn te beslissen op bezwaren. Dit is helaas niet gelukt bij onderhavig bezwaarschrift. De AFM excuseert zich voor deze vertraagde afhandeling.

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure van onderhavig bezwaar. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de bezwaargronden. In paragraaf V licht de AFM kort de publicatieprocedure toe en in paragraaf VI staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing. Tevens is het verslag van de hoorzitting opgenomen in bijlage 1 en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar.

I. Procedure

1. Bij besluit van 3 september 2014 met kenmerk [REDACTED] heeft de AFM aan Beautiful Day een boete opgelegd als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Het Boetebesluit houdt in dat Beautiful Day een boete van € 300.000, - is opgelegd wegens het zonder vergunning van de AFM aanbieden van krediet aan consumenten. Dit is een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft. De AFM heeft met het Boetebesluit tevens het voornemen verstuurd om het Boetebesluit op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft te publiceren.

2. Bij brief van 25 september 2014 heeft Beautiful Day pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit.
3. Bij brief van 26 september 2014 heeft de AFM Beautiful Day een ontvangstbevestiging gestuurd (kenmerk [REDACTED]) en Beautiful Day in de gelegenheid gesteld om binnen zes weken de gebreken van het bezwaarschrift te herstellen.
4. Bij brief van 26 september 2014 heeft Beautiful Day haar zienswijze ingediend met betrekking tot publicatie van het Boetebesluit.
5. Op 6 november 2014 heeft Beautiful Day per fax en tevens per post haar bezwaargronden aangevuld.
6. Op 7 november 2014 heeft de AFM aan Beautiful Day het publicatiebesluit met kenmerk [REDACTED] toegezonden.
7. Bij e-mail van 11 november 2014 heeft de AFM de ontvangst bevestigd van het door Beautiful Day ingediende aanvullende bezwaarschrift. De AFM heeft Beautiful Day tevens verzocht aan te geven of zij gebruik wenst te maken van haar recht om gehoord te worden als bedoeld in artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).
8. Bij e-mails van 13 en 17 november 2014 heeft Beautiful Day aangegeven gebruik te willen maken van haar recht om gehoord te worden.
9. Op 20 november 2014 heeft de AFM overeenkomstig artikel 1:97, eerste lid Wft, het Boetebesluit gepubliceerd op haar website.¹
10. Bij brief en tevens per e-mail van 20 november 2014 heeft de AFM Beautiful Day een uitnodiging gestuurd (kenmerk [REDACTED]) voor een hoorzitting op 2 december 2014 ten kantore van de AFM.
11. Op 2 december 2014 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat als bijlage 2 is bijgevoegd bij dit besluit.
12. Bij brief van 16 december 2014 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM de beslistermijn met zes weken verdaagd op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb.

II. Feiten en omstandigheden

13. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [REDACTED] (het Onderzoeksrapport), die met het boetevoornemen met kenmerk [REDACTED] (het Boetevoornemen) op 25 april 2014 aan Beautiful Day is verzonden. De feiten die zijn genoemd in het

¹ <http://www.afm.nl/nl/nieuws/2014/nov/boete-beautiful-day.aspx>

Onderzoeksrapport en Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Beautiful Day

14. Enig aandeelhouder van Beautiful Day in de periode 7 juni 2012 tot 16 mei 2013 was [A], sinds 16 mei handelend onder de naam [B]. Sinds 16 mei 2013 is Global Credit and Debt Management Services Limited (GCDMS) enig aandeelhouder van Beautiful Day. GCDMS is vanaf dat moment tevens enig aandeelhouder van [B]. Bestuurder van Beautiful Day in de periode van 7 juni 2012 tot 16 mei 2013 was de heer [C]. Sinds 16 mei 2013 is de heer [D] bestuurder van Beautiful Day en [B].
15. In haar onderzoek heeft de AFM informatie op de websites www.betaaldag.nl en www.easycredit.nl (de Websites) beoordeeld. Op de Websites (raadpleegdatum 5 augustus 2013) is onder meer het volgende vermeld:
- *“Een garantstelling is een schriftelijke verklaring van een derde aan de kredietgever dat indien de kredietnemer niet aan zijn verplichtingen kan voldoen hij de verplichtingen zal nakomen. Raakt de kredietnemer in verzuim dan staat de derde garant voor het nakomen van de verplichtingen. Bij Betaaldag.nl² kunt u kiezen uit twee manieren van garantstelling: een persoonlijke of een van Global Credit Debt Management Services Ltd., betrouwbare partners van Betaaldag.nl, waar uw garantstelling voor het geselecteerde bedrag kan worden verkregen. ’*
 - ***‘Hoe werkt de persoonlijke garantstelling?’***
 - Stap 1 Dien uw aanvraag in en kies de optie **persoonlijke garantstelling***
 - Stap 2 Vul de gegevens in van de persoon die garant gaat staan voor het door u gewenste bedrag.*
 - Stap 3 Upload of stuur via e-mail of fax de benodigde documenten naar ons toe.*
 - Stap 4 We zullen zorgvuldig onderzoeken of de garant kredietwaardig is om voor u te kunnen instaan.*
 - Stap 5 Wij verwerken vervolgens uw aanvraag. ’*
 - ***‘Welke documenten moet ik versturen voor de persoonlijke garantstelling?’***
 - 1. Kopie van uw salarisstrook*
 - 2. Kopie van uw Nederlands identiteitsbewijs*
 - 3. Kopie van het Nederlands identiteitsbewijs van uw garantsteller*
 - 4. Kopie van een bankafschrift van uw garantsteller*
 - 5. Ondertekent [sic] garantverklaring. Op grond van artikel 1:88 BW [Burgerlijk Wetboek] dient ook de eventuele echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner de garantsteller ter goedkeuring te ondertekenen. ’*
 - ***‘Welke documenten moet ik versturen voor de garantstelling via Global Credit and Debt Management Services Ltd.?’***
 - Er hoeven geen extra documenten opgestuurd te worden voor garantstelling via GCDMS Ltd. ’*
 - *‘U moet ook het krediet op tijd kunnen aflossen. Maak daarom geen gebruik van Betaaldag.nl als u er ook maar enigszins aan twijfelt of u wel op tijd kunt terugbetalen. Er mogen, tot slot, geen problemen opduiken bij de kredietwaardigheidscontrole die we uitvoeren als onderdeel van onze*

² Waar in de aangehaalde passages in deze paragraaf ‘Betaaldag.nl’ is vermeld, is op de website www.easycredit.nl telkens ‘Easycredit.nl’ vermeld.

geavanceerde, supersnelle besluitprocedure, want we zijn uitsluitend geïnteresseerd om aan mensen te lenen van wie we denken dat ze een krediet zonder problemen kunnen terugbetalen.'

- *'Bij Betaaldag.nl kunt u zonder kosten een krediet aanvragen met een persoonlijke garantstelling of u kunt ervoor kiezen om gebruik te maken van Global Credit and Debt Management Services Ltd. als garantsteller. Hiervoor worden kosten in rekening gebracht. Kijk voor de kosten en voorwaarden op www.gcdms.com. Betaaldag.nl heeft in het geheel geen invloed op deze kosten.'*³

16. Op de website van GCDMS (www.gcdms.com/examples.html⁴) staat onder meer het volgende vermeld:

“Voorbeelden van premie berekeningen:

Voorbeelden 1:

De kosten van een garantstelling voor een nieuwe klant van Global Credit and Debt Management Services Ltd. voor een periode van 25 dagen, bij een kredietbedrag van € 250,00, bedragen € 62,50. Voor klanten met een platina status bedraagt de premie € 55,00.

Voorbeelden 2:

De kosten van een garantstelling van Global Credit and Debt Management Services Ltd. voor een krediet van € 400,- voor een periode van 25 dagen bedraagt voor klanten met een platina status € 88,00.”

Omschrijving werkwijze Beautiful Day

17. Zoals blijkt uit het Onderzoeksrapport heeft Beautiful Day van 19 mei 2012 tot 16 augustus 2013 via de Websites kortlopende kredieten tot € 1000,- aangeboden op de hierna beschreven wijze. Op de Websites wordt vermeld dat voor de kredietverstrekking geen rente of aanvullende kosten in rekening gebracht worden. Voorwaarde voor verstrekking van het krediet is het verplicht stellen van een garantstelling.
18. De Websites bieden de consument twee opties om aan deze voorwaarde te voldoen. De eerste mogelijkheid is een garantstelling van een door de consument aan te wijzen derde. Voor deze optie dienen bepaalde documenten door de garantsteller en de consument te worden ingevuld en vervolgens geüpload, per e-mail of per fax naar de Websites te worden verzonden. Indien een consument kiest voor de persoonlijke garantstelling moeten de volgende documenten worden overlegd: (i) een kopie van zijn/haar salarisstroom, (ii) een kopie van zijn/haar Nederlands identiteitsbewijs, (iii) een kopie van het Nederlands identiteitsbewijs van zijn/haar garantsteller, (iv) een kopie van een bankafschrift van zijn/haar garantsteller, (v) een door zijn/haar garantsteller ondertekende garantverklaring, mede ondertekend door een eventuele echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner van de garantsteller, ter goedkeuring. Beautiful Day onderzoekt vervolgens of de kredietwaardigheid van de garant voldoende is om te kunnen instaan voor de kredietnemer. Indien de garantstelling positief wordt beoordeeld wordt de aanvraag vervolgens verwerkt.

³ De laatste twee zinnen ontbreken op de website www.easycredit.nl

⁴ Raadpleegdatum 5 augustus 2013

19. De tweede mogelijkheid is een garantstelling door GCDMS, een betrouwbare partner van Beautiful Day.⁵ De Websites vermelden bij deze optie dat de garantstelling van GCDMS kosten met zich meebrengt. Onder deze vermelding staat een link naar een pagina van de site van GCDMS, waar voorbeelden van de kosten voor de garantstelling staan weergegeven.⁶ Afhankelijk van de looptijd en de hoogte van het krediet verschillen de kosten van de garantstelling door GCDMS. Over de garantstelling van GCDMS wordt slechts vermeld dat er *'geen extra documenten opgestuurd [hoeven] te worden'*. Op de Websites wordt doorverwezen naar de website van GCDMS, waar de consument een garantstelling kan regelen.

20. Met betrekking tot de kosten vermelden de Websites op de FAQ-pagina het volgende:

*"Bij Betaaldag.nl⁷ kunt u zonder kosten een krediet aanvragen met een persoonlijke garantstelling of u kunt ervoor kiezen om gebruik te maken van **Global Credit and Debt Management Services Ltd** als garantsteller. Hiervoor worden kosten in rekening gebracht[...]"*.

De kosten die de consument maakt voor de garantstelling van GCDMS worden gelijk met het afbetalen van het krediet door Beautiful Day geïnd. Beautiful Day handelt vervolgens de betaling van de garantstelling af met GCDMS. Dit laatste gebeurt op reguliere basis, op grond van een mondelinge afspraak tussen GCDMS en Beautiful Day.

21. GCDMS betaalde in de periode tussen 19 mei 2012 en 1 oktober 2012 geen vergoeding voor de dienstverlening van Beautiful Day op grond van de hiervoor bij randnummer 19 genoemde mondelinge afspraak. Vanaf 1 oktober 2012 ontving Beautiful Day voor de diensten die zij verleende aan GCDMS een vaste vergoeding van €32.000 op grond van de mondelinge afspraak.

22. De werkwijze van Beautiful Day is gedurende de gehele periode vanaf 19 mei 2012 tot 16 augustus 2013 ongewijzigd voortgezet. Op 8 augustus 2013 heeft de AFM een last onder dwangsom opgelegd aan Beautiful Day (met kenmerk [REDACTED]), inhoudende het staken van het aanbieden van krediet en dit gestaakt te houden totdat aan de toepasselijke wetgeving voldaan werd. Naar aanleiding van deze last onder dwangsom zijn de Websites aangepast op 15 augustus 2013.

III. Bezwaargronden

23. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:

- A. Beautiful Day heeft niet in strijd met artikel 2:60 Wft krediet aangeboden; (i) de AFM hanteert een verkeerde uitleg van onbetekenende kosten in de zin van 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft, (ii) er is geen sprake van twee producten en (iii) de garantstelling van GCDMS maakte geen onderdeel uit van het verdienmodel van Beautiful Day.

⁵ Brief van de advocaat van Beautiful Day aan de AFM inzake reactie op het informatieverzoek van 23 augustus 2012, ref nr. [REDACTED], p. 4.

⁶ <http://www.gcdms.com/examples.html>

⁷ Op www.easycredit.nl staat vermeld: 'Bij EasyCredit.nl [...]'

- B. Het Boetebesluit is onvoldoende gemotiveerd en in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- C. De boete is te hoog; (i) de overtreding is onvoldoende ernstig om tot een verhoging te komen, (ii) er is geen sprake van verwijtbaarheid en (iii) de boete zou gematigd moeten worden wegens beperkte draagkracht.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m C

Deze paragraaf bevat de beoordeling van de bezwaargronden door de AFM. Voordat de AFM ingaat op de bezwaargronden van Beautiful Day, zal zij eerst het wettelijk kader weergeven. Vervolgens zal de AFM per bezwaargrond eerst de bezwaargrond kort samenvatten waarna de AFM haar beoordeling zal geven.

Wettelijk kader

- 24. Ingevolge artikel 2:60, eerste lid, Wft is het verboden om, zonder een door de AFM verleende vergunning daartoe, in Nederland krediet aan te bieden. Krediet is in artikel 1:1 Wft gedefinieerd als “*het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, ter zake waarvan de consument gehouden is een of meer betalingen te verrichten*”. In artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft is bepaald dat de Wft niet van toepassing is op een krediet dat (i) binnen drie maanden dient te worden afgelost en (ii) ter zake waarvan slechts onbetekenende kosten bij de consument in rekening worden gebracht.⁸ Artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft is een implementatie van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder f, van de Richtlijn 2008/48/EG (Richtlijn Consumentenkrediet).⁹
- 25. De Richtlijn Consumentenkrediet definieert in artikel 3, aanhef en onder g, het begrip “*totale kosten van het krediet voor de consument*” als volgt:¹⁰

“alle kosten, met inbegrip van rente, commissielonen, belastingen en vergoedingen van welke aard ook, die de consument in verband met de kredietovereenkomst moet betalen en die de kredietgever bekend zijn, met uitzondering van notariskosten; dit omvat ook de kosten in verband met nevendiensten met betrekking tot de kredietovereenkomst, met name verzekeringspremies, indien, daarenboven, het sluiten van een dienstencontract verplicht is om het krediet, in voorkomend geval op de geadverteerde voorwaarden, te verkrijgen”

In Bijlage II van de Richtlijn Consumentenkrediet, onderdeel 3, wordt onder “*kosten van het krediet*” mede verstaan “*Met het krediet verband houdende kosten*”.

- 26. In de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet (Memorie van toelichting) is het volgende overwogen:¹¹

⁸ Artikel 1:20 Wft is op 1 juli 2012 gewijzigd (*Stb.* 2011, 610). Vóór deze periode was het bepaalde onder e, opgenomen onder f. Gezien het feit dat het onderzoek heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2012, wordt in een aantal citaten artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder f, Wft aangehaald.

⁹ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad.

¹⁰ Zie ook overweging 20 van de Richtlijn Consumentenkrediet.

¹¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 32.

“Het criterium «tegen onbetekenende kosten» heeft tot gevolg dat regulier krediet met een looptijd tot drie maanden, waarvoor rente en kosten in rekening wordt gebracht, niet onder de uitzondering valt. Te denken valt aan zogenoemd «flitskrediet». Flitskrediet valt door de implementatie van de richtlijn ook onder de Wet op het financieel toezicht. Onder de bedoelde kosten wordt zowel rente als alle eventuele andere kosten onder welke noemer dan ook verstaan.” [onderstreping toegevoegd, AFM]

27. In de Nota van Toelichting bij het Besluit van 25 mei 2011 tot wijziging van onder meer het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, is het volgende vermeld inzake het begrip “*totale kosten van het krediet voor de consument*”:¹²

“De «naam» die aan de kosten wordt gegeven is daarbij niet relevant, het gaat erom of de kosten samenhangen met het krediet. Alle kosten die samenhangen met het krediet moeten worden meegenomen.”

28. Deze uitleg van het begrip “*totale kosten van het krediet voor de consument*” sluit aan bij de beantwoording op gestelde Kamervragen over flitskredietaanbieders door de minister van Financiën. De minister van Financiën heeft het volgende medegedeeld over de “*totale kosten van het krediet voor de consument*”:

“Hoe de kosten die samenhangen met het krediet worden genoemd is niet relevant. Of de kosten rente, behandelkosten of bijvoorbeeld voorrijkosten worden genoemd, doet niet ter zake voor het onder financieel toezicht vallen van het krediet. Zodra meer dan onbetekenende kosten (onder welke naam dan ook) worden gerekend, is na inwerkingtreding van de wet sprake van een krediet dat onder financieel toezicht valt.”¹³

“Het begrip kosten betreft in dit kader alle kosten onder welke naam dan ook, dus bijvoorbeeld rente, maar ook administratiekosten, behandelingskosten en dergelijke [...] Aanbieders die deels kredieten zonder kosten aanbieden en deels kredieten waarvoor ze bijvoorbeeld administratie- of behandelingskosten rekenen vallen pas onder de uitzondering voor kredieten met een looptijd korter dan drie maanden waarbij niet meer dan onbetekenende kosten worden gerekend als de kosten per krediet zowel absoluut als relatief onbetekend zijn. Bij bijvoorbeeld € 20 administratiekosten bij een krediet is geen sprake van onbetekenende kosten.”¹⁴

“Alleen voor kredieten met een looptijd korter dan drie maanden, waarbij niet meer dan onbetekenende kosten worden berekend, kent de Wft een uitzondering. In genoemd artikel in de Volkskrant¹⁵ worden verschillende flitskredietaanbieders aangehaald die hun flitskredieten zo hebben vormgegeven dat er naar hun mening geen sprake is van kosten of in ieder geval slechts van onbetekenende kosten. Ik deel die mening niet. Kosten voor het krediet zijn niet alleen rente en administratiekosten maar alle kosten die de klant maakt met welke naam dan ook, dus ook bijvoorbeeld kosten voor (versnelde) afhandeling, latere terugbetaling of verplichte borgstelling.”¹⁶
[onderstreping toegevoegd, AFM]

¹² Stb. 2011, 247, p. 23.

¹³ Kamerstukken II 2010/11, Aanhangsel van de Handelingen, 46.

¹⁴ Brief minister van Financiën van 1 november 2011 met kenmerk FM/2011/9876 U.

¹⁵ Volkskrant – 9 november 2011 – ‘Geen leenrente, maar intussen...’.

¹⁶ Brief minister van Financiën van 1 december 2011 met kenmerk FM/2011/10047 U.

29. In de Memorie van toelichting is aangegeven waarop moet worden gelet bij de uitleg van het begrip ‘onbetekenende kosten’. Daarbij is onder meer het volgende opgemerkt:¹⁷

“De kosten zijn in relatieve zin onbetekenend wanneer ze slechts een zeer klein percentage van het krediet bedragen. Bijvoorbeeld bij een krediet van € 2 000 is € 5 kosten in ieder geval onbetekenend. De kosten kunnen echter ook in absolute zin onbetekenend zijn. Volgens overweging 13 van de preambule van de richtlijn gaat het bij deze uitzondering ook om zogenaamde «deferred debitcards». (...) Bij onbetekenende kosten in absolute zin kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een kleine vergoeding voor het gebruik maken van een klantenkaart met betaal functie. Debitcards worden in de praktijk gezien als een creditcard, waaraan evenwel niet de mogelijkheid tot gespreid betalen is gekoppeld. Zodra een betaalkaart wel de mogelijkheid tot gespreid betalen biedt (langer dan drie maanden) is sprake van een kredietfaciliteit en daarmee van een echte creditcard. Dat is ook het geval indien weliswaar binnen drie maanden moet worden terugbetaald maar meer dan onbetekenende kosten in rekening worden gebracht. Dienstverlening met betrekking tot betaalkaarten valt onder de regels ter implementatie van de richtlijn betaaldiensten.”

30. Op pagina 15 van de Memorie van toelichting wordt uitleg gegeven over de wijzigingen van artikel 58, tweede lid, onderdeel d en e, van Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW). Daarbij wordt onder meer het volgende gesteld:¹⁸

“Bij kredietovereenkomsten waarbij krediet wordt verleend zonder dat hiervoor rente of andere kosten in rekening worden gebracht, moet vooral gedacht worden aan koop op rekening of op afbetaling (onderdeel d). En bij de uitsluiting betreffende kredietovereenkomsten waarbij het krediet binnen drie maanden moet worden terugbetaald en waarvoor slechts onbetekenende kosten in rekening worden gebracht (onderdeel e), dient bedacht te worden dat het criterium «tegen onbetekenende kosten» meebrengt dat «flitskredieten», waarbij geringe bedragen (bijvoorbeeld € 150 tot € 500) voor enkele weken worden geleend, hier niet onder vallen. Bij deze kredieten worden immers aanzienlijke kosten in rekening gebracht.”

31. De AFM vult het begrip ‘onbetekenende kosten’ op haar website op de volgende wijze in:¹⁹

*“Onbetekenende kosten in relatieve zin
De kosten zijn onbetekenend in relatieve zin, als zij maximaal 1% van de kredietsom op jaarbasis bedragen. Dit percentage moet worden berekend over de periode vanaf het aangaan van de kredietovereenkomst tot het moment dat het verstrekte krediet moet worden terugbetaald. Bij een krediet dat binnen drie maanden moet worden terugbetaald (de maximale looptijd van krediet dat onder deze uitzondering kan vallen), is dat dus 0,25%.*

*Onbetekenende kosten in absolute zin
De kosten zijn onbetekenend in absolute zin, indien deze maximaal € 50,- op jaarbasis bedragen. Teruggerekend naar drie maanden (de maximale looptijd van kortlopende kredieten), komt dit neer op een*

¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 32.

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 339, nr. 3, p. 32.

¹⁹ Zie <http://www.afm.nl/nl/professionals/diensten/veelgestelde-vragen/richtlijn-consumentenkrediet/onbetekenende-kosten.aspx>.

bedrag van maximaal €12,50. En voor kredieten met een looptijd van één maand, komt dit neer op een bedrag van maximaal €4,17.”

A. Geen sprake van strijd met artikel 2:60 Wft.

32. Beautiful Day voert onder bezwaargrond A – kort samengevat – aan dat Beautiful Day niet in strijd met artikel 2:60 Wft krediet heeft aangeboden; (i) de AFM hanteert een verkeerde uitleg van onbetekenende kosten in de zin van 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft, (ii) er is geen sprake van twee producten en (iii) de garantstelling van GCDMS maakte geen onderdeel uit van het verdienmodel van Beautiful Day.
- (i) *De AFM hanteert een verkeerde interpretatie van ‘onbetekenende kosten’.*
33. Beautiful Day voert in haar bezwaar aan dat de AFM geen juridisch onderbouwd oordeel heeft op grond waarvan Beautiful Day niet onder de uitzondering van artikel 1:20, eerste lid aanhef en onder e, Wft valt. Door de onjuiste uitleg van artikel 1:20, eerste lid aanhef en onder e, Wft heeft de AFM de kosten van de garantstelling bij GCDMS toegerekend aan de totale kosten van het krediet. De kosten van het krediet zijn naar mening van Beautiful Day alleen door de kredietaanbieder in rekening gebrachte kosten. De AFM heeft niet aannemelijk kunnen maken dat GCDMS en Beautiful Day gelieerde entiteiten zijn. De kosten die een consument maakt bij GCDMS zijn dan ook niet toe te rekenen aan de totale kosten van het krediet. De aangehaalde wetsgeschiedenis en uitspraken van ministers missen relevantie, daar het in de besproken gevallen gaat om door de aanbieder van krediet in rekening gebrachte kosten. In het Boetebesluit heeft de AFM slechts gesuggereerd dat Beautiful Day indirect rente of kosten in rekening brengt voor het krediet.
- (ii) *Twee producten*
34. De AFM stelt in het Boetebesluit ten onrechte dat er sprake was van twee verschillende producten. Beautiful Day stelt dat zij slechts één product heeft aangeboden waarbij de consument kon kiezen tussen een persoonlijke garantstelling of een garantstelling door GCDMS. Beautiful Day is geen partij bij de garantstellingsovereenkomst. Beautiful Day vereist slechts dat er een garantstelling moet zijn. De consument is vrij in zijn keuze voor hetzij een persoonlijke garantstelling, hetzij een garantstelling door GCDMS. De AFM heeft niet kunnen aantonen dat Beautiful Day de consument heeft gestuurd richting het afnemen van een garantstelling door GCDMS. Beautiful Day heeft namelijk nooit aan consumenten gecorrespondeerd dat garantstelling door GCDMS sneller of anderszins een betere keuze was dan een persoonlijke borgstelling. Dat Beautiful Day aan de AFM heeft medegedeeld dat de persoonlijke garantstelling inderdaad meer tijd zou kunnen vergen, brengt niet met zich mee dat de consument door de keuze voor GCDMS als garantsteller een snellere afhandeling van de aanvraag werd aangeboden. De AFM heeft ter onderbouwing van haar stelling dat er sprake is van twee verschillende producten slechts gewezen op de documentatie die voor de verschillende borgstellingen moet worden overlegd. Het had daarom op de weg van de AFM gelegen om aan te tonen dat het Beautiful Day viel toe te rekenen dat het merendeel van de consumenten voor garantstelling van GCDMS heeft gekozen. Er zijn ook kredieten afgesloten met persoonlijke garantstellingen. Dit toont aan dat de consument wel degelijk vrij was om voor de persoonlijke garantie te kiezen. De AFM had dienen te onderbouwen waarom een garantie van GCDMS zou leiden tot het sneller verstrekken van het krediet dan een persoonlijke garantstelling.

Beautiful Day stelt dat het krediet uiteindelijk onder de zelfde voorwaarden wordt verstrekt, ongeacht de wijze van garantstelling. Er kan daarom ook geen sprake zijn van twee verschillende producten.

(iii) *Verdienmodel*

35. De AFM stelt in het Boetebesluit dat de kosten van de garantstelling van GCDMS zijn toe te rekenen tot de totale kosten van het krediet. De AFM meent dat de garantstelling bij GCDMS onderdeel is van het verdienmodel van Beautiful Day, wat feitelijk niet het geval is. Beautiful Day ontvangt immers geen vergoeding voor een krediet dat met garantstelling van GCDMS wordt verstrekt, en alle kosten die door Beautiful Day worden geïnd worden één op één doorbetaald aan GCDMS. De kosteloze kredietverstrekking was puur gericht op het genereren van traffic op de Websites om over een ‘hot’ verkoopkanaal te beschikken op het moment dat de vergunning van [b] werd verstrekt.

Reactie AFM op bezwaargrond A

36. Op grond van artikel 2:60, eerste lid, Wft is het verboden om krediet aan te bieden zonder een door de AFM verleende vergunning. Bij de beoordeling of een kredietverstrekker onder de vergunningplicht van artikel 2:60 Wft valt beoordeelt de AFM of de aanbieder onder de uitzonderingsregel van artikel 1:20 Wft valt. Het feitelijke kredietaanbod van de aanbieder vormt hierbij het uitgangspunt. Indien in het aanbod kosten zijn verwerkt, die het niveau van onbetekenende kosten overstijgt, valt de aanbieder niet onder voornoemde uitzondering van de vergunningplicht. De ratio hierachter is simpel: om te voorkomen dat door het hanteren van schijnconstructies en andere ondoorzichtige bedrijfsmodellen de aan consumenten wettelijk toekomende bescherming²⁰ wordt omzeild.
37. Beautiful Day verstrekke in de periode van 19 mei 2012 tot 16 augustus 2013 kredieten aan consumenten met een looptijd van maximaal 30 dagen. Beautiful Day verstrekke alleen krediet indien de consument een door Beautiful Day goed te keuren garantsteller aandroeg. Dit kan een door de consument zelf aan te wijzen garant zijn, of door middel van een garantstelling door GCDMS. De AFM is van oordeel dat de kosten die de consument maakte voor de garantstelling bij GCDMS onderdeel uitmaakten van het door Beautiful Day aangeboden krediet, waardoor bij het kredietaanbod aan de consument meer dan slechts onbetekenende kosten in rekening werden gebracht. Aangezien bij het kredietaanbod van Beautiful Day meer dan slechts onbetekenende kosten in rekening werden gebracht, viel Beautiful Day niet onder de uitzondering van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft en bood zij krediet aan zonder over een vergunning daartoe te beschikken, hetgeen in strijd is met artikel 2:60, eerste lid, Wft.

(i) *De AFM hanteert een verkeerde interpretatie van ‘onbetekenende kosten’.*

38. In de ogen van Beautiful Day legt de AFM de uitzonderingsbepaling van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft te eng uit. De AFM deelt deze mening van Beautiful Day niet. Het beschermingsdoel van de wet is zelden letterlijk verwoord in de wettekst. Daarom heeft de AFM aansluiting gezocht bij de wetsgeschiedenis en de overwegingen van de betrokken ministers om het beschermingsdoel van artikel

²⁰ Zie over deze bescherming randnummer 38

2:60, eerste lid, Wft te achterhalen. Op deze manier heeft de AFM een kader kunnen vormen waarbinnen eventuele uitzonderingen op het genoemde beschermingsdoel geoorloofd zijn.

39. Het doel van artikel 2:60, eerste lid, Wft is het bieden van een hoog niveau van bescherming aan consumenten en hun belangen. Dit volgt uit Richtlijn nr. 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (Pb EU L 133/66) (hierna Richtlijn 2008/48/EG):

“Het is van belang dat de markt de consument voldoende bescherming biedt teneinde diens vertrouwen niet te schaden. Op die manier moet het vrije verkeer van kredietaanbiedingen voor zowel kredietgevers als kredietnemers optimaal kunnen functioneren.[..]”²¹

“Volledige harmonisatie is nodig om te waarborgen dat alle consumenten in de Gemeenschap een hoog en gelijkwaardig niveau van bescherming van hun belangen genieten en om een echte interne markt te creëren.”²²
[onderstreping toegevoegd]

Artikel 22, derde lid van de Richtlijn 2008/48 EG bepaalt verder dat de bescherming van consumenten bij kredietovereenkomsten niet kan worden ontzgd door het hanteren van schijnconstructies:

“De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de bepalingen die zij ter uitvoering van deze richtlijn vaststellen, niet kunnen worden omzeild door overeenkomsten een bijzondere vorm te geven, met name door kredietopnemingen of kredietovereenkomsten die onder deze richtlijn vallen op te nemen in kredietovereenkomsten die, door de aard of het doel ervan, buiten de werkingssfeer ervan zouden kunnen vallen.”

40. Dat het beschermen van consumenten en hun belangen het doel van 2:60 Wft is, is door de wetgever herhaald²³ en overgenomen door de rechtbank Rotterdam.²⁴ Teneinde in het licht van het beschermingsdoel de uitzonderingsbepaling van artikel 1:20 Wft, eerste lid, aanhef en onder e Wft verder in te vullen heeft de wetgever nader toegelicht dat:

“‘flitskredieten’, waarbij geringe bedragen [...] voor enkele weken worden geleend, hier niet onder vallen. Bij deze kredieten worden immers aanzienlijke kosten in rekening gebracht.”²⁵ [onderstreping toegevoegd]

41. De rechtbank Rotterdam heeft herhaald dat, om flitskredietaanbieders effectief aan te kunnen pakken, het noodzakelijk is om door constructies heen te kijken die tot doel hebben te voorkomen dat de kredietovereenkomst niet onder de reikwijdte van artikel 2:60 Wft valt.

“Juist gelet op het beschermingsdoel van artikel 2:60 van de Wft en de beperkte uitzondering daarop ligt het niet in de rede om aan het verbod tot kredietverstrekking zonder vergunning een beperkte uitleg te geven. Zo nodig

²¹ Richtlijn 2008/48/EG, achtste considerans.

²² Richtlijn 2008/48/EG, negende considerans.

²³ Kamerstukken II, 2009/10, 32 339, nr. 3 p. 1.

²⁴ Rechtbank Rotterdam 24 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:379

²⁵ Kamerstukken II, 2009/10, 32 339, nr. 3 p. 15.

*dienen de toezichhouder en de rechter door juridische constructies heen te kijken die tot gevolg kunnen hebben dat het beschermingsbereik van wettelijke bepalingen (uit de Wft) wordt omzeild [...]*²⁶

Deze uitleg van de rechtbank Rotterdam is in lijn met de strekking van artikel 22, derde lid van de Richtlijn 2008/48 EG. De rechtbank heeft dit standpunt herhaald in haar uitspraak van 31 oktober 2013 inzake Technicolor Dreamcoat, zustervenootschap van Beautiful Day²⁷, en meer recentelijk in haar uitspraak inzake Ferratum²⁸.

42. Waar Beautiful Day betoogt dat de aangehaalde rechtspraak relevantie mist, gaat zij voorbij aan het feit dat de AFM de uitspraken heeft aangehaald teneinde het beschermingsbereik van artikel 2:60 Wft te onderbouwen. De genoemde uitspraken illustreren de opvatting van de AFM met betrekking tot de kwalificatie van de kosten die bij het kredietaanbod van Beautiful Day horen. Ook de stelling van Beautiful Day dat in de genoemde uitspraken de kosten uitsluitend door de aanbieder in rekening worden gebracht, volgt de AFM niet. Uit de beantwoording van de Kamervragen van 1 november 2011 volgt namelijk dat de kosten voor het krediet *alle kosten* zijn die de consument maakt met betrekking tot het krediet:

*“Kosten voor het krediet zijn niet alleen rente en administratiekosten maar alle kosten die een klant maakt met welke naam dan ook, dus ook bijvoorbeeld kosten voor een (versnelde) afhandeling, latere terugbetaling of verplichte borgstelling.”*²⁹ [onderstreping toegevoegd]

43. In het licht van het voorgaande ligt het naar mening van de AFM dan ook niet voor de hand om aan de passage ‘*terzake waarvan slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening worden gebracht*’ uit artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft een beperkte uitleg te geven. Indien de AFM dit wel zou doen, zou – in strijd met het oordeel van de rechtbank Rotterdam, de wetsgeschiedenis en de uitleg van de Minister – het verbod van artikel 2:60 Wft een beperkte uitleg krijgen. Indien dit het geval zou zijn zou ook aan het beschermingsdoel van artikel 2:60 Wft afbreuk worden gedaan.
44. De AFM is, gezien het voorgaande, van mening dat haar oordeel over het beschermingsdoel van artikel 2:60, eerste lid Wft, steun vindt in de considerans van Richtlijn 2008/48/EG, de wetsgeschiedenis van artikel 2:60 Wft, de antwoorden van de Minister van Financiën op Kamervragen over flitskredietaanbieders en tevens in de rechtspraak. De hiervoor en in het Boetebesluit gemelde bronnen bieden voldoende steun voor het kader waarbinnen de AFM tot haar oordeel met betrekking tot de invulling van ‘onbetekenende kosten’ in de zin van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft komt.
45. Het bezwaar van Beautiful Day dat de aangehaalde rechtspraak niet relevant is, omdat het daar kosten betreft die door de aanbieder in rekening zijn gebracht, faalt dan ook. Wie de kosten in rekening brengt evenals de relatie tussen de kredietverstrekker en de entiteit die de kosten in rekening brengt is niet van

²⁶ Rechtbank Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621 (Your Finance), r.o. 6.2.

²⁷ Rechtbank Rotterdam 31 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8801, r.o. 6.

²⁸ Rechtbank Rotterdam 29 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:397, r.o. 7.

²⁹ Kenmerk Fm/2011/10047 U

doorslaggevende betekenis voor het bepalen van de totale kosten van het krediet. De AFM is van oordeel dat het kredietaanbod bepalend is, evenals de daaraan verbonden voorwaarden en verplichtingen voor de consument. De AFM blijft derhalve onverkort van oordeel dat kosten voor het krediet ruim uitgelegd moet worden en *alle* kosten omvat die de in het kredietaanbod zijn opgenomen.

(ii) *Twee Producten*

46. De AFM is onverkort van oordeel dat er sprake is van twee verschillende producten, maar wil benadrukken dat haar oordeel primair is gebaseerd op het feit dat de betaalde garantstelling van GCDMS een integraal onderdeel uitmaakt van het kredietaanbod zoals dat door Beautiful Day aan consumenten wordt gedaan. Onder de reikwijdte van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft vallen uitsluitend kredieten waarbij slechts onbetekenende kosten in rekening worden gebracht. Uit de eerder genoemde wetsgeschiedenis blijkt al dat bepalend is welke kosten aan de consument in rekening worden gebracht. Dat in de praktijk voor twee modaliteiten kan worden gekozen en wat consumenten al dan niet uiteindelijk kiezen maakt niet uit voor de kwalificatie. Immers, de aanbieder dient voordat zij de markt betreedt zelf te onderzoeken of zij onder de vergunningplicht valt. Nu één van de modaliteiten in de aanbieding niet onder voornoemde uitzondering valt, is dit het geval. Het feitelijke kredietaanbod bestond er bij deze modaliteit namelijk uit dat bij het afsluiten van een krediet de consument werd aangeboden om – tegen meer dan onbetekenende kosten – de garantstelling bij GCDMS te regelen. Dit kredietaanbod is gedurende de gehele periode tussen 19 mei 2012 en 16 augustus 2013 ongewijzigd gebleven. Een garantiestelling was met ingang van 19 mei 2012 noodzakelijk voor het verlenen van krediet. De daarvoor in rekening gebrachte kosten dienen naar mening van de AFM betrokken te worden bij de vraag of al dan niet onbetekenende kosten voor het krediet in rekening worden gebracht aan de consument.
47. Voor zover Beautiful Day in haar bezwaargrond stelt dat de AFM onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van twee producten, merkt de AFM ter overvloede het volgende op. Naar het oordeel van de AFM is er wel degelijk sprake van twee producten: het betaalde product met een garantstelling bij GCDMS (Product 1), en het kosteloze product met een persoonlijke garantstelling (Product 2). Beautiful Day betoogt dat er geen sprake kan zijn van twee verschillende producten, aangezien de behandeling van zowel Product 1 als Product 2 aan de zelfde voorwaarden waren onderworpen. De AFM deelt deze mening echter niet. De AFM ziet, anders dan Beautiful Day, belangrijke verschillen tussen Product 1 en Product 2:
- a) De Websites vermelden dat de persoonlijke garantstelling zorgvuldig zal worden gecontroleerd aan de hand van de genoemde documenten, terwijl met betrekking tot Product 1 expliciet wordt vermeld dat geen aanvullende documenten opgestuurd hoeven te worden. Indien een consument kiest voor Product 1 zullen minder documenten naar GCDMS moeten worden opgestuurd dan indien de consument kiest voor een persoonlijke garantstelling. Dit kan niet anders aangezien GCDMS alleen de documenten van de consument hoeft te beoordelen. Indien GCDMS haar goedkeuring verleent, zal Beautiful Day vervolgens de aanvraag verder behandelen zonder de documenten van de garant te (hoeven) beoordelen. GCDMS is immers een aan Beautiful Day bekende, betrouwbare, partner. In het geval van een persoonlijke garantstelling zal door Beautiful Day zowel de documentatie van de consument als die van de garantsteller dienen te worden beoordeeld. Ongeacht de behandeltijd voor de beoordeling

van beide garantstellingen komt dit er feitelijk op neer dat twee verschillende processen worden gehanteerd door Beautiful Day. Door te kiezen voor een garantie bij GCDMS voorkomt de consument dat hij (i) zelf een garantsteller moet zoeken en (ii) dat hij het risico loopt dat deze garantsteller door Beautiful Day gedurende de beoordeling wordt afgewezen. Beautiful Day merkt op dat de voorwaarden waaraan de consument moet voldoen in beide gevallen gelijk is. Nog daargelaten dat het op de weg van Beautiful Day had gelegen om aan te tonen dat zij hier in de praktijk toepassing aan gaf, meent de AFM dat het meest wezenlijke verschil tussen de twee producten schuilt in de beoordeling van de garantsteller. Dit wordt gestaafd door de correspondentie met Beautiful Day van 20 december 2012.³⁰

- b) Op de Websites kunnen consumenten doorklikken naar de site van GCDMS. De consument kan op deze wijze gemakkelijk kiezen voor Product 1. De ‘kostenloze’ optie (Product 2) houdt in dat de consument zelf op zoek moet naar een kennis of een professionele derde die garant wil staan. De consument in geldnood slaat liever de zoektocht naar een kennis dan wel een professionele derde als garantsteller over en zal uit gemak kiezen voor de link naar de site van GCDMS. De AFM kan deze conclusie trekken uit de bij haar beschikbare gegevens over verstrekte kredieten. Op geen enkel moment heeft meer dan 1 procent van de consumenten gekozen voor een ‘kostenloze’ borgstelling. Als Product 1 – zoals Beautiful Day stelt – gelijkwaardig was aan Product 2, acht de AFM het niet aannemelijk dat een overgrote meerderheid van de consumenten kiest voor een betaalde garantstelling indien een kosteloze even veel moeite kostte.

48. Beautiful Day heeft de constatering van de AFM, dat 99 procent van de consumenten koos voor een garantstelling van GCDMS, verkeerd geïnterpreteerd. De uitzonderingsbepaling van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e Wft is alleen van toepassing indien kredieten voor minder dan drie maanden tegen onbetekenende kosten worden verstrekt. Op het moment dat kredietverstrekking wordt aangeboden tegen meer dan onbetekenende kosten, valt de kredietverstrekker niet meer onder de reikwijdte van de bepaling. Voor de AFM is dan ook voldoende dat Beautiful Day zonder vergunning aan consumenten kredieten aanbod waarbij meer dan onbetekenende kosten in rekening werden gebracht. Het percentage consumenten dat gebruik heeft gemaakt van de garantstelling van GCDMS is niet relevant voor de vergunningplicht uit hoofde van artikel 2:60 Wft. Dat 99 procent van de aangeboden kredieten werd verstrekt met de garantstelling van GCDMS illustreert naar mening van de AFM wel de ernst en omvang van de overtreding.
49. Kortom: door het aanbieden van de betaalde garantstelling van GCDMS bij het aanbieden van het krediet, heeft Beautiful Day artikel 2:60 Wft overtreden. De mogelijkheid om voor een persoonlijke garantstelling te kiezen maakt dit niet anders. Voor de garantstelling van GCDMS werden immers bij consumenten aanzienlijke kosten in rekening gebracht. In dat kader merkt de AFM op dat Beautiful Day in haar bezwaar niet betwist dat de kosten die GCDMS in rekening brengt voor de garantstelling zowel absoluut als relatief boven het maximum van onbetekenende kosten uitstijgen.

(iii) *Verdienmodel Beautiful Day*

³⁰ Brief van 20 december 2012 van Barents Krans aan de AFM met kenmerk [REDACTED], p. 3.

50. Het betoog van Beautiful Day dat de AFM ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake was van één verdienmodel faalt. Het berust dan ook op een verkeerde lezing van het bestreden besluit. De AFM heeft bij de beoordeling van het door Beautiful Day aangeboden krediet en de daarbij opgezette constructie met GCDMS steeds het uitgangspunt gehanteerd dat het beschermingsbereik van artikel 2:60, eerste lid Wft, niet mag worden omzeild.
51. Zoals ook hiervoor aangegeven dient de AFM, indien nodig, door juridische constructies heen te kijken indien deze het gevolg hebben dat het beschermingsbereik van een bepaling uit de Wft wordt omzeild. In dat kader kan, bij de vraag of sprake is van een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft, de omstandigheid dat sprake is van één verdienmodel (mede) een grond zijn om aan te nemen dat sprake is van het aanbieden van krediet tegen meer dan onbetekenende kosten. Anders dan Beautiful Day stelt, is het bestaan van één verdienmodel echter niet noodzakelijk om tot een vaststelling van een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, j^o artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft te komen. In dit geval is dit niet nodig, nu Beautiful Day zelf als aanbieder van het krediet de consument attent maakt op de mogelijkheid van de garantstelling door GCDMS. Echter, daarnaast is er ook nog sprake van één verdienmodel.
52. Beautiful Day stelt dat zij de Websites slechts exploiteerde om door middel van ‘traffic’ op de websites waarde te genereren. Haar zustervennootschap kon zo over een ‘hot’ verkoopkanaal beschikken zodra zij een vergunning van de AFM had verkregen. Per 1 oktober 2012 bleek echter dat de beoogde waardevermeerdering van de Websites niet haalbaar was zonder dekking van de operationele kosten. GCDMS toonde zich bereid om een maandelijkse vergoeding van €32.000, - te betalen, bij wijze van een tegemoetkoming voor deze kosten.³¹ De AFM kan zich gezien deze omstandigheid niet vinden in de stelling van Beautiful Day dat de vergoeding die zij kreeg van GCDMS geen onderdeel uitmaakte van het verdienmodel van Beautiful Day. Indien waardevermeerdering het doel van het operationeel houden van de Websites was, heeft Beautiful Day deze waardevermeerdering slechts kunnen realiseren door de vergoeding die zij van GCDMS kreeg.
53. Tevens wil de AFM wijzen op de zichtbare vennootschapsrechtelijke verwevenheid van GCDMS en Beautiful Day. Sinds 16 mei 2013 is GCDMS enig aandeelhouder van Beautiful Day en diens zustervennootschap Technicolor Dreamcoat. De handelswijze van Beautiful Day is ongewijzigd voortgezet vanaf 19 mei 2012 tot 16 augustus 2013, zelfs nadat de last onder dwangsom was opgelegd.. In haar bezwaarschrift stelt Beautiful Day dat GCDMS een derde partij is, en dat de AFM op geen enkele juridisch steekhoudende manier kan stellen dat GCDMS niet kwalificeert als derde. De AFM is echter van mening dat het feit dat GCDMS alle aandelen van Beautiful Day houdt, onmogelijk met zich brengt dat GCDMS een van Beautiful Day losstaande derde is.
54. De AFM blijft dan ook van mening dat kredietverstrekking met de garantstelling van GCDMS onderdeel uitmaakt van het verdienmodel van Beautiful Day. Waar Beautiful Day naar eigen zeggen geen winstoogmerk had en slechts een kostendekkende vergoeding kreeg voor haar diensten aan GCDMS, verdiende laatstgenoemde veel geld met het afgeven van garanties. Dankzij deze door Beautiful Day gegenereerde stroom aan consumenten die garantstellingen afnam, kon GCDMS op haar beurt Beautiful

³¹ Aldus verwoord in het bezwaar, punt 12.

Day een vergoeding betalen vanaf 1 oktober 2012. De AFM kan niet anders dan constateren dat de bedrijfsvoering van Beautiful Day en GCDMS zodanig verweven waren dat hun activiteiten niet los gezien kunnen worden van elkaar.

55. Gelet op het hiervoor bij (i), (ii) en (iii) genoemde dienen de kosten voor de garantstelling door GCDMS mee in aanmerking te worden genomen bij de vaststelling of er sprake is van onbetekenende kosten. Voor de kwalificatie van de hoogte van de kosten van een garantstelling bij GCDMS wordt korthedshalve verwezen naar (het in bezwaar onbestreden gelaten) paragraaf 2.3.3 van het Boetebesluit. Zowel absoluut als relatief zijn de kosten die de consument maakt voor deze garantstelling meer dan onbetekenend. Beautiful Day bood geen krediet aan dat onder de uitzonderingsbepaling van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e Wft. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel. Het onder bezwaargrond A genoemde treft dan ook geen doel.

B. Het Boetebesluit is onvoldoende gemotiveerd en in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

56. In haar bezwaarschrift voert Beautiful Day aan dat het Boetebesluit onvoldoende dan wel onzorgvuldig is gemotiveerd. Beautiful Day stelt dat de volgende stellingen onvoldoende door de AFM zijn onderbouwd:
- a) Beautiful Day heeft de consument benadeeld door haar handelswijze.
 - b) Beautiful Day brengt indirecte kosten in rekening.
 - c) Betaling van de consument aan GCDMS is onderdeel van het verdienmodel van Beautiful Day.
 - d) Beautiful Day treedt sturend op richting het afsluiten van een garantstelling bij GCDMS.
 - e) GCDMS is een aan Beautiful Day gelieerde entiteit, waarvan de kosten aan het krediet kunnen worden toegerekend.
 - f) Het door Beautiful Day gehanteerde business model is feitelijk een schijnconstructie.

Tevens stelt Beautiful Day dat er sprake is van strijd met de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Reactie AFM op bezwaargrond B

57. De AFM kan zich niet vinden in de bezwaargrond van Beautiful Day. De AFM heeft in het Boetebesluit haar standpunten uitvoerig gemotiveerd en onderbouwd. Allereerst benadrukt de AFM dat Beautiful Day niet concreet aangeeft op welke onderdelen het besluit niet voldoende is gemotiveerd. Beautiful Day volstaat met de algemene stelling dat het besluit ten aanzien van onderdelen a-f niet voldoende is gemotiveerd en dat er sprake is van strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit acht de AFM te weinig concreet en alleen al daarom verworpt de AFM deze grond.
58. Meer subsidiair is de AFM van oordeel dat het Boetebesluit wel deugdelijk is gemotiveerd. Hiertoe benadrukt de AFM het volgende.

59. a). Uit het Boetebesluit volgt dat de kosten die voor een garantstelling door GCDMS bij de consument in rekening zijn gebracht dusdanig hoog zijn dat er geen sprake kan zijn van onbetekenende kosten (paragraaf 2.3.3). Bij de in die paragraaf getoonde berekening wordt aangetoond dat de kosten voor de garantstelling 321,2 procent zijn op jaarbasis. Daarnaast constateert de AFM in paragraaf 2.3.2 dat het merendeel van de consumenten op het kredietaanbod van Beautiful Day zijn ingegaan, met gebruikmaking van de betaalde garantstelling door GCDMS. In randnummer 39 en verder van dit schrijven wordt benadrukt dat omzeiling van het beschermingsdoel van artikel 2:60 Wft consumenten beperkt in de hen toekomende bescherming bij het aangaan van kredietovereenkomsten. Zo verricht Beautiful Day geen overkrediteringstoets voorafgaand aan het afsluiten van het krediet. Door zich te onttrekken aan de vergunningplicht, wordt aan consumenten deze bescherming ontzegd, waardoor benadeling een gegeven is. De AFM meent dat er geen sprake is van een gebrekkige motivering terzake.
60. b) en c). De AFM heeft uitvoerig in het Boetebesluit, en tevens in dit schrijven, de werkwijze van Beautiful Day behandeld. Ook is de terugbetaling door consumenten beschreven. Bij terugbetaling van het krediet worden tevens de kosten voor de garantstelling van GCDMS voldaan. Naar de mening van de AFM is dit onderdeel van het verdienmodel van Beautiful Day. De AFM heeft ter onderbouwing van deze stelling gewezen op de vergoeding die door Beautiful Day is ontvangen, alsmede de vennootschappelijke verwevenheid van GCDMS en Beautiful Day. Dit is aangegeven in paragraaf 2.3.2 van het Boetebesluit. De vennootschappelijke verwevenheid en het verdienmodel van Beautiful Day is ten overvloede door de AFM in randnummer 51 van de onderhavige beslissing aan bod gekomen. Van een motiveringsgebrek is naar mening van de AFM dan ook geen sprake.
61. d). In het Boetebesluit is de sturende houding die van Beautiful Day uitgaat richting de garantstelling van GCDMS in paragraaf 2.3.2 voldoende gemotiveerd behandeld. De AFM motiveert deze stelling door te wijzen op uitingen van Beautiful Day op de websites en de praktijk van de kredietaanvraag, en hoe hier een sturende werking van uit gaat richting de aangeboden kredieten met garantstelling van GCDMS. Dit volgt ook uit de constatering uit randnummer 47 van dit schrijven. De AFM ziet hierin voldoende aanwijzingen om van een sturende houding richting een garantstelling bij GCDMS te kunnen spreken. Naar de mening van de AFM is het boetebesluit op dit punt voldoende gemotiveerd.
62. e). In zowel het Boetebesluit als de onderhavige beslissing is afdoende ingegaan op het feit dat GCDMS en Beautiful Day in een vennootschapsrechtelijke verhouding tot elkaar staan (paragraaf 2.3.2 van het boetebesluit en randnummer 53 van het onderhavige besluit). Daarnaast heeft de AFM meermaals gewezen op de vergoeding die Beautiful Day van GCDMS verkreeg alsmede de wijze waarop Beautiful Day haar relatie met GCDMS aan de consument deed voorkomen (paragraaf 1.1.1, 2.3.2 en 2.3.3, evenals randnummer 52). De AFM concludeert dat het bestreden besluit met betrekking tot dit punt voldoende is gemotiveerd.
63. f). De AFM is in het Boetebesluit en de onderhavige beslissing uitvoerig ingegaan op het beschermingsdoel van artikel 2:60 Wft en de beperkte uitzonderingen op dat artikel (paragraaf 2.3.2 en 2.3.4, evenals bij de behandeling van bezwaargrond A). De AFM heeft haar opvatting dat door juridische constructies heen moet worden gekeken om te voorkomen dat het beschermingsdoel van artikel 2:60

wordt omzeild naar haar mening voldoende gemotiveerd aan de hand van de rechtspraak en wetsgeschiedenis. Naar mening van de AFM is de door Beautiful Day genoemde stelling dan ook voldoende gemotiveerd.

64. De AFM kan zich niet vinden in de blote opmerking dat er sprake is van strijd met de wet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het had op de weg van Beautiful Day gelegen verder toe te lichten welke beginselen precies zijn geschonden en welke feiten daaraan ten grondslag lagen.
65. Gelet op het voorgaande heeft de AFM het Boetebesluit deugdelijk gemotiveerd. Ten overvloede merkt de AFM op dat voor zover zij het Boetebesluit onvoldoende heeft gemotiveerd, zij dit gebrek in deze beslissing op bezwaar heeft hersteld. Deze bezwaargrond treft dan ook geen doel.

C. De boete is te hoog

66. Beautiful Day stelt in haar bezwaarschrift dat de hoogte van de boete onevenredig hoog is. Ter onderbouwing van haar stelling voert Beautiful Day achtereenvolgens de volgende argumenten aan.

Ernst / duur / verwijtbaarheid

67. Beautiful Day stelt in haar bezwaarschrift dat de AFM ten onrechte heeft overwogen dat de overtreding voldoende ernstig is om verhoging van het basisbedrag te rechtvaardigen. De activiteiten van Beautiful Day bestonden uit het verstrekken van leningen tegen nul procent rente, dit feit kan niet leiden tot een ernstige overtreding.
68. Beautiful Day heeft zich voorzien van juridisch advies. De juridisch adviseur is steeds gemotiveerd ingegaan op de vragen van de AFM. Ondanks de reacties van de juridisch adviseur van Beautiful Day is de AFM niet afgeweken van haar interpretatie van wet, welke onjuist is door gebrekkige onderbouwing. De duur van de overtreding kan Beautiful Day ook niet worden tegengeworpen. Beautiful Day heeft zeer lang moeten wachten op een aanvechtbaar besluit van de AFM, waardoor het niet aan Beautiful Day valt toe te rekenen dat de overtreding zo lang heeft voortgeduurd.

Evenredigheid / draagkracht

69. De AFM heeft naar mening van Beautiful Day onvoldoende gemotiveerd waarom er voldoende draagkracht is. Daarnaast is door aandeelhouders van Beautiful Day verzocht tot liquidatie over te gaan. Er is daarom sprake van een lege vennootschap, zonder enige activa. Dit rechtvaardigt een beroep op beperkte zo niet volledige afwezigheid van draagkracht. Het basisbedrag dient dan ook te worden verlaagd naar € 0.

Reactie AFM op bezwaargrond C

70. Op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) wordt een overtreding van artikel 2:60, eerste lid Wft aangemerkt als een overtreding van de derde categorie. Hiervoor geldt een basisbedrag van € 2.000.000. Op grond van artikel

2, tweede lid, Bbbfs kan het basisbedrag van de boete worden verlaagd of verhoogd met ten hoogste 50 procent indien de ernst of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt. Het basisbedrag kan verder worden verhoogd of verlaagd met ten hoogste 50 procent indien de mate van verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verhoging of verlaging rechtvaardigt. Dit volgt uit artikel 2, derde lid, Bbbfs. De toezichthouder dient tevens bij het vaststellen van de bestuurlijke boete rekening te houden met de draagkracht van de overtreder op grond van artikel 4 Bbbfs. Dit artikel bepaalt dat indien de draagkracht dat vergt, het boetebedrag met maximaal 100 procent kan worden verlaagd. Met inachtneming van alle omstandigheden van het geval heeft de AFM de hoogte van de Boete vastgesteld op € 300.000. Voor de volledige onderbouwing van de boetehoogte, verwijst de AFM naar paragraaf 3.1 van de Boete.

Ernst / duur / verwijtbaarheid

71. De AFM is van mening dat de overtreding dusdanig ernstig is en lang heeft voortgeduurd dat verhoging van het basisbedrag met 25 procent gerechtvaardigd is. Het betoog van Beautiful Day dat zij kredieten tegen nul procent rente verstrekke, waardoor er geen sprake is van een ernstige overtreding, kan de AFM niet volgen. Gezien de overwegingen uit randnummer 45 en verder omvatte het kredietaanbod van Beautiful Day wel degelijk meer dan onbetekenende kosten, waardoor het totale kostenpercentage van een krediet bij Beautiful Day de rente en overige kosten bij roodstand op betaalrekeningen en creditcards ruimschoots overschaduwde. Omdat Beautiful Day haar kredieten als renteloos – en daarmee ook kosteloos – presenteerde sprak zij aan tot een groep financieel kwetsbare consumenten. Daarnaast heeft er geen overkrediteringstoets op grond van artikel 4:34 Wft plaatsgevonden. De kans is daarom groot dat door de praktijken van Beautiful Day een groep financieel kwetsbare consumenten dieper in de schulden zijn geraakt.
72. Beautiful Day stelt dat de duur van de overtreding haar niet valt toe te rekenen. De AFM heeft verzuimd door te pakken, waardoor het voortduren van de overtreding voor haar rekening komt. De AFM deelt deze stelling niet. Deze omstandigheid ontslaat Beautiful Day niet van haar verplichting om de wet te kennen, noch van haar eigen verantwoordelijkheid om zich aan diezelfde wet te houden gedurende de tijd waarin de toezichthouder tot een besluit komt.³²
73. Beautiful Day stelt dat zij in de periode voorafgaand aan de lastoplegging gemotiveerd is ingegaan op alle vragen en verwijten van de AFM. De AFM heeft onterecht geen gewicht gehangen aan het feit dat Beautiful Day zich heeft laten bijstaan door een groot advocatenkantoor. De AFM kan zich echter niet vinden in deze stelling van Beautiful Day. Het inwinnen van juridisch advies – hoe groot het betrokken kantoor ook zij – brengt geen vrijwaring voor een onjuiste interpretatie van de wetbepaling met zich mee. Zoals in het Boetebesluit en hiervoor reeds opgemerkt, hebben marktpartijen volgens vaste rechtspraak een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wet te houden, ook als de toezichthouder niet direct uitsluit kan geven.³³ Daarnaast acht de AFM het in het bijzonder verwijtbaar dat Beautiful Day, ondanks de dwangsom en de boeteoplegging door de AFM aan Technicolor Dreamcoat, ervoor heeft gekozen om flitskredieten te blijven aanbieden in een vorm die in strijd was met de Wft. Tevens had de

³² CbB 25 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:4

³³ Boetebesluit paragraaf 3.1, waar wordt verwezen naar CbB 25 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:4.

rechtbank Rotterdam op 17 januari 2013 al een uitspraak gedaan waarin ondubbelzinnig is uitgemaakt dat flitskredietaanbieders, ongeacht hun inrichting en bedrijfsvoering, niet onder de uitzondering van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e, Wft vallen. Waar Beautiful Day zich beroept op een kwestie van ‘volgens de wet mag het, maar de AFM moet het niet’, kan de AFM zich niet in vinden. Een nadere motivatie had dan ook op de weg van Beautiful Day gelegen. De AFM heeft sinds implementatie van de Richtlijn Consumentenkrediet de Richtlijn geïnterpreteerd conform de wetsgeschiedenis. Hierin heeft de AFM steun gevonden bij de rechtbank. De stellige overtuiging van Beautiful Day dat aan een aan haar gericht advies meer gewicht toekomt dan de hiervoor genoemde bronnen, kan de AFM derhalve niet volgen.

74. Tevens is sprake van oneerlijke concurrentie, omdat Beautiful Day geen toezichtkosten betaalde en zij het maximale kredietvergoedingspercentage omzeilde. Waar andere kredietaanbieders onder de reikwijdte van de Wft vallen, toezichtskosten terzake moesten voldoen en bescherming aan kredietnemers moesten bieden op grond van deel 4 van de Wft, onttrok Beautiful Day zich aan het toezicht en verstoorde zij het level playing field voor kredietaanbieders. Een dergelijke overtreding van verbodsbepalingen wordt tevens naar oordeel van de wetgever als zeer ernstig ervaren. Naar het oordeel van de AFM is het voorgaande zodanig ernstig dat een verhoging van het basisbedrag van 25 procent op zijn plaats is. Tevens constateert de AFM een verhoogde mate van verwijtbaarheid die verhoging van het basisbedrag met 25 procent rechtvaardigt.
75. Het door Beautiful Day gestelde leidt naar oordeel van de AFM dan ook niet tot een andere uitkomst met betrekking tot de ernst, duur en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding. De AFM acht een verhoging van het boetebedrag met 50 procent, gelet op het voorgaande, passend. Deze bezwaargrond trefte derhalve geen doel.

Evenredigheid / draagkracht

76. Met betrekking tot de draagkracht constateert de AFM dat Beautiful Day zich heeft beperkt tot een omschrijving van de kredietverstrekking over drie perioden, alsmede een herhaling van haar zienswijze. Ter voorkoming van herhaling van het boetebesluit zal de AFM zich beperken tot de stelling van Beautiful Day dat de jaarstukken door de AFM slechts door een algemene beschouwing aan de kant zijn geschoven.
77. In het Boetebesluit heeft de AFM reeds de boetehoogte gematigd tot een bedrag van 10 procent van het verhoogde basisbedrag in verband met de beperkte draagkracht van Beautiful Day tot een bedrag van € 300.000. In haar bezwaarschrift stelt Beautiful Day dat de hoogte van de Boete verder moet worden gematigd tot nihil. Beautiful Day heeft deze bezwaargrond niet onderbouwd met financiële gegevens. De AFM heeft reeds bij haar voornemen om een bestuurlijke boete op te leggen bij brief van 12 juni 2014³⁴ gevraagd aan Beautiful Day bepaalde posten op de Aangifte Vennootschapsbelasting 2012 nader uit te leggen, specificeren en onderbouwen. De AFM heeft bij brief van 20 juni 2014 de gevraagde specificaties ontvangen. In de brief ontbrak echter nadere onderbouwing of uitleg over de bedoelde posten. De AFM heeft in het Boetebesluit de beoordeling van de draagkracht van Beautiful Day gebaseerd op haar interpretatie van deze balansposten. Voor zover Beautiful Day in bezwaar van mening is dat de AFM in

³⁴ Met kenmerk [REDACTED]

het boetebesluit de draagkracht van Beautiful Day op verkeerde gronden heeft vastgesteld, had het op de weg van Beautiful Day gelegen om voldoende openheid van zaken te geven met betrekking tot haar financiële positie, in het bijzonder de balansposten waar in de brief van 12 juni 2014 naar is gevraagd door de AFM. Nu dit door Beautiful Day is nagelaten, acht de AFM de oorspronkelijke matiging tot 10 procent van het verhoogde basisbedrag passend en ziet zij geen aanleiding tot verdere matiging van het boetebedrag.

78. Naar het oordeel van de AFM is in het boetebesluit voldoende rekening gehouden met de door Beautiful Day aangevoerde omstandigheden. Gelet op het voorgaande acht de AFM een boete van € 300.000 passend. Deze bezwaargrond treft derhalve geen doel.

V. Publicatie

79. Ten overvloede merkt de AFM op dat ingevolge artikel 1:97, vijfde lid, Wft, zij tevens gehouden is de uitkomst van een ingediend bezwaar tegen een opgelegde boete zo spoedig mogelijk bekend te maken. Daarbij moet op grond van het vierde lid van artikel 1:97 Wft worden beslist of publicatie al dan niet anoniem zal gebeuren. De AFM zal hierover kort na het verzenden van deze beslissing op bezwaar een separate beslissing nemen. Zij zal Beautiful Day over deze beslissing informeren door middel van een voorgenomen besluit tot publicatie, waar Beautiful Day door middel van een zienswijze op kan reageren. Tot slot merkt de AFM op dat zij na het definitief worden van dit besluit een publicatiebesluit op grond van artikel 1:98 Wft zal nemen.

VI. Besluit

1. Op grond van het vorenstaande concludeert de AFM dat het Boetebesluit op goede gronden is genomen. Om deze reden heeft de AFM besloten het bezwaar ongegrond te verklaren en het Boetebesluit in stand te laten. De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.
2. De AFM zal na het definitief worden van dit besluit een publicatiebesluit op grond van artikel 1:98 Wft nemen.

VII. 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.

Ons kenmerk



Pagina

22 van 22

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken

[was getekend]
Bestuurslid

Bijlage: Verslag hoorzitting d.d. 2 december 2014.