

AANGETEKEND MET HANDTEKENING RETOUR

Openbare versie
Simmons & Simmons LLP
mr. M.R. Hosemann
Postbus 79023
1070 NB Amsterdam

Datum	16 februari 2015
Ons kenmerk	[REDACTED]
Pagina	1 van 42
Telefoon	020 - 797 25 90
E-mail	[REDACTED]
Betreft	Beslissing op bezwaar van Your Finance tegen besluit AFM van 31 december 2013 met kenmerk [REDACTED]

Geachte mevrouw Hosemann,

Bij besluit van 31 december 2013 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan Your Finance B.V. (**Your Finance**) een bestuurlijke boete opgelegd van € 2.000.000 wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Your Finance heeft in de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning in Nederland krediet aangeboden. Tegen het besluit inhoudende de bestuurlijke boete heeft u, namens Your Finance, bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het besluit in stand te laten onder aanvulling van de motivering. In deze brief 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 in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in de bijlage en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar.

I. Procedure

1. Bij besluit van 31 december 2013 heeft de AFM aan Your Finance een bestuurlijke boete van € 2.000.000 opgelegd, omdat Your Finance in de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning in Nederland krediet heeft aangeboden (**Besluit**). Dit is een overtreding van

artikel 2:60, eerste lid, Wft. Daarnaast heeft de AFM besloten het Besluit op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft openbaar te maken vijf werkdagen nadat het aan Your Finance is gestuurd.

2. Bij brief van 6 januari 2014 heeft Your Finance bezwaar gemaakt tegen het Besluit en de openbaarmaking daarvan. Your Finance heeft om een termijn van tenminste vier weken verzocht om de gronden van bezwaar aan te vullen. Daarnaast heeft Your Finance bij brief van 6 januari 2014 de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen inzake de openbaarmaking van het Besluit.
3. Bij brief van 9 januari 2014 heeft de AFM de ontvangst van het bezwaar bevestigd en aangegeven dat Your Finance binnen vier weken na de dag van de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam haar nadere gronden moet indienen.
4. Bij brief van 28 januari 2014 heeft Your Finance haar gronden van bezwaar aangevuld. Bij brief van 10 februari 2014 heeft AFM de ontvangst van de nadere gronden van bezwaar bevestigd en aangegeven dat de verzuimen zijn hersteld. Daarnaast heeft de AFM Your Finance uitgenodigd voor een hoorzitting met het verzoek of zij haar verhinderdata wil doorgeven.
5. Bij e-mailbericht van 6 februari 2014 heeft mevrouw Hosemann namens Your Finance verzocht de hoorzitting in te plannen nadat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.
6. Bij uitspraak van 7 maart 2014 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan in het verzoek van Your Finance tot het treffen van een voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter heeft het verzoek om voorlopige voorziening gedeeltelijk toegewezen. De AFM is opgedragen het te publiceren Besluit en het persbericht aan te passen en is verboden op Twitter een bericht te plaatsen. Voor het overige is het verzoek afgewezen. De AFM heeft op 11 maart 2014 op haar website bekend gemaakt dat zij een bestuurlijke boete aan Your Finance heeft opgelegd.
7. Bij e-mailbericht van 11 maart 2014 heeft de AFM Your Finance verzocht verhinderdata door te geven zodat de AFM de hoorzitting kan plannen.
8. Bij brief van 13 maart 2014 heeft de AFM Your Finance nogmaals verzocht om verhinderdata door te geven. Tevens heeft de AFM haar beslistermijn opgeschort vanaf 11 februari 2014 tot en met het plaatsvinden van een nieuwe hoorzitting.
9. Bij brief van 20 maart 2014 heeft de AFM Your Finance uitgenodigd voor een hoorzitting op 2 april 2014.
10. Bij e-mailbericht van 24 maart 2014 heeft Your Finance verzocht om de hoorzitting, welke gepland was op 2 april 2014, met zes weken uit te stellen.
11. Bij brief van 25 maart 2014 heeft Your Finance, in aanvulling op de bezwaargronden een aantal processtukken, die betrekking hebben op de voorlopige voorzieningenprocedure, overgelegd.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 3 van 42

12. Bij brief en e-mailbericht van 25 maart 2014 heeft de AFM het verzoek van Your Finance gehonoreerd en de hoorzitting met zes weken uitgesteld.
13. Bij e-mailbericht van 6 mei 2014 heeft de AFM Your Finance verzocht om aanvullende (financiële) gegevens te verstrekken.
14. Bij brief van 9 mei 2014 heeft de AFM Your Finance bericht dat de hoorzitting plaatsvindt op 22 mei 2014.
15. Bij e-mailbericht van 14 mei 2014 heeft Your Finance in reactie op het verzoek van de AFM van 6 mei 2014 aanvullende gegevens verstrekt. Dit betreft de bij Your Finance beschikbare financiële gegevens over 2012, te weten de balans van Your Finance per 31 december 2012 (inclusief een toelichting) en de winst- en verliesrekening per 31 december 2012.
16. Bij e-mailbericht van 19 mei 2014 heeft Your Finance in reactie op het verzoek van de AFM van 6 mei 2014 een overzicht van salariskosten van de werknemers van Your Finance over 2011 en 2012 verstrekt.
17. Op 22 mei 2014 heeft de hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de AFM te Amsterdam.
18. Bij e-mailbericht van 26 mei 2014 heeft mevrouw Hosemann haar pleitaantekeningen nagezonden, zoals afgesproken tijdens de hoorzitting van 22 mei 2014.
19. Bij e-mailbericht van 11 juni 2014 bericht mevrouw Hosemann, namens Your Finance, dat Your Finance in aanloop naar de fiscale eenheid in 2011 geen dividenduitkering heeft gedaan ten behoeve van [REDACTED].
20. Bij brief van 30 juni 2014 heeft de AFM de termijn waarbinnen beslist wordt op het bezwaarschrift verdaagd tot en met 14 augustus 2014.
21. Desgevraagd heeft mevrouw Hosemann bij e-mailbericht van 1 juli 2014 aan de AFM bevestigd dat Your Finance niet beschikt over een inrichtingsjaarrekening over het jaar 2012, omdat zij hiertoe wettelijk niet is verplicht en Your Finance haar activiteiten begin 2012 heeft gestaakt.
22. Bij e-mailbericht van 24 juli 2014 heeft de AFM nadere vragen gesteld met betrekking tot de door Your Finance aangeleverde gegevens en wordt Your Finance verzocht in te stemmen met het verdagen van de beslistermijn.
23. Bij e-mailbericht van 25 juli 2014 stemt Your Finance in met het verdagen van de beslistermijn met zes weken.
24. Bij e-mailbericht van 28 augustus 2014 reageert Your Finance op het verzoek van de AFM van 24 juli 2014 om nadere informatie te verstrekken.

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina 4 van 42

25. Bij e-mailbericht van 29 augustus 2014 verstuurt de AFM het verslag van de hoorzitting teneinde Your Finance in de gelegenheid te stellen om met betrekking tot het onderdeel 'kostenposten' aanvullingen of opmerkingen door te geven zodat de AFM deze kan meenemen in haar heroverweging.
26. Bij e-mailbericht van 3 september 2014 stuurt Your Finance een aanpassing van het verslag van de hoorzitting met betrekking tot het onderdeel 'kostenposten'.
27. Bij e-mailbericht van 8 september 2014 geeft Your Finance een reactie op de nog openstaande vragen uit het e-mailbericht van 24 juli 2014 van de AFM.
28. Bij brief van 19 september 2014 heeft de AFM met instemming van Your Finance de beslistermijn verdaagd tot en met 20 oktober 2014.
29. Desgevraagd heeft Your Finance bij e-mailbericht van 7 oktober 2014 te kennen gegeven geen aanvullende gronden te willen indienen gelet op het gewijzigde publicatieregime (artikel 1:97 Wft) per 1 augustus 2014.
30. Bij brief van 21 oktober 2014 heeft de AFM Your Finance in de gelegenheid gesteld om een aantal kostenposten te laten verifiëren door een registeraccountant omdat de AFM zich nog onvoldoende een getrouw beeld heeft kunnen vormen van een aantal kostenposten, onder meer gelet op de aard en de omvang van deze kosten. De AFM heeft Your Finance verzocht in te stemmen met het verdagen van de beslistermijn met vier weken na ontvangst van een volledige reactie van Your Finance op het verzoek van de AFM.
31. Bij e-mailbericht van 23 oktober 2014 heeft Your Finance aangegeven een registeraccountant de opdracht te geven een aantal kostenposten te onderbouwen. Verder kondigt Your Finance aan de AFM in gebreke te zullen stellen vanwege het niet tijdig beslissen op haar bezwaar.
32. Bij brief van 29 oktober 2014 heeft Your Finance aangegeven niet in te stemmen met het wederom verdagen van de beslistermijn. In deze brief motiveert Your Finance waarom zij de AFM in gebreke stelt nu de AFM niet binnen de beslistermijn heeft beslist op het door Your Finance ingediende bezwaarschrift.
33. Bij brief van 6 november 2014 heeft de AFM Your Finance de ontvangst van de brief bevestigd waarin Your Finance de AFM in gebreke stelt. Tevens heeft de AFM in deze brief vermeld dat zij niet eerder kan beslissen op het bezwaar dan nadat Your Finance heeft voldaan het verzoek van de AFM van 21 oktober 2014 om een aantal kostenposten te laten verifiëren door een registeraccountant.
34. Bij e-mailbericht van 14 december 2014 ontvangt de AFM van Your Finance het rapport opgemaakt door de registeraccountant aan wie Your Finance de opdracht heeft verstrekt conform het verzoek van de AFM van 21 oktober 2014.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 5 van 42

II. Relevante feiten en omstandigheden

35. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het Besluit en het Onderzoeksrapport van 25 april 2013 met kenmerk 1210-1422m.¹ De feiten die zijn genoemd in het Besluit en het Onderzoeksrapport moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd. Voor de zelfstandige leesbaarheid van deze beslissing op bezwaar wordt hieronder een overzicht gegeven van de meest relevante feiten.
36. Your Finance is op 26 november 2007 opgericht en op 28 november 2007 ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 27307168. Your Finance heeft naast de handelsnaam Your Finance B.V. nog meer handelsnamen te weten: Voorschotje, Voorschotje.nl, Voorschot-je.nl, Voorschotje.be, Voorschot.be, Voorschotjes.be, Petitcredit.be, Creditpratique.be, Minicredit.be, Mini-credit.be, Acomptedirect.be, Creditcommode.be en Minipret.be. Als bedrijfsomschrijving is vermeld: *“Het (doen) uitoefenen van een handelsonderneming waaronder het verlenen van micro financieringen aan particulieren alsmede het verrichten van financiële transacties.”* Sinds 1 april 2011 is [REDACTED] de enig aandeelhouder van Your Finance. [REDACTED] is sinds 3 april 2012 enig bestuurder van Your Finance. Your Finance heeft met ingang van 8 november 2012 een vergunning van de AFM onder nummer 12040854 voor aanbieden van en bemiddelen in consumptief krediet. Op verzoek van Your Finance heeft de AFM de vergunning per 29 juli 2014 ingetrokken.
37. Op de website www.voorschotje.nl (Website) heeft Your Finance aan consumenten de mogelijkheid geboden om een lening aan te vragen. De consument vulde hiertoe het aanvraagformulier op de website in. Daarbij werden naast contactgegevens de volgende gegevens gevraagd: spoedbehandeling (aankruisen of niet) en factuur per post (aankruisen of niet).
38. Op de website (raadpleegdatum: 8 december 2011) stond onder meer het volgende:
- “Kosteloos lenen; geen rente, geen kosten!”
 - “Eenvoudig via SMS aanvragen.”
 - “Spoedbehandeling mogelijk.”
 - “Aan een lening bij Voorschotje zijn GEEN kosten verbonden. Dit betekent dat u hetzelfde bedrag terugbetaalt als u van Voorschotje heeft geleend. Voorschotje brengt dus ook geen rente in rekening.”
 - “Voorschotje verleent u nog de volgende extra diensten:
 - U kunt kiezen voor een spoedbehandeling, waarbij wij uw aanvraag per direct in behandeling nemen. De kosten daarvan zijn €25,- per spoedbehandeling.
 - U kunt ook kiezen voor een factuur per post. De kosten daarvan zijn €3,- per factuur.”
 - “De looptijd begint op de dag dat het Voorschotje wordt toegekend.”

¹ Onderzoeksrapport Your Finance B.V., Toezicht op de naleving van artikel 2:60, eerste lid, Wet op het financieel toezicht, AFM 25 april 2013, zoals bijgevoegd bij het boetevoornemen dat op 25 april 2013 is verzonden.

- *“Alle voorschotjes hebben een looptijd van 21 dagen. Aan een lening bij Voorschotje zijn geen kosten verbonden. Indien u niet binnen 21 dagen na acceptatie van de aanvraag terugbetaalt dan verbeurt u automatisch een boete van €17,50 per Voorschotje. Als u binnen 30 dagen na acceptatie van de aanvraag nog steeds niet heeft betaald verbeurt u automatisch een tweede boete van €17,50 per Voorschotje. U kunt per Voorschotje maximaal twee boetes verbeuren.”*
- *“U zult ook begrijpen dat er op kosteloos geld uitlenen ook geen geld verdiend kan worden. Wij verdienen geld als u ervoor kiest om van onze extra services gebruik te maken. Een van deze diensten is de mogelijkheid van een spoedoverboeking. Dit houdt in dat u voor uw lening nog steeds geen extra kosten betaalt, maar dat u ervoor kunt kiezen om ‘vooraan te staan in de rij’. U kunt het vergelijken met de rij voor een achtbaan in het pretpark. Gaat u in de normale rij staan, dan duurt het langer voordat u de attractie kan ervaren. Kiest u er echter voor om extra te betalen, om het wachten te vermijden dan kunt u in een speciale rij aansluiten en kunt u bijna direct de wagentjes van de achtbaan in stappen. De achtbaan blijft hetzelfde, alleen heeft u betaald voor het gemak van het niet hoeven wachten. Bij Voorschotje.nl werkt het bijna hetzelfde. Neemt u een voorschotje dan duurt het een tijdje voordat u van het geld kan genieten; Kiest u voor een spoedbehandeling dan betaalt u voor het niet hoeven wachten en behandelen wij uw aanvraag direct.”*
- *“Voorschotje.nl gaat uit van de redelijke gedachte dat als wij geld uitlenen en geen kosten vragen dat we dat geld ook binnen de afgesproken looptijd terugkrijgen. Deze gedachte leidt ertoe dat klanten die de lening later dan afgesproken datum terugbetalen een boete betalen. Deze boete geldt, net als een verkeersboete, als een aansporing om de regels na te leven en om dus echt op tijd te betalen. Bovendien sturen wij u enkele dagen voor het verstrijken van de looptijd een SMS-je om u daaraan te herinneren. Wij hebben er, net als de klant, totaal geen belang bij dat mensen te laat betalen. Wij willen het verschil maken op onze snelle service en klantvriendelijkheid en niet op het incasseren van boetes, er zijn immers al genoeg instanties die leven van de boetes die u betaalt.”*
- *“Voorschotje verdient haar geld niet door middel van rente, maar door het aanbieden van extra diensten. Wanneer u bijvoorbeeld het geld dezelfde dag wilt hebben, dan moeten wij daarvoor handmatig extra administratieve handelingen verrichten. Hiervoor brengen wij 25 euro in rekening. Het afnemen van deze extra diensten is echter geen verplichting maar een vrije keuze van de consument.”*
- *“Wanneer u echter uw Voorschotje per SMS aanvraagt en niet per internet, dan beschouwen wij dat als een verzoek voor een spoedbehandeling. Daaraan zijn 25 euro aan kosten verbonden. Daarnaast rekenen wij 3 euro voor het versturen van een factuur per post, dit gebeurt ook automatisch bij aanvragen via SMS. Dit geldt niet voor een aanvraag via de website.”*
- *“Nadat uw aanvraag is goedgekeurd ontvangt u daar per gratis SMS bericht van. Het voorschotje staat dan binnen 5 werkdagen op uw rekening. Heeft u gekozen voor een spoedoverboeking dan staat het voorschotje in principe binnen een uur op uw rekening. Onze garantie is dat het geld, als u het voorschotje binnen onze openingstijden heeft aangevraagd, dezelfde dag nog op uw rekening staat.”*
- *“Als u ons niet terugbetaald heeft binnen 21 dagen, moet u een boetebedrag van 17,50 extra aan ons terugbetalen. Wanneer u deze boete niet aan ons betaalt binnen 9 dagen volgt er een tweede boete van 17,50 euro. In totaal kan het boetebedrag dus oplopen tot 35 euro. Kunt u niet aan uw*

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina

7 van 42

verplichtingen voldoen dan vragen wij u om altijd contact met ons op te nemen, zodat we naar een passende oplossing kunnen zoeken.”

- “Onze medewerkers staan tijdens onze reguliere openingstijden altijd voor u klaar om uw vragen te beantwoorden. Ons telefoonnummer is 0900-9007272 (65 cent p/m). (...)”
- “U dient uiterlijk op de 21e dag om 12.00 uur uw voorschotjes te hebben afgelost. Op dit tijdstip dient het af te lossen bedrag op één van de rekeningen van Voorschotje te zijn bijgeschreven. Heeft u gekozen voor een spoedbehandeling en/of voor een papieren factuur, dan dienen deze kosten eveneens uiterlijk op de 21e dag om 12.00 uur te zijn betaald.”
- “U kunt alleen een vervolgaanvraag per SMS indienen als u reeds klant bij ons bent. U dient een SMS-vervolgaanvraag in door het gewenste aantal Voorschotjes en het woord “AKKOORD” te SMS'en naar 7272. Wilt u bijvoorbeeld 2 Voorschotjes dan SMS't u: “2 AKKOORD” naar 7272.”

39. In de algemene voorwaarden van Your Finance, die op de website waren gepubliceerd (raadpleegdatum: 8 december 2011) staat onder meer:

- “3.4 Een aanvraag voor een Voorschotje kan op 2 manieren worden ingediend:
 - 1) Door middel van het invullen van het daartoe bestemde aanvraagformulier voor een Voorschotje op de website en daarin onder andere een geldig e-mail adres en mobiel nummer in te vullen en daarbij door het verstrekken van een kopie van een ID bewijs, inkomstenbewijs en bankafschrift. De eerste aanvraag zal altijd moeten geschieden via de website. Herhaalaanvragen kunnen via de website of
 - 2) Door middel van het verzenden van een SMS tekstbericht naar nummer 7272; (via een telefoontoestel waaraan een abonnement (vast of 'prepaid') van een in Nederland gevestigde telefoonmaatschappij is gekoppeld. Het mobiele nummer van het telefoontoestel waarmee de aanvraag wordt verzonden dient gelijk te zijn aan het nummer dat is ingevuld in het aanvraagformulier op de website.”
- “5.1 Het bedrag van een Voorschotje bedraagt 150 euro. Aan een aanvrager van een Voorschotje kunnen maximaal 4 Voorschotjes tegelijk worden verstrekt.”
- “7.1. De looptijd van een Voorschotje vangt aan op de dag van de acceptatie van een Voorschotje door Your Finance. De looptijd bedraagt 21 dagen. De ontvanger van een Voorschotje is gehouden tot terugbetaling van het volledig Voorschotje uiterlijk vóór 12.00 uur op de laatste dag van de looptijd. De termijn van 21 dagen geldt als een zogenaamde fatale termijn, die niet mag worden overschreden.
Indien de laatste dag van de looptijd geen Werkdag mocht zijn moet het volledig Voorschotje op de voorlaatste Werkdag zijn terugbetaald. Onder terugbetaling wordt verstaan dat het verschuldigde bedrag op de bankrekening van Your Finance is bijgeschreven.
Vertraging als gevolg van storingen zijn voor rekening en risico van de Aanvrager Voorschotje.”
- “7.4 Bij de betaling dient het betreffende factuurnummer als betalingskenmerk te worden vermeld. Indien Your Finance een ontvangen bedrag niet kan identificeren wegens het ontbreken van een geldig betalingskenmerk, wordt het betreffende bedrag als niet betaald beschouwd totdat Your Finance het ontvangen bedrag heeft geïdentificeerd.”
- “8.1 Your Finance heeft een inspanningsverplichting om een Voorschotje binnen 5 werkdagen op de rekening van de aanvrager gestort te hebben. Indien Your Finance door externe omstandigheden zoals bijv. bankstoringen daaraan niet kan voldoen, is zij niet aansprakelijk voor deze vertraging.”

- *“9.1 Your Finance hecht er groot belang aan dat de ontvanger stipt op tijd terugbetaalt en zij zal de ontvanger enkele dagen vóór het verstrijken van de termijn van 21 dagen als bedoeld in artikel 7.1 per SMS nogmaals op die termijn attenderen. Ingeval op technische gronden of om enige andere redenen het versturen van zo’n SMS niet plaatsvindt, kan de ontvanger daar echter geen rechten aan ontleen.”*
- *“9.2 Ingeval het door de ontvanger verschuldigde na het verstrijken van de termijn van 21 dagen, om 12.00 uur, nog steeds niet door Your Finance is ontvangen, verbeurt de ontvanger een onmiddellijk opeisbare boete van € 17,50 voor ieder Voorschotje dat het betreft. Die boete strekt enkel als aansporing om tot nakoming over te gaan en die boete is verschuldigd naast hetgeen de ontvanger uit hoofde van het verstrekte Voorschotje of de Voorschotjes nog verschuldigd is. Het verstrijken van de termijn van 21 dagen is een fatale termijn en het verzuim terzake van die boete treedt alsdan onmiddellijk in.”*
- *“9.3 Ingeval het door de ontvanger verschuldigde vermeerderd met de boete als bedoeld in artikel 9.2 niet uiterlijk op de negende dag na het verstrijken van de termijn van 21 dagen door Your Finance is ontvangen, verbeurt de ontvanger opnieuw een boete van € 17,50 voor ieder Voorschotje dat het betreft. Het bepaalde in artikel 9.2 is verder van overeenkomstige toepassing.”*
- *“10.1 Spoedoverboeking:
Aanvrager kan opteren om direct een Voorschotje op de rekening van de Aanvrager Voorschotje te ontvangen. Aanvrager maakt dan gebruik van de optie: spoedoverboeking.
Voor een spoedoverboeking kan worden gekozen in de persoonlijke online account van de aanvrager bij ‘Geld direct ontvangen’. Indien niet voor deze optie is gekozen kan dit niet meer worden gewijzigd na een positieve beslissing op een Voorschotje Aanvraag door Your Finance. Indien de aanvrager wel heeft gekozen voor de optie spoedoverboeking kan dit ook niet meer gewijzigd worden na een positieve beslissing op een Voorschotje Aanvraag door Your Finance.
De kosten van een spoedoverboeking bedragen 25 Euro per Voorschotje.”*
- *“10.2 Papieren Factuur:
Iedere aanvrager heeft bij Your Finance een persoonlijke online account. Via deze online account heeft de aanvrager toegang tot diens persoonlijke gegevens en heeft deze een overzicht van diens aanvragen en facturen. Indien de aanvrager een papieren factuur wenst dan kan hij hiervoor kiezen. De optie kan worden aangevinkt in de persoonlijke online account van de aanvrager bij ‘Factuur per post’. Indien niet voor deze optie is gekozen kan dit niet meer worden gewijzigd na een positieve beslissing op een Voorschotje Aanvraag door Your Finance. Indien de aanvrager wel heeft gekozen voor de optie Papieren Factuur kan dit ook niet meer gewijzigd worden na een positieve beslissing op een Voorschotje Aanvraag door Your Finance.
De kosten van een papieren factuur bedragen 3 Euro per Voorschotje.”*
- *“10.3 Indien de aanvrager meerdere Voorschotjes heeft aangevraagd, dan kan hij via zijn persoonlijke online account per Voorschotje aangeven welke van de facultatieve diensten hij wel of niet wenst.”*
- *“11.1 Indien een Aanvrager Voorschotje meerdere Voorschotjes wenst dan dienen deze alle op dezelfde dag te worden aangevraagd.”*

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina 9 van 42

- *“11.4 Indien de aanvrager er voor kiest om per SMS Herhaalaanvragen te doen voor één of meerdere Voorschotjes dan zal Your Finance dit beschouwen als een aanvraag met spoed. Het bepaalde in 10.1 is alsdan van toepassing.”*
- *“13.8 Your Finance B.V. heeft het recht om eenzijdig deze algemene voorwaarden te wijzigen. In dat geval zullen de gewijzigde voorwaarden onmiddellijk van kracht worden op nieuw te verstrekken Voorschotjes; voor bestaande Voorschotjes worden deze een week na publicatie op de website van kracht, tenzij de ontvanger van een Voorschotje hiertegen tijdig bezwaar heeft gemaakt. Wijzigingen van een overeenkomst Voorschotje op verzoek van de ontvanger van een Voorschotje hebben geen rechtskracht tenzij deze schriftelijk zijn aangegaan en door de Partijen zijn ondertekend.”*

40. Op 30 mei 2011 heeft de AFM telefonisch bij Your Finance aangegeven dat de Richtlijn 2008/48/EG² (**Richtlijn**) is geïmplementeerd en dat hierdoor alle consumentenkredieten onder de werking van de Wft vallen, ongeacht de looptijd.³ Your Finance gaf aan dat zij van mening was dat de Wft niet op de activiteiten van Your Finance van toepassing is.
41. Op 12 juli 2011 stuurt de AFM een informatieverzoek omdat Your Finance mogelijk in strijd met artikel 2:60, eerste lid, Wft krediet aanbood.
42. Bij brief van 20 december 2011 heeft de AFM een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 1:79, eerste lid, Wft (**Last**) aan Your Finance opgelegd wegens overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft. Your Finance heeft bezwaar gemaakt tegen de Last en de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen inzake de schorsing van de Last. Op 16 februari 2012 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan waarbij het verzoek tot schorsing is afgewezen.⁴ Daarnaast heeft de AFM bij brief van 7 juni 2012 (beslissing op bezwaar) besloten om de Last in stand te laten. Your Finance heeft bij de rechtbank Rotterdam beroep ingesteld tegen deze beslissing op bezwaar. Bij uitspraak van 17 januari 2013 heeft de rechtbank Rotterdam het door Your Finance ingestelde beroep tegen de beslissing op bezwaar ongegrond verklaard en geoordeeld dat Your Finance artikel 2:60, eerste lid, Wft heeft overtreden.⁵
43. Op 8 november 2012 heeft de AFM aan Your Finance een vergunning verleend voor het aanbieden van en bemiddelen in consumptief krediet.
44. Op 21 mei 2013 heeft Your Finance ten kantore van de AFM een mondelinge zienswijze op het voornemen tot het Besluit gegeven. Tijdens de zienswijze heeft de AFM gevraagd om onderbouwing van de verstrekte

² Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG (Pb EU L 133).

³ Blijkens overweging 9 van de considerans bij de Richtlijn is het doel onder meer dat alle consumenten in de Gemeenschap een hoog en gelijkwaardig niveau van bescherming van hun belangen genieten. Uit artikel 22, derde lid, van de Richtlijn volgt dat de bepalingen die de lidstaten ter uitvoering van de 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.”

⁴ Rb. Rotterdam (Vzr.) 16 februari 2012, JOR 2012/117 m. nt. J.A. Voerman, RF 2012/40, JONDR 2012/635.

⁵ Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI ECLI:NL:RBROT:2013:BY962 (JOR 2013/75, RF 2013/33, JONDR 2013/373).

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina 10 van 42

gegevens ter vaststelling van de hoogte van een op te leggen boete. Om de hoogte van de boete te kunnen vaststellen heeft de AFM Your Finance bij brief van 2 oktober 2013 nogmaals in de gelegenheid gesteld om gegevens te verstrekken ter vaststelling van de hoogte van een op te leggen boete. Op 16 oktober 2013 heeft de AFM een deel van de verzochte financiële gegevens van Your Finance ontvangen.

45. Op 31 december 2013 heeft de AFM aan Your Finance een boete opgelegd.
46. Bij brief van 25 augustus 2014 heeft de AFM op verzoek van Your Finance de vergunning per 27 juli 2014 ingetrokken.

III. Gronden van bezwaar

47. Zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. Your Finance heeft artikel 2:60, eerste lid, Wft niet overtreden.
 - B. Your Finance geeft aan dat het Voorschotje één product is en de AFM hanteert een onjuiste definiëring van de doelgroep.
 - C. Er is geen sprake van overkreditering.
 - D. Your Finance heeft niet verwijtbaar gehandeld.
 - E. De vaststelling van de hoogte van de boete op grond van artikel 1:81, zesde lid, Wft⁶ (voorheen derde lid) is ongegrond.
 - F. De AFM heeft op oneigenlijke gronden om de financiële gegevens gevraagd.
 - G. Vaststelling behaalde voordeel is onjuist berekend.
 - H. De AFM mocht niet tot publicatie overgaan.

IV. Beoordeling van de gronden van bezwaar

48. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden, licht de AFM eerst toe hoe zij tot haar oordeel komt dat Your Finance illegaal krediet heeft aangeboden en niet uitgezonderd is van de vergunningplicht op grond van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder e (Uitzonderingsbepaling).⁷ Daarna volgt de beoordeling van de bezwaargronden, waarbij de AFM per bezwaargrond eerst een samenvatting van de bezwaargrond geeft.
49. De AFM stelt ook na heroverweging vast dat Your Finance in de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 in Nederland aan consumenten krediet heeft aangeboden, zonder te beschikken over de daarvoor vereiste AFM-vergunning. Your Finance bracht daarbij meer dan onbetekenende kosten in rekening. De AFM verwijst voor verdere toelichting hierop naar de onderbouwing van dit oordeel in het Besluit, dat hier als herhaald en ingelast dient te worden beschouwd.

⁶ Per 1 augustus 2014 is het derde lid vernummerd tot het zesde lid, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. A, p. 5 en *Stb.* 2014. 304.

⁷ 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.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 11 van 42

50. Ook na heroverweging is de AFM van oordeel dat Your Finance met haar handelwijze twee verschillende kredietproducten aan de consument heeft aangeboden, namelijk een kortlopend krediet zonder spoedoverboeking (hierna: Standaardkrediet) en een kortlopend krediet met spoedoverboeking (hierna: Spoedkrediet). Voor een nadere toelichting op dit punt verwijst de AFM naar het Besluit en naar de reactie van de AFM op bezwaargrond B.

Uitzondering vergunningplicht

51. Om gebruik te maken van de Uitzonderingsbepaling, moet het aangeboden krediet van Your Finance aan de volgende twee vereisten voldoen:
- a. Het krediet dient binnen drie maanden te worden afgelost; en
 - b. Er mogen slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening gebracht worden.

Ten aanzien van a (looptijd van minder dan drie maanden):

52. Zowel het Standaardkrediet als het Spoedkrediet heeft een looptijd van korter dan drie maanden. Deze twee producten voldoen dus aan dit vereiste van de Uitzonderingsbepaling.

Ten aanzien van b (onbetekenende kosten)

53. De Uitzonderingsbepaling is een implementatie van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder f, van de Richtlijn.⁸
54. De Richtlijn definieert in artikel 3, aanhef en onder g, het begrip “*totale kosten van het krediet voor de consument*” als volgt:⁹

“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, onderdeel 3, wordt onder “*kosten van het krediet*” mede verstaan “*Met het krediet verband houdende kosten*” en “*Kosten in geval van betalingsachterstand*”.

55. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn is het volgende overwogen:¹⁰

“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

⁸ 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.

⁹ Zie ook overweging 20 van de Richtlijn.

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

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]

56. 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”:¹¹

“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.”

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

“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.”¹²

“Het begrip kosten betreft in dit kader alle kosten onder welke naam dan ook, dus bijvoorbeeld rente, maar ook administratiekosten, behandelingskosten en dergelijke.”¹³

“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.”¹⁴

58. Uit bovenstaande komt naar voren dat zowel de kosten voor de spoedoverboeking, de factuurkosten als de boetes (bij niet nakoming) naar het oordeel van de AFM onder de totale kosten van het krediet vallen. Op deze kosten zijn geen uitzonderingen van toepassing. Dit standpunt wordt bevestigd in de voorlopige voorzieningenuitspraak van 16 februari 2012¹⁵ en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 17 januari 2013.¹⁶ In deze uitspraken oordeelt de (voorzieningenrechter van de) rechtbank Rotterdam dat ook een boete wegens niet-nakoming tot de totale kosten van het krediet moeten worden gerekend:

¹¹ Stb. 2011, 247, p. 23.

¹² Kamerstukken II 2010/11, Aanhangsel van de Handelingen, 46.

¹³ Brief minister van Financiën van 1 november 2011 met kenmerk FM/2011/9876 U.

¹⁴ Brief minister van Financiën van 1 december 2011 met kenmerk FM/2011/10047 U.

¹⁵ Rb. Rotterdam 16 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV6089.

¹⁶ Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 13 van 42

*“8. Het betoog van Your Finance dat op grond van artikel 3, aanhef en onder i, van de Richtlijn kosten voor niet-nakoming worden uitgezonderd van de berekening van het jaarlijks kostenpercentage treft geen doel, omdat dit kostenpercentage niet maatgevend is voor de vaststelling van de totale kosten van het krediet. Gelet op de in artikel 19, tweede lid, van de Richtlijn opgenomen zinsnede ‘de totale kosten van het krediet voor de consument, met uitzondering van kosten die hij moet betalen wegens niet-naleving van een in de kredietovereenkomst opgenomen verplichting’ moet de boete wegens niet-nakoming wel tot de totale kosten worden gerekend”.*¹⁷

59. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn is in algemene bewoordingen aangegeven waarop moet worden gelet bij de uitleg van het begrip ‘onbetekenende kosten’. Daarbij is onder meer het volgende opgemerkt:¹⁸

“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 betaalfunctie. 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.”

60. 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

¹⁷ Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621 (rechtsoverweging 8).

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>.

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina

14 van 42

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

61. In paragraaf 2.2.4 van het Besluit zet de AFM uiteen dat de niet-nakomingskosten (boetes) die Your Finance ten aanzien van haar krediet in rekening bracht meer dan onbetekenend zijn. Deze stelling wordt niet door Your Finance in haar bezwaar bestreden. De AFM ziet geen reden om in deze beslissing op bezwaar tot een ander oordeel te komen. Ook de kosten van de spoedoverboeking zijn meer dan onbetekenend. De AFM verwijst hiervoor naar het Besluit (paragraaf 2.2.4) en de rechtbank Rotterdam:

“9. Ook voor die kosten [boete wegens niet nakoming; toevoeging AFM] geldt dat het niet gaat om onbetekenende kosten, omdat de door Your Finance gehanteerde boete van € 17,50 wegens niet nakomen substantieel is. Bij een tweede boete geldt dit temeer, omdat de totale kosten van niet-nakoming dan neerkomen op € 35,00 per geleend Voorschotje van € 100,00.” en

“7. Met AFM is de rechtbank van oordeel dat Your Finance bij de kredietverstrekking met spoedoverboeking niet slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening brengt, zodat haar activiteiten voor dat product vallen binnen het verbod van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft. Gelet op de hoogte en looptijd van de lening kan het bedrag van € 25,00 niet als onbetekenend worden aangemerkt. Dit geldt te meer indien de consument meer dan één voorschot leent van Your Finance. Gelet op de algemene voorwaarden van Your Finance en het verhandelde ter zitting, wordt over het maximaal te lenen bedrag van € 600,00 in totaal € 100,00 aan kosten in rekening gebracht.”²⁰

62. Gelet op het voorgaande dienen de kosten voor niet-nakoming (Standaardkrediet en Spoedkrediet) en de kosten van de spoedoverboeking (Spoedkrediet) gerekend te worden tot de “totale kosten van het krediet voor de consument”. Deze kosten zijn zowel absoluut als relatief meer dan onbetekenend. Your Finance kon aldus bij haar aanbieding van krediet geen gebruik maken van de Uitzonderingsbepaling. In de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 beschikte Your Finance niet over een vergunning van de AFM. Derhalve heeft Your Finance in deze periode artikel 2:60, eerste lid, Wft overtreden.

Hieronder volgen de bezwaargronden en de bespreking daarvan.

A. Finance heeft artikel 2:60, eerste lid, Wft niet overtreden.

63. Your Finance stelt zich op het standpunt dat zij niet in strijd met artikel 2:60 Wft heeft gehandeld, omdat het verlenen van de kredieten moet worden aangemerkt als verstrekte kredieten met een looptijd van minder

²⁰ Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 15 van 42

dan drie maanden en tegen niet meer dan onbetekenende kosten. Your Finance onderbouwt dit als volgt. De looptijd van (een) Voorschotje(s) was 21 dagen. Your Finance berekent de aanvrager van (een) Voorschotje(s) geen kredietkosten. Er is ook geen sprake van verplichte nevendiensten waarvan de kosten moeten worden opgeteld bij de totale kosten van krediet. Kosten worden door Your Finance slechts in rekening gebracht als de afnemer van (een) Voorschotje(s) er zelf voor kiest een (onverplichte) nevendienst af te nemen. Een nevendienst is een verzoek het Voorschotje via een spoedoverboeking verleend te krijgen, of om toezending van een papieren factuur.

64. Volgens Your Finance kwalificeren de kosten voor niet-nakoming evenmin als verplichte kosten die de klant moet betalen. Deze kosten worden immers niet in rekening gebracht als het krediet volgens de afspraak tijdig wordt terugbetaald door de klant. Daarom kan de stelling van de AFM, dat de kosten voor niet-nakoming ook gerekend dienen te worden tot de (totale) kosten van krediet, geen stand houden. Verder hanteert de AFM volgens Your Finance een onjuiste invulling van het begrip '*totale kosten van krediet*'. Nog daargelaten dat de kosten voor niet-nakoming geen kosten zijn die de aanvrager moet betalen, zijn kosten voor 'niet-naleving' expliciet uitgezonderd voor de berekening van het jaarlijkse kostenpercentage (zie artikel 3, sub i, juncto artikel 19, tweede lid, van de Richtlijn Consumentenkrediet). Verder is het volgens Your Finance niet zo dat kosten voor niet-nakoming tot de totale kosten van krediet (in de zin van artikel 3 onder g van de Richtlijn Consumentenkrediet) gerekend dienen te worden op basis van de in Bijlage II en III bij de Richtlijn vermelde te verstrekken standaardinformatie. Zo zijn notariskosten juist in artikel 3 onder g van de Richtlijn expliciet uitgesloten van de '*totale kosten van krediet*'.
65. In dit kader wijst Your Finance tevens naar het gepubliceerde boetebesluit van [REDACTED]. Daarin zijn overwegingen over de korte terugbetalingstermijn opgenomen uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter was die korte betalingstermijn gericht op het verschuldigd zijn van aanzienlijke kosten. Your Finance heeft echter een termijn van 21 dagen gehanteerd. Dit dient als een redelijke termijn te worden gezien waarbinnen klanten (een) Voorschotje(s) kunnen terugbetalen. Ook om deze reden kan de AFM niet volhouden dat de kosten voor niet-nakoming als kosten van het krediet moeten worden aangemerkt.

Reactie AFM

66. De AFM deelt dit standpunt van Your Finance niet. Hiervoor is onder randnummers 48 tot en met 58 uiteengezet waarom volgens de AFM - ook na heroverweging van haar primaire oordeel - de kosten die Your Finance terzake van het door haar aangeboden krediet in rekening bracht bij niet-nakoming en voor de spoedoverboeking aangemerkt moeten worden als kosten van het krediet. Ook heeft de AFM geconstateerd dat de kosten die Your Finance in rekening bracht bij niet-nakoming en voor de spoedoverboeking, zowel bij het Standaardkrediet als bij het Spoedkrediet, niet onbetekenend zijn.²¹ Dat deze kosten volgens Your Finance onverplicht zijn doet hier niet aan af. Zo heeft ook de voorzieningenrechter bepaald:

'De voorzieningenrechter voegt hieraan toe dat het betoog van verzoekster, inhoudende dat de spoedoverboeking en de papieren factuur onverplichte nevendiensten waren bij haar

²¹ Zie ook het Besluit in paragraaf 2.2.4.

*kredietverlening, onverlet laat dat aan een consument die van deze diensten gebruik maakte meer dan onbetekenende kosten in rekening werden gebracht. De bedrijfsvoering van verzoekster was erop gericht dat een belangrijk deel van haar klanten gebruik maakte van de spoedoverboeking, omdat zij anders geen winst zou behalen met haar kredietverlening. Een ruime meerderheid van de klanten van verzoekster koos voor een spoedoverboeking*²²

67. Ook de vergelijking met [REDACTED] gaat naar het oordeel van de AFM niet op. In deze uitspraak stond de overtreding van de artikelen 4:11 en 4:15 Wft centraal. Het door Your Finance aangehaalde zag op de vraag in hoeverre de activiteiten van een aan [REDACTED] gelieerde entiteit zodanig met elkaar verbonden waren dat sprake was van een juridische constructie waar de AFM doorheen mag kijken. In dezelfde uitspraak komt de voorzieningenrechter overigens ook tot het oordeel dat de kosten voor niet-nakoming aangemerkt moeten worden als kosten van het krediet.

B. Your Finance geeft aan dat het Voorschotje één product is en de AFM hanteert een onjuiste definiëring van de doelgroep.

68. Your Finance geeft aan slechts een product te hebben aangeboden. Daarbij was het mogelijk om in de vorm van een aanvullende dienst nog dezelfde dag over het bedrag te beschikken. Aangezien er door Your Finance extra handelingen moesten worden verricht, moest de aanvrager van het bedrag daarvoor betalen. Daarnaast geeft Your Finance aan dat een spoedoverboeking nog niet betekent dat het karakter van het product wijzigt. Tevens is het niet zo dat de effectieve looptijd afweek tussen een Spoedkrediet en een Standaardkrediet. Een boete was pas verschuldigd nadat 21 en drie dagen, nadat de lening was toegekend, waren verstreken. Verder is de stelling van de AFM, dat er sprake is van twee producten gelet op de te onderscheiden doelgroepen, naar het oordeel van Your Finance onjuist. Het grootste percentage van Your Finance vroeg namelijk om zowel een Spoedkrediet als een Standaardkrediet.
69. Tevens voert Your Finance aan dat de stelling van de AFM, dat de aanvragers van een Spoedkrediet geen andere financieringsmogelijkheden meer zouden hebben, onjuist is. Deze stelling is niet deugdelijk onderzocht en blijkt evenmin uit het eindrapport IOO/Research voor Beleid d.d. 2 juni 2009. Ook is de stelling van de AFM strijdig met het feit dat de aanvragers van een Spoedkrediet doorgaans al dan niet gelijktijdig een Standaardkrediet hebben aangevraagd en verkregen. Tot slot waren de procedures bij Your Finance zo ingestoken dat het risico zoveel als mogelijk werd voorkomen dat een aanvrager wiens financiële bronnen waren uitgeput als klant werd geaccepteerd door Your Finance. In dit kader is Your Finance ook van oordeel dat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam een onjuiste toets aanlegt; dat 90% van de bestaande klanten in een periode van nog geen twee maanden een keer een verzoek heeft gedaan voor een spoedoverboeking maakt niet dat de spoedoverboeking een zelfstandig onderdeel is van de kredietverstrekking. Niet van belang is of veelvuldig van een product gebruik wordt gemaakt, dit zou namelijk betekenen dat producten gaandeweg van kleur kunnen veranderen. Daar komt volgens Your Finance bij dat de rechtbank Rotterdam er ten onrechte aan voorbij gaat dat het aantal Spoedkredieten

²² Rb. Rotterdam zaaknummer: RAT 14/89 uitspraak van de voorzieningenrechter van 7 maart 2014 op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak tussen de Your Finance en de AFM.

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina 17 van 42

procentueel is afgenomen ten opzichte van het aantal totaal verleende Voorschotjes met circa 3% per maand. Daarom kan de overweging van de rechtbank Rotterdam niet worden volgehouden (dat dit percentage zoals door Your Finance inmiddels is gezakt naar 65% maakt dit niet anders) omdat als de periode van overtreding in theorie langer zou zijn geweest, het percentage op maandelijkse basis zou blijven afnemen.

Reactie AFM

70. De AFM deelt dit standpunt van Your Finance niet.
71. De AFM is van oordeel dat Your Finance twee verschillende producten aanbod, te weten het Standaardkrediet en het Spoedkrediet. Het Standaardkrediet kon uitsluitend via de website worden aangevraagd, terwijl het Spoedkrediet ook per SMS aangevraagd kon worden. Nog een verschil is dat de effectieve looptijd van het Spoedkrediet langer is, omdat de aanvraag sneller in behandeling wordt genomen en het krediet sneller op de rekening van de consument wordt gestort. Ook met betrekking tot de kosten verschillen beide aangeboden kredieten. Voor de spoedoverboeking moest de consument € 25 betalen en in het geval van een aanvraag per SMS werd daarvoor € 3 in rekening gebracht (zie ook paragraaf 2.2.2 en 2.2.3 van het Besluit). De verschillende kenmerken en voorwaarden van beide kredieten, maken naar het oordeel van de AFM dat sprake is van een aanbieding van twee verschillende kredieten. Voor haar standpunt vindt de AFM allereerst steun in de uitspraak van 17 januari 2013²³ waarin de rechtbank Rotterdam in rechtsoverweging 6.2 als volgt oordeelde:

“Mede in dit licht is de rechtbank met AFM en de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 16 februari 2012 («JOR» 2012/117, m.nt. Voerman; red.) (LJN BV6089) van oordeel dat de spoedoverboeking kan worden gekwalificeerd als een zelfstandige identificeerbaar product dat zich onderscheidt van de kredietverstrekking zonder spoedoverboeking. Your Finance biedt aldus twee verschillende producten aan: een kortlopend krediet zonder spoedoverboeking en een kortlopend krediet met spoedoverboeking. De rechtbank neemt in dit verband in aanmerking dat de consument die zeer dringend krediet nodig heeft niet vier (of de ter zitting genoemde drie) werkdagen zal kunnen wachten op betaling, zodat de keus voor een spoedoverboeking – namelijk het beschikken over krediet dat dezelfde dag nog beschikbaar is – in de rede ligt. In dit verband is ook niet zonder belang dat 90% van de consumenten die van Your Finance in de periode 25 mei 2011 tot en met 12 juli 2011 geld hebben geleend, gebruik hebben gemaakt van de spoedoverboeking. Dat dit percentage – zoals door Your Finance is gesteld – inmiddels is gezakt naar 65% maakt dit niet anders.”

Daarnaast verwijst de AFM wederom naar de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 17 januari 2013. In deze uitspraak overweegt de rechtbank Rotterdam tevens dat niet onder de vergunningplicht uitgekomen kan worden door constructies op te tuigen door bijvoorbeeld kredietovereenkomsten die onder de richtlijn vallen op te nemen in overeenkomsten die niet onder de Richtlijn vallen, zoals bij Your Finance het geval is. De AFM dient door dergelijke constructies heen te kijken (eveneens rechtsoverweging 6.2):

²³ Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621.

“Het doel van de Richtlijn is blijkens overweging 9 van de considerans onder meer dat alle consumenten in de Gemeenschap een hoog en gelijkwaardig niveau van bescherming van hun belangen genieten, terwijl uit artikel 22, derde lid, van de Richtlijn in dit verband volgt dat de bepalingen die de lidstaten 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. Indien Your Finance zou worden gevolgd in haar betoog dat de spoedoverboeking als een onverplichte nevendienst zou moeten worden gekwalificeerd, die gelet op artikel 3, aanhef en onder g, van de Richtlijn buiten beschouwing moet worden gelaten voor het antwoord op de vraag of bij de consument onbetekenende kosten in rekening worden gebracht, zou het nagestreefde hoge niveau van consumentenbescherming worden omzeild. Een dergelijke interpretatie leidt voorts tot het oprekken van de uitzondering van artikel 1:20, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wft, hetgeen strijd oplevert met artikel 22, derde lid, van de Richtlijn.”

Tot slot verwijst de AFM in dit verband naar artikel 22, derde lid van de Richtlijn. In dit artikel is bepaald dat de Richtlijn niet omzeild kan worden door overeenkomsten een bijzondere vorm te geven:

“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 kredietovereenkomst 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.” [onderstreping toegevoegd, AFM]

72. Mede gelet op de werkwijze van Your Finance (zoals uiteengezet in paragraaf 2.2.2 van het Besluit) richtte Your Finance zich bij haar aanbieding van met name het Spoedkrediet voornamelijk op een doelgroep die snel geld nodig had en niet op andere (goedkopere) wijze aan geld kon komen, bijvoorbeeld omdat de roodstandlimiet op de betaalrekening of de creditcardlimiet is bereikt of wanneer sprake is van een BKR-notering.²⁴ Zoals volgt uit randnummer 71 is de AFM primair uitgegaan van de verschillende en onderscheidende kenmerken van beide producten, zoals de termijn van overboeking en de kosten. Dat de snelheid voor het verkrijgen van een krediet reden was voor consumenten om over te gaan tot het afsluiten

²⁴ Zie pagina 15, 24 en 25 van het Eindrapport ‘Onderbouwing van een maximale vergoeding voor flitskrediet. Onderzoek naar de opbrengsten- en kostenopbouw van kredieten met een looptijd tot één maand’, van 2 juni 2009 van het Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven en Research voor Beleid, zie bijvoorbeeld pagina 54 is te lezen dat “gezien de hoge kosten van flitskrediet vergeleken met alternatieven zoals rood staan en reguliere leningen kan verondersteld worden dat Nederlanders die gebruik maken van flitskredieten hun credit cards of faciliteit om rood te staan hebben uitgeput. Flitskrediet kan ook gebruikt worden door mensen die niet in aanmerking komen voor een reguliere lening, bijvoorbeeld omdat ze een BKR-notering hebben of omdat zij reeds tot hun verantwoord kredietmaximum hebben geleend.”. Zie ook een brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer over het onderzoek naar de maximumkredietvergoeding op flitskredieten (Kamerstukken II 2008/09, 24 515, nr. 157), zie p. 22 van het Onderzoeksrapport. Over de ‘aantrekkelijkheid’ flitskrediet, zie bijvoorbeeld “Wat (...) flitskrediet zo aantrekkelijk maakt is vooral de “instant approval”, omdat het bedrag binnen 24 uur na de aanvraag op de rekening van de lener wordt bijgeschreven.” (p. 15) en “Vooral de snelheid waarmee het geld op de rekening op de rekening wordt bijgeschreven (tussen 10 minuten en 24 uur) zou volgens de aanbieders het flitskrediet aantrekkelijk maken.” (p. 24 en 25).

Datum 16 februari 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 19 van 42

van een flitskrediet, wordt bevestigd door het feit dat een groot deel van de klanten koos voor het Spoedkrediet. De AFM heeft vastgesteld dat in de periode van 25 mei 2011 tot en met 12 juli 2011 ruim 90% van de klanten heeft gekozen voor het Spoedkrediet. Evenals de rechtbank Rotterdam meent de AFM dat dit oordeel niet anders luidt omdat het percentage ten tijde van de zitting bij rechtbank Rotterdam (13 februari 2012), zoals door Your Finance gesteld, was gezakt naar 65%.

73. Tot slot is in dit verband relevant dat in de uitspraak, op het door Your Finance ingediende verzoek om een voorlopige voorziening te treffen, de rechtbank Rotterdam het volgende heeft overwogen:

“AFM stelt zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht op het standpunt dat sprake is van een zeer ernstige overtreding, mede gelet op de duur van de overtreding en nu de bescherming van consumenten met een kwetsbare financiële positie door het niet naleven van de vergunningplicht en het daarmee gepaard gaande ontbreken van toezicht is geschaad. Anders dan verzoekster betoogt, betekent het beschikken over een redelijk inkomen niet dat geen sprake kan zijn van een kwetsbare financiële positie. Met AFM acht de voorzieningenrechter aannemelijk dat in de regel alleen consumenten in een moeilijke financiële positie bereid zullen zijn € 25,- aan extra kosten te maken voor een krediet van € 150,- met een looptijd van drie weken.”²⁵

74. Dat de rechtbank een onjuiste toets aanlegt om tot de conclusie te komen dat sprake is van twee producten volgt de AFM niet. Of sprake is van twee producten dient gekeken te worden naar de kenmerken en voorwaarden van beide producten. De rechtbank neemt hierbij terecht in aanmerking dat het grote verschil tussen beide kredieten de termijn is waarbinnen de consument over het geldbedrag kon beschikken, en dat dit kenmerk voor consumenten van doorslaggevend belang kan zijn. De rechtbank merkt in dat verband tevens op dat hiervan in het geval van Your Finance ook is gebleken, gelet op het percentage klanten dat koos voor een spoedoverboeking. Van een onjuiste toets is dan ook geen sprake.

C. Er is geen sprake van overkreditering.

75. Your Finance geeft aan dat er geen sprake is van overkreditering. Volgens Your Finance is de kern van het verbod om zonder daartoe verplichte vergunning krediet aan te bieden het risico van overkreditering, zoals is geregeld in artikel 4:34, eerste lid, Wft. Your Finance heeft niet in strijd gehandeld met de rationale van artikel 2:60 Wft. De maximale omvang van € 600 van het krediet kan geen problematische schulden veroorzaken. In dit kader wijst Your Finance op de brief van de toenmalige minister van Financiën van 25 augustus 2009 waar deze dit ook heeft erkend. Daarnaast accepteert Your Finance niet elke aanvraag voor het krediet. Your Finance hanteerde een streng acceptatiebeleid. Ook werd gecontroleerd of de aanvrager in het schuldenoverzicht voorkwam. Dit leidde ertoe dat 70-90% werd afgewezen. Van de 39.846 aangevraagde kredieten zijn er 27.544 afgewezen.

²⁵ Vzgr. Rb. Rotterdam, 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636 (rechtsoverweging 7.2).

76. Your Finance merkt op dat de AFM ten onrechte stelt dat het ontbreken van een vergunningplicht per definitie leidt tot het niet naleven van de norm tot overkreditering. Your Finance vindt dat de AFM nalaat te motiveren waarom het cliëntenacceptatieproces onvoldoende is om te beoordelen of het accepteren van een krediet verantwoord is. De AFM heeft echter niet concreet vastgesteld of er ook onverantwoorde kredietverlening plaats heeft gevonden. In dit kader handelt de AFM naar het oordeel van Your Finance ook in strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.
77. Verder geeft Your Finance aan dat er geen sprake is van een kwetsbare groep consumenten die het Spoedkrediet aanvraagt. Zij wijst hierbij onder meer op het gegeven dat de doorsnee aanvrager een man betrof van 37 jaar, met een vast netto maandelijks inkomen van € 1.550 en dat er in de maand juni 2011 10.162 leningen zijn verstrekt aan 4.539 personen die een vast maandelijks inkomen genoten op grond van een arbeidsrelatie.
78. Tot slot merkt Your Finance op dat daadwerkelijke financiële problemen ook niet konden voorkomen, omdat aanvragers die een Voorschotje te laat terugbetaalden de volgende maand niet werden geaccepteerd. Bovendien werden bij niet terugbetaling nagenoeg nooit incassoprocedures opgestart.

Reactie AFM

79. De AFM deelt dit standpunt van Your Finance niet.
80. Voorop staat dat de AFM nimmer heeft gesteld dat door het, zonder daartoe vereiste vergunning, aanbieden van krediet automatisch artikel 4:34 Wft wordt overtreden. Door de vergunningplicht te omzeilen heeft Your Finance zich evenwel onttrokken aan de eisen die de Wft stelt aan het aanbieden van krediet. Eén van die eisen is neergelegd in artikel 4:34 Wft. Deze norm houdt – kortgezegd – in dat een aanbieder van krediet informatie moet inwinnen en aan de hand van die informatie moet beoordelen of de kredietverlening verantwoord is voor de consument in verband met het risico van overkreditering. Dat de minister van Financiën in zijn brief van 25 augustus 2009 zou stellen dat een omvang van een krediet van € 600 gelet op de geringe omvang geoorloofd zou zijn, volgt de AFM niet. Artikel 4:34 Wft bepaalt dan ook dat informatie over de financiële positie van de klant ingewonnen moet worden om te beoordelen of een krediet in het belang van de klant is. De minister van Financiën merkt in dezelfde brief terecht op dat *“Hoewel de omvang van flitskredieten te klein is om alleen door een flitskrediet problematische schulden te veroorzaken, kan een flitskrediet juist in schrijnende gevallen de problematiek wel flink verergeren.”* (onderstreept AFM). Het belang om de financiële positie goed in te winnen wordt door de minister van Financiën dan ook onderschreven.
81. Dat Your Finance haar eigen acceptatiebeleid voerde, doet aan het bovenstaande niet af. Uit het bezwaarschrift²⁶ volgt dat Your Finance bij de eerste uitvraag en bij twijfel een externe kredietcheck uitvoerde. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat Your Finance voldeed aan de normen van artikel 4:34 Wft. Daarbij volgt uit haar bedrijfsvoering dat de reden waarom zij de kredietwaardigheid onderzocht van een potentiële klant van een andere aard is dan waarvoor de norm van artikel 4:34 Wft is bedoeld. Zoals in

²⁶ Pagina 2 van het bezwaarschrift van 28 januari 2014.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 21 van 42

het bezwaarschrift van 28 februari 2012 (bezwaar tegen het besluit van de AFM om een last onder dwangsom op te leggen) staat verwoord is het voor Your Finance van groot belang om krediet te verstrekken aan klanten die het ook daadwerkelijk terugbetalen, omdat een oninbare vordering een afschrijvingspost is voor Your Finance. Dit is een geheel andere invalshoek dan wat wordt beoogd met het bepaalde in artikel 4:34 Wft, namelijk het verstrekken van een voor de klant (financieel) verantwoord krediet.

82. De AFM heeft onderzocht in hoeverre Your Finance artikel 2:60, eerste lid, Wft heeft overtreden. Het is in dit kader niet aan de AFM om te onderzoeken of Your Finance heeft voldaan aan de normen die gelden voor aanbieders die over een vergunning beschikken. Ook hoeft de AFM niet het klantenbestand van Your Finance te onderzoeken. Dat Your Finance een eigen kredietcheck uitvoerde maakt dit oordeel niet anders. Dit betekent ook geenszins dat de AFM, door dit niet te onderzoeken, onzorgvuldig heeft gehandeld, dan wel in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld. Dat Your Finance klanten die het geleende bedrag te laat terugbetaalden in de maand daaropvolgend geen aanvraag deed, doet aan de ernst van de overtreding ook niet af. Hetzelfde geldt voor het feit dat Your Finance nagenoeg nimmer gerechtelijke procedures opstartte. Daarbij geldt dat de regels op het gebied van overkreditering dergelijke situaties juist beogen te voorkomen.

D. Your Finance heeft niet verwijtbaar gehandeld.

83. Allereerst stelt Your Finance dat zij niet verwijtbaar, of althans sterk verminderd, heeft gehandeld doordat de wettelijke norm onduidelijk is. Artikel 2:60 Wft in samenhang met de Uitzonderingsbepaling is onvoldoende bepaald en het ontbreken aan richtinggevende jurisprudentie ten tijde van de vermeende overtreding. In dit kader beroept Your Finance zich op artikel 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Uit deze bepaling volgt dat aan deze bepaling is voldaan als iemand aan de hand van de bewoordingen van de strafbaarstelling kan vaststellen welke gedragingen hem strafrechtelijk aansprakelijk maken. In dit kader is sprake van een punitieve sanctie en zijn de gevolgen verstrekking mede gelet op de publicatie. Daarom moet het bepaaldheidsgebod strikt worden toegepast.
84. Your Finance vult dit aan door te wijzen op jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens²⁷ waaruit volgt dat relevant voor de toetsing van het bepaaldheidsgebod is of de persoon redelijkerwijs kan voorzien wat de gevolgen zijn van bepaald gedrag. In dit kader is van belang dat Your Finance reeds in 2010, dus voordat de Richtlijn werd geïmplementeerd, [REDACTED] heeft gevraagd wat de gevolgen van de Richtlijn zouden zijn voor haar activiteiten. Daarbij heeft [REDACTED] Your Finance nadien niet gewaarschuwd dat de Uitzonderingsbepaling toch strikter moest worden geïnterpreteerd. Ook heeft [REDACTED] haar standpunt niet gewijzigd toen de AFM een last onder dwangsom oplegde. Ten onrechte meent de AFM dat Your Finance hierdoor juist zeer verwijtbaar heeft gehandeld. Samengevat stelt Your Finance dat haar geen verwijt kan worden gemaakt, omdat zij over een advies beschikte waar zij op mocht vertrouwen.

²⁷ EHRM 25 november 1997, RJD, 1997- VII, par. 37 en 50 (Grigoriadesv. Greece) en EHRM 8 juli 1999, NJ 2001, 62 m.nt. EJD, par. 37 (Başkaya and Okçuoglu v. Turkey).

85. Tevens heeft Your Finance niet verwijtbaar, of althans sterk verminderd, gehandeld, omdat Your Finance niet bewust artikel 2:60 Wft heeft overtreden zoals het Besluit suggereert. Your Finance geeft aan dat zij op het advies van [REDACTED] mocht vertrouwen. Daarnaast heeft zij in vergelijking met andere aanbieders van minikredieten niet herhaaldelijk haar bedrijfsmodel veranderd om aan de vergunningplicht te ontkomen. Ook blijkt nergens uit dat Your Finance artikel 2:60 Wft bewust zou hebben overtreden.
86. Verder heeft Your Finance niet verwijtbaar, of althans sterk verminderd, gehandeld, omdat er wel een vergunning aan Your Finance is verleend. Your Finance geeft aan dat de AFM de verwijtbaarheid van Your Finance onvoldoende heeft gemotiveerd, omdat kennelijk de Last op geen enkele wijze in de weg heeft gestaan aan de betrouwbaarheid van de bestuurder en de uiteindelijke vergunningverlening. Your Finance geeft hierbij aan dat zij zich bewust is van het feit dat een handhavingsmaatregel vergunningverlening niet in de weg hoeft te staan, maar gelet op de ernstige bewoordingen die de AFM gebruikt in het Besluit strookt dit niet met de vergunningverlening.
87. Tot slot heeft Your Finance niet verwijtbaar, of althans sterk verminderd, gehandeld, omdat de periode van de overtreding onjuist is en juist langer is geworden door het optreden van de AFM. Volgens Your Finance was het kennelijk reeds vanaf eind mei 2011 evident dat Your Finance artikel 2:60, eerste lid, Wft overtrad maar heeft het vijf maanden geduurd voordat de AFM een voornemen tot een last onder dwangsom verstuurd. Dit heeft tot gevolg dat de periode van overtreding ook langer is vastgesteld door de AFM. Daar komt bij dat Your Finance op 21 november 2011 al had aangeboden met haar bedrijfsmodel te stoppen, maar dat de AFM dit per brief van 2 december 2011 heeft afgewezen.²⁸

Reactie AFM

88. De AFM volgt Your Finance niet.
89. De AFM heeft Your Finance eerst op 30 mei 2011, slechts een paar dagen na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn, gewezen op de Richtlijn en het feit dat hierdoor alle consumentenkredieten, waaronder flitskredieten, onder de reikwijdte van de Wft vallen. Vervolgens heeft de AFM op 12 juli 2011 een informatieverzoek gestuurd, waarin het vermoeden is geuit dat Your Finance mogelijk artikel 2:60, eerste lid, Wft overtrad. Op 7 november 2011 heeft de AFM het voornemen tot het opleggen van een last verstuurd. De AFM is op dat moment tot de conclusie gekomen dat Your Finance artikel 2:60, eerste lid, Wft heeft overtreden. Dat de AFM niet gelijk een definitief standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de activiteiten van Your Finance, betekent niet dat Your Finance hieraan het vertrouwen mocht ontlenen dat zij haar activiteiten zonder vergunning mocht voortzetten. De AFM stelt daarbij voorop dat marktpartijen te allen tijde een eigen verantwoordelijkheid hebben om zich aan wet- en regelgeving te houden, ook als de AFM nog geen uitsluitsel heeft gegeven.²⁹

²⁸ Brief van 2 december 2011 met kenmerk [REDACTED].

²⁹ Zie bijvoorbeeld rechtsoverweging 10.3 van de Voorlopige Voorzieningenuitspraak; Cbb 25 juni 2013, *ECLI:NL:CBB:2013:4*.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 23 van 42

90. Tevens staat voorop dat geruime tijd voordat flitskredieten formeel onder de reikwijdte van de Wft vielen, het bekend was hoe de nieuwe wetgeving volgens de wetgever geïnterpreteerd zou worden. In de Richtlijn is immers in de artikelen 2 en de 3 duidelijk uiteengezet wanneer het aanbieden van krediet niet onder het toepassingsbereik van de Richtlijn valt. Ook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Richtlijn is hier duidelijk over:

“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 zogenaamd <<flitskrediet>>. Flitskrediet valt door de implementatie van de richtlijn ook onder de Wet op financieel toezicht. Onder de bedoelde kosten wordt zowel rente als alle eventuele andere kosten onder welke noemer dan ook verstaan.”

Door kennis te nemen van de Richtlijn, de wettekst en de bijbehorende Memorie van Toelichting had Your Finance zich een duidelijk beeld kunnen vormen van het toepassingsbereik van de norm. De norm was aldus naar het oordeel van de AFM voldoende duidelijk en kenbaar. Het advies van [REDACTED] dateert van mei 2010. In dit advies wordt Your Finance er expliciet op gewezen dat het niet ondenkbaar is dat de AFM de door Your Finance opgetuigde constructie zal beschouwen als het ontduiken van de wet- en regelgeving. Het had op de weg van Your Finance gelegen om zich te wenden tot de AFM en navraag te doen naar de reikwijdte van de vergunningplicht. Your Finance heeft dit niet gedaan. Bovendien maakt Your Finance niet duidelijk (ook niet in bezwaar) wat zij precies onduidelijk vond in de wetgeving. Vast staat dat Your Finance zich niet tot de AFM heeft gewend met het verzoek om de norm van artikel 2:60 Wft en de Uitzonderingsbepaling te verhelderen. Door de AFM is zij op 30 mei 2011 gewezen op de relevante wet- en regelgeving en heeft de AFM reeds op 12 juli 2011 haar vermoeden geuit dat Your Finance artikel 2:60 Wft overtrad. Your Finance is echter doorgegaan met het aanbieden van krediet. De AFM verwijst in dit verband naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 24 januari 2013. De voorzieningenrechter oordeelde als volgt:

“Tegen deze achtergrond is ook van belang dat DNB verzoeker tijdens het gesprek op 26 juli 2011 op mogelijke overtreding van artikel 2:11 van de Wft heeft gewezen. Niet gebleken is dat daarna nog advies is gevraagd toegespitst op het onderdeel van de kredietuitzettingen, zodat het ervoor gehouden moet worden dat verzoeker de overtreding heeft laten voortduren.”³⁰

Voor het standpunt dat het advies van [REDACTED] Your Finance niet kan baten, vindt de AFM voorts steun in de uitspraak van de voorlopige voorzieningenrechter van 7 maart 2014 (rechtsoverweging 6.4).³¹

“Uit het advies blijkt niet dat bij de advisering is betrokken dat verzoekster, indien niet om een spoedoverboeking werd verzocht, niet meer dan een inspanningsverplichting had om een [lening] binnen vijf werkdagen na acceptatie op de rekening van de aanvrager te storten, terwijl de termijn voor terugbetaling reeds op het moment van die acceptatie was gaan lopen. Ook blijkt uit

³⁰ Vzng. Rb. Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5156.

³¹ Vzng. Rb. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636.

het advies niet dat bij de advisering is betrokken dat een kredietaanvraag per SMS automatisch werd beschouwd als een verzoek om een spoedoverboeking en een verzoek om een papieren factuur, waaraan per [lening] meer dan onbetekenende kosten waren verbonden. Verder valt op dat de adviseur dit bedrijfsmodel een constructie noemt en opmerkt dat niet valt uit te sluiten dat AFM deze constructie zal aanmerken als het ontduiken van wet- en regelgeving. Het standpunt van de adviseur dat een rechter in dat geval anders zou moeten oordelen dan AFM is met geen enkel argument onderbouwd. Verzoekster mocht er dan ook niet op vertrouwen dat met de door haar gekozen werkwijze de Wft niet zou worden overtreden, te meer nu uit het advies valt op te maken dat het verdienmodel van doorslaggevend belang kan zijn bij de vraag of kosten zijn aan te merken als kosten van het krediet. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het ingewonnen advies geen grond biedt voor het oordeel dat bij verzoekster sprake is van afwezigheid van alle schuld wegens dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van haar gedragingen. Evenmin bestaat aanleiding te concluderen dat de overtreding minder ernstig of verwijtbaar is omdat verzoekster juridisch advies heeft ingewonnen. Gezien het voorgaande was er voor verzoekster voldoende aanleiding haar bedrijfsmodel vooraf voor te leggen aan AFM met de vraag of zij was uitgezonderd van de vergunningplicht. De gevolgen van de keuze van verzoekster om dit niet te doen, komen voor haar rekening en risico”.

91. Dat aan Your Finance een vergunning is verleend, doet evenmin af aan de verwijtbaarheid van de overtreding. Bij de vergunningverlening heeft de AFM er expliciet op gewezen dat er nog een onderzoek loopt naar overtreding van artikel 2:60 Wft en dat de AFM zo nodig passende maatregelen kan treffen. Ook het betoog dat de AFM eerder had moeten ingrijpen faalt. De AFM dient voorafgaand aan het opleggen van een last onder dwangsom een zorgvuldig onderzoek te verrichten en van een onredelijke lange termijn is geen sprake. Bovendien geldt zoals hierboven al is vermeld telkens een eigen verantwoordelijkheid om aan de wet- en regelgeving te voldoen, ook als de AFM nog geen definitief uitsluitsel heeft gegeven.

E. De vaststelling van de hoogte van de boete op grond van artikel 1:81, zesde lid, Wft is ongegrond.

92. Your Finance geeft aan dat de boeteoplegging op grond van artikel 1:81, zesde lid, Wft ongegrond is, omdat deze niet evenredig is met de aard van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Daarnaast betreft artikel 1:81, zesde lid, Wft een discretionaire bevoegdheid. Ook strookt de boeteoplegging niet met de boeteoplegging aan [REDACTED], omdat [REDACTED] bij herhaling haar bedrijfsmodel heeft aangepast om te ontkomen aan de vergunningplicht. In dit kader wijst Your Finance tevens naar de op 18 november 2013 opgelegde boete aan [REDACTED]. Deze boete is alleen maar gebaseerd op artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft, zonder toepassing van het zesde lid van artikel 1:81, Wft.
93. Daarnaast kan Your Finance ook niet volgen waarom de AFM toepassing heeft gegeven aan artikel 1:81, zesde lid, Wft. De AFM had immers in theorie ook op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft een boete kunnen opleggen van € 2.000.000.
94. Verder heeft de AFM het voordeel van € [REDACTED] van Your Finance op basis van een onterechte grondslag berekend, omdat de parlementaire geschiedenis van artikel 1:81, zesde lid, Wft betrekking heeft

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina

25 van 42

op het gebruik van voorwetenschap of marktmanipulatie. Ook laat de AFM na te motiveren wat de relevante momenten zijn bij het bepalen van de omvang van de overtreding. Tevens handelt de AFM in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat de AFM naar eigen inzicht en op volstrekt willekeurige basis het voordeel berekent.

Reactie AFM

95. Voor overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) een basisbedrag van € 2.000.000. In het zesde lid van artikel 1:81 Wft is bepaald dat, in afwijking van het eerste en tweede lid, de boete kan worden vastgesteld op *“ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen indien diens voordeel groter is dan € 2.000.000”*. Het is juist dat de AFM van deze mogelijkheid gebruik kan maken en niet moet maken. Dat de AFM ook ‘in theorie’ op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft een boete van € 2.000.000 kan opleggen maakt niet dat zij geen gebruik kan maken van het bepaalde in het zesde lid van artikel 1:81 Wft.
96. In dit geval heeft de AFM met toepassing van artikel 1:81, zesde lid, Wft, de boete vastgesteld op een bedrag van € 2.000.000. In artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft zijn de basisbedragen van de drie boetecategorieën opgenomen en wordt voor de uitwerking verwezen naar het Bbbfs. Het Bbbfs bevat onder meer bepalingen inzake verhoging of verlaging van het basisbedrag met maximaal 50% in verband met de ernst/duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Ook is in het Bbbfs opgenomen dat de toezichthouder bij het vaststellen van de boete rekening houdt met de draagkracht van de overtreder en de boete op grond van draagkracht kan verlagen met maximaal 100%.
97. Bij toepassing van het zesde lid van artikel 1:81 Wft is het Bbbfs niet van toepassing en daarmee ook niet de genoemde stappen voor een verhoging of verlaging van het basisbedrag van de boete op grond van ernst en/of duur van de overtreding en/of verwijtbaarheid, dan wel de draagkracht van de overtreder. Niettemin heeft de AFM in het Besluit met die elementen uit het oogpunt van zorgvuldige besluitvorming ex artikel 5:46 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) rekening gehouden.
98. Your Finance heeft niet onderbouwd waarom de boeteoplegging aan Your Finance niet strookt met een boeteoplegging aan [REDACTED] en/of [REDACTED]. anders dan dat de AFM in die gevallen geen boete heeft opgelegd met toepassing van artikel 1:81, zesde lid Wft. Dit verschil maakt echter geenszins dat sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel.
99. Dat de AFM de boetehoogte op basis van een onterechte grondslag heeft berekend, omdat de parlementaire geschiedenis van artikel 1:81, zesde lid, Wft enkel betrekking heeft op het gebruik van voorwetenschap of marktmanipulatie, is onjuist. Hoewel in eerste instantie de toevoeging van artikel 1:81, zesde lid, Wft uitsluitend zag op het gebruik van voorwetenschap en marktmanipulatie, heeft de wetgever gedurende het wetgevingsproces uitdrukkelijk bepaald dat het vaststellen van de boetehoogte op basis van het zesde lid van artikel 1:81 Wft niet is voorbehouden aan zaken die zien op voorkennis en marktmanipulatie. Niet alleen bij voorkennis en marktmanipulatie is het denkbaar dat het voordeel uit een overtreding van de financiële wetten groter is dan de boete. Dit geldt ook voor andere overtredingen. Ook dan moet het voor de

toezichthouder mogelijk zijn om het wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen. Door de mogelijkheid tot verhoging tot maximaal het dubbele kan de toezichthouder ervoor zorg dragen dat de overtreding niet slechts *financiën-neutrale gevolgen heeft voor de overtreder. De berekeningsgrondslag voor de eventuele verhoging van de bestuurlijke boete is analoog van de berekeningsgrondslag zoals genoemd in de nota van wijziging van 27 november 2008.*³²

100. Het betoog dat de AFM in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel heeft gehandeld omdat zij naar eigen inzicht en op volstrekt willekeurige basis het voordeel heeft berekend, faalt. Uit de wetgeschiedenis volgt allereerst dat er op voorhand geen vaste formule bestaat voor het berekenen van het financieel voordeel:

“(...) Daarom valt er geen vaste formule aan te geven voor het berekenen van het financieel voordeel”.³³

Bovendien heeft Your Finance niet onderbouwd waarom zij van oordeel is dat de door AFM gehanteerde formule op het onderhavige geval niet van toepassing kan zijn.

101. Bij het berekenen van het behaalde voordeel is de AFM uitgegaan van de omzet minus de kosten. Voor het berekenen van de omzet is de AFM uitgegaan van de volgende inkomsten: de kosten van de spoedoverboeking, de factuurkosten en de kosten voor de boetes (tijdens de periode van de overtreding).³⁴ Met betrekking tot de kosten heeft de AFM een schatting gemaakt van de in de periode van de overtreding gemaakte kosten gebaseerd op de inrichtingsjaarrekening over 2011. De AFM heeft deze schatting gemaakt omdat Your Finance onvoldoende gegevens over 2012 kon overleggen en het grootste deel van de periode van de overtreding in 2011 plaatsvond. Na heroverweging van het primaire oordeel is de AFM van oordeel dat de AFM in het Besluit deze schatting op de juiste gronden heeft gemaakt en dat de AFM niet op een willekeurige wijze het voordeel heeft berekend. Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is derhalve ook geen sprake.

F. De AFM heeft op oneigenlijke gronden om de financiële gegevens gevraagd.

102. De AFM had in de zienswijze-zitting naar aanleiding van het voornemen van de AFM om een bestuurlijke boete op te leggen Your Finance in de gelegenheid moeten stellen te reageren op het gegeven dat de boetehoogte is gebaseerd op artikel 1:81, zesde lid, Wft. Naar het oordeel van Your Finance is het onlogisch om reeds bij voorbaat te kennen te geven een bepaalde boete niet te kunnen betalen zonder ook maar zicht te hebben op de hoogte van de boete. Daarnaast heeft de AFM naar het oordeel van Your Finance de indruk gewekt financiële gegevens op te vragen om juist geen al te hoge boete op te leggen gelet op het draagkrachtbeginsel. De AFM blijkt nu de financiële gegevens te hebben opgevraagd met als enige doel via de weg van artikel 1:81, zesde lid, Wft een zo hoog mogelijke boete op te leggen aan Your Finance. Tevens is naar het oordeel van Your Finance de stelling van de AFM onjuist dat Your Finance willens en wetens financiële gegevens zou hebben achtergehouden. Tot slot merkt Your Finance op dat zij haar fiscale

³² Kamerstukken II, 2008/09, 31458, nr. 16, p. 3.

³³ Kamerstukken II, 2008/09, 31 458, nr. 7.

³⁴ Zie paragraaf 3.2.3.1 van het Besluit.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 27 van 42

gegevens niet heeft achtergehouden. Your Finance is per 1 april 2011 tot een fiscale eenheid gaan behoren met [REDACTED] en heeft daarom de aangiftes over de jaren 2011 en 2012 slechts op geconsolideerde basis financiële gegevens weergegeven.

Reactie AFM

103. Op grond van artikel 5:53, zesde lid, Awb is Your Finance in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven op het voornemen van de AFM om een boete op te leggen. Het is vaste jurisprudentie dat de AFM niet al bij het voornemen is gehouden kenbaar te maken op welk bedrag zij voornemens is de boete vast te stellen.³⁵ In het verlengde daarvan is zij evenmin gehouden reeds bij het uitsturen van het voornemen kenbaar te maken dat zij voornemens is de boete op grond van het zesde lid van artikel 1:81 Wft vast te stellen. De zienswijze kan er onder meer toe dienen om nadere financiële en andere gegevens te vergaren die tot afwijking van het basisbedrag kunnen nopen. De zienswijze is - anders dan Your Finance suggereert - niet bedoeld voor het voeren van verweer tegen een voorgenomen hoogte van de boete.³⁶
104. In het boetevoornemen staat vermeld dat voor overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft een basisbedrag geldt van € 2.000.000 en dat bij het bepalen van de hoogte van de boete de AFM rekening houdt met de omvang van Your Finance en dat de AFM Your Finance daarom verzoekt inzicht te verstrekken over haar financiële positie. In het boetevoornemen staat eveneens vermeld dat als Your Finance van mening is dat zij niet in staat is om de boete te betalen zij een onderbouwd beroep kan doen op beperkte draagdracht en daarbij inzicht dient te geven in haar financiële gegevens door middel van het bij het voornemen gevoegde formulier. De AFM heeft dus Your Finance verzocht om haar de benodigde gegevens te verstrekken over de omvang en de financiële positie van de onderneming op basis waarvan de hoogte van de boete kon worden vastgesteld. Daarnaast heeft de AFM Your Finance in de gelegenheid gesteld om – indien van toepassing – een beroep te doen op beperkte draagkracht zodat de AFM bij het vaststellen van de hoogte daar rekening mee kan houden. Zoals ook in het Besluit in paragraaf 3.2.2 staat verwoord, heeft de AFM in haar voornemen om aan Your Finance een bestuurlijke boete op te leggen tevens vermeld dat als Your Finance geen onderbouwing verstrekt, zij de AFM niet in staat stelt de boete toe te spitsen op de mogelijk beperkte omvang van Your Finance, en dat de boete in dat geval hoger kan uitvallen. De AFM heeft daarbij nogmaals het belang benadrukt van het verstrekken van een onderbouwing van de informatie inzake de financiële positie van Your Finance. Your Finance heeft bij brief van 16 oktober 2013 aan dit verzoek van de AFM gedeeltelijk voldaan. Van een oneigenlijke grond op basis waarvan de AFM deze gegevens zou hebben verzocht is daarom ook geen sprake.
105. Of de AFM gebruik kan maken van de aan haar in artikel 1:81, zesde lid, Wft gegeven bevoegdheid is afhankelijk van de bij haar beschikbare informatie. Naast de al bij de AFM beschikbare informatie is een deel van deze informatie onder meer in het kader van de zienswijze op het voornemen aan de AFM verstrekt. Zoals ook in het Besluit staat vermeld, kon de AFM uit de bij haar beschikbare gegevens afleiden

³⁵ Vzgr. Rb. Rotterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5156.

³⁶ Zie voetnoot 36.

Datum 16 februari 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 28 van 42

dat Your Finance door middel van onderhavige overtreding een financieel voordeel had behaald groter dan € 2.000.000.³⁷ Uit de gedeponeerde jaarrekening over 2011 volgt namelijk een netto omzet van € [REDACTED].

106. Op grond van het bovenstaande komt de AFM tot de conclusie dat Your Finance afdoende in de gelegenheid is gesteld om haar zienswijze te geven en tevens dat de AFM niet op oneigenlijke gronden heeft verzocht om inzicht te verkrijgen in de financiële positie van Your Finance. Van schending van het bepaalde in artikel 5:53, derde lid, Awb is daarom geen sprake. Heroverweging leidt dan ook niet tot een ander oordeel.

G. Vaststelling behaalde voordeel is onjuist berekend.

107. Your Finance stelt zich op het standpunt dat de AFM het verkregen voordeel onjuist heeft berekend en dat zij in haar eigen straatje redeneert. Allereerst is de AFM bij het bepalen van het voordeel uitgegaan van de omzet verminderd met de kosten, zonder rekening te houden met belastingen. Daarnaast heeft de AFM de kosten van Your Finance in de periode van de vermeende overtreding geschat, terwijl zij voor de inkomsten uitgaat van de exacte periode. De inschatting van de kosten heeft betrekking op de jaarrekening van 2011 terwijl het voordeel is gebaseerd op de periode van de overtreding. Ook heeft de AFM de gehele post 'overige bedrijfskosten: overige personeelskosten' buiten beschouwing gelaten. In dit kader geeft Your Finance aan dat het niet aan de AFM is om te bepalen of kosten buiten beschouwing worden gelaten. De AFM had volgens Your Finance rekening moeten houden met de werkelijke kosten. Over 2011 heeft Your Finance in totaal aan kosten € [REDACTED] gemaakt. Over 2012 is dit een totaalbedrag van € [REDACTED].
108. Your Finance merkt in bezwaar op dat de post oninbare vorderingen een zeer substantiële post is, vanwege de hoge kosten van gerechtelijke incassoprocedures en het gegeven dat Your Finance niet over pressiemiddelen beschikt. Ook stelt Your Finance dat de AFM de gehele post 'kostprijs' onterecht buiten beschouwing heeft gelaten. Voorts had de AFM onder meer uit de concept winst- en verliesrekening over 2012 kunnen opmaken dat Your Finance een verlies heeft geleden van € [REDACTED]. Hier had zij rekening mee moeten houden.

Reactie AFM

109. In het Besluit heeft de AFM aangegeven op basis van welke berekening zij tot het verkregen voordeel is gekomen. Zoals hierboven staat vermeld, heeft de wetgever aangegeven dat niet op voorhand een formule gegeven kan worden voor het berekenen van het voordeel (zie randnummer 100). Naar het oordeel van de AFM heeft zij bij de berekening geen rekening te houden met belastingen. Het complexe en variabele karakter van het fiscale stelsel brengt met zich dat door het buiten beschouwing laten van de belastingen een gelijkwaardiger en consistentere beeld kan worden gegeven. De AFM verwijst hierbij naar het uitgangspunt in het strafrecht, waarin is bepaald dat bij de bepaling van wederrechtelijk voordeel geen rekening gehouden hoeft te worden met belastingheffing.³⁸

³⁷ Uit de gedeponeerde jaarrekening over 2011 bleek bijvoorbeeld een netto omzet van € [REDACTED]

³⁸ NJ 1998, 499.

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina

29 van 42

110. Bij de berekening van het behaalde voordeel heeft de AFM in het Besluit allereerst de bruto-omzet bepaald.³⁹ Deze berekening in het Besluit moet, voor zover zij niet reeds is herhaald, hier als herhaald en ingelast worden beschouwd. In aanvulling merkt de AFM op dat om tot het behaalde voordeel te komen de bruto-omzet moet worden verminderd met de kosten die Your Finance heeft gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding. Uiteraard moet het daarbij om kosten gaan, waarvan aannemelijk is dat die reëel zijn en ook daadwerkelijk zijn gemaakt. Met reële kosten bedoelt de AFM de kosten die in direct verband staan met het begaan van de overtreding.⁴⁰ Niet valt in te zien waarom de AFM door uit te gaan van een schatting met betrekking tot de kosten Your Finance tekort doet. De AFM verwijst hierbij naar randnummer 98 van dit besluit. Hoewel Your Finance grootboekkaarten heeft overgelegd die zien op het jaar 2012, staat ook vast dat Your Finance over 2012 geen inrichtingsjaarrekening kan overleggen. De AFM merkt in dit verband nogmaals op dat het aan Your Finance is om met concrete en volledige gegevens te onderbouwen wat haar kosten in 2011 en 2012 zijn geweest. Als de AFM uit de door Your Finance verstrekte gegevens geen volledig en compleet beeld kan krijgen van de financiële positie van Your Finance, is de AFM genoodzaakt een schatting te maken, dan wel bepaalde kosten buiten beschouwing te laten. Van een onjuiste maatstaf is naar het oordeel van de AFM dan ook geen sprake. Hierna zet de AFM uiteen waarom zij - na heroverweging - bepaalde kosten wel of niet in aanmerking neemt bij de berekening van het behaalde voordeel.
111. In het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting heeft Your Finance een nadere toelichting gegeven op de kosten. Uit de inrichtingsjaarrekening over 2011 volgt dat Your Finance in totaal € [redacted] aan kosten heeft gemaakt (€ [redacted] post 'kostprijs'⁴¹ en € [redacted] post 'lonen, afschrijvingen en overige bedrijfskosten'). Ter onderbouwing van de post 'kostprijs' heeft Your Finance in de bezwaarfase afschriften van de grootboekrekeningen overgelegd die zien op de periode van de overtreding. Tevens heeft op verzoek van de AFM een door Your Finance aangewezen registeraccountant een aantal posten nader onderzocht, te weten 'oninbare vorderingen', overige posten van de post 'kostprijs' en de posten 'consultancy' en 'werk derden'. Bij brief van 10 december 2014 heeft de door Your Finance aangewezen registeraccountant hierover gerapporteerd. Bij e-mailbericht van 14 december 2014 heeft Your Finance dit rapport van de registeraccountant aan de AFM verstrekt.
112. Kort samengevat, heeft Your Finance met betrekking tot de (schatting van de) kosten het volgende naar voren gebracht:
- *De kosten zijn gebaseerd op de jaarrekening van 2011 terwijl met betrekking tot de omzet de exacte periode het uitgangspunt heeft gevormd.*

Reactie AFM:

³⁹ Zie paragraaf 3.2.3.1 van het Besluit.

⁴⁰ Zie HR 13 oktober 2009. ECLI:NL:HR:2009:BJ3254.

⁴¹ Deze post bestaat onder meer uit de post 'oninbare vorderingen', 'marketingkosten' en 'sponsoring kosten'.

Zoals hierboven reeds opgemerkt, heeft de AFM - om de hierboven genoemde redenen - bij het berekenen van het voordeel zich voor een groot deel gebaseerd op de jaarrekening van 2011 en heeft zij daarbij - naar het oordeel van de AFM op een correcte wijze - een schatting gemaakt van de kosten in de periode van de overtreding (zie randnummer 101).

- *De AFM heeft ten onterechte de post 'Overige bedrijfskosten: overige personeelskosten' buiten beschouwing gelaten.*

Reactie AFM:

De post 'Overige bedrijfskosten: overige personeelskosten' bedraagt € [REDACTED] en bestaat uit de volgende onderdelen: 'consultancy', 'werk derden', 'vergoedingen', 'huishoudelijke uitgaven' en 'overige personeelskosten'. In het Besluit is deze post volledig buiten beschouwing gelaten.

'consultancy'

Ter onderbouwing van de post 'consultancy' heeft Your Finance facturen van [REDACTED] overgelegd. Uit de bovengenoemde brief van de registeraccountant die op 14 december 2014 aan de AFM is overgelegd, volgt dat deze post door de registeraccountant is beoordeeld. Tijdens de hoorzitting heeft Your Finance toegelicht dat deze kosten zijn gemaakt voor het ontwikkelen van een model dat Your Finance helpt bij het selecteren van haar klantenbestand. Desgevraagd heeft Your Finance rekeningafschriften van de betalingen verstrekt. De door de AFM verzochte samenwerkingsovereenkomsten heeft Your Finance niet kunnen overleggen, omdat er geen samenwerkingsovereenkomsten zijn gesloten tussen Your Finance en [REDACTED]. Your Finance heeft ook niet anderszins kunnen aantonen dat er een samenwerkingsverband bestaat met deze partij. Ook de registeraccountant heeft ondanks zijn verzoek geen onderliggende overeenkomst verkregen van Your Finance. Voor het overige heeft Your Finance deze post niet onderbouwd. Op basis van de door Your Finance overgelegde gegevens valt naar het oordeel van de AFM niet vast te stellen dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding. De AFM vindt de kosten hoog en acht het, mede gelet op de hoogte van het bedrag, onwaarschijnlijk dat Your Finance geen schriftelijke samenwerkingsovereenkomst is aangegaan met [REDACTED]. Gelet op het bovenstaande zal de AFM ook na heroverweging de kosten die Your Finance ten behoeve van [REDACTED] heeft gemaakt, niet in aanmerking nemen.

'werk derden'

Ter onderbouwing van de post 'werk derden' heeft Your Finance grootboekkaarten overgelegd. Deze post betreft in zijn geheel de kosten voor het inlenen van telefoonservicediensten van [REDACTED], zijnde een groepsvennootschap van Your Finance. Om die reden is volgens Your Finance geen samenwerkingsovereenkomst opgesteld. Ook de registeraccountant heeft ondanks zijn verzoek geen onderliggende overeenkomst verkregen van Your Finance. De AFM moet vaststellen dat Your Finance niet heeft kunnen aantonen dat de kosten die verband houden met de post 'werk derden' ook daadwerkelijk zijn gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding. Naar het oordeel van de AFM komt het voor rekening van Your Finance dat zij geen stukken kan overleggen waaruit blijkt dat Your Finance deze kosten heeft gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding. Deze kosten zal de AFM derhalve - ook na heroverweging - buiten beschouwing laten.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 31 van 42

'vergoedingen'

Ter onderbouwing van de post 'vergoedingen' heeft Your Finance eveneens een grootboekkaart overgelegd. Als toelichting geeft Your Finance dat deze vergoeding ziet op kosten gemaakt voor het openbaar vervoer door werknemers die niet beschikten over een leasewagen. Deze kosten zal de AFM bij herovergeng van het Besluit in aanmerking nemen. Op basis van de overgelegde grootboekkaart komt dit neer op een bedrag van € [REDACTED].

'huishoudelijke uitgaven'

Ten aanzien van de post 'huishoudelijke uitgaven' heeft Your Finance opgemerkt dat deze ziet op diverse uitgaven, zoals ten behoeve van de kantine, kantoorbenodigdheden en de jaarlijkse lidmaatschapsbijdrage aan thuiswinkel.org. Your Finance heeft tevens een grootboekkaart overgelegd. Deze kosten zal de AFM bij heroverweging van het Besluit in aanmerking nemen. Op basis van de overgelegde grootboekkaart komt dit neer op een bedrag van € [REDACTED].

'overige personeelskosten'

De post 'overige personeelskosten' heeft onder andere betrekking op pensioenbetalingen aan Nationale Nederlanden, kosten voor trainingen/cursussen en de huur van woonruimte ten behoeve van een buitenlandse werknemer. Ook ten aanzien van deze post heeft Your Finance een grootboekkaart overgelegd. Deze kosten zal de AFM bij heroverweging van het Besluit in aanmerking nemen. Op basis van de overgelegde grootboekkaart komt dit neer op een bedrag van € [REDACTED].

- *Your Finance stelt voorts dat de AFM onterecht de hele post 'kostprijs' buiten beschouwing heeft gelaten. De omvang van de oninbare vorderingen blijken voorts uit de door Your Finance overgelegde lijst van overgedragen dossiers.*

Reactie AFM:

De totale post 'kostprijs' bedraagt € [REDACTED]. Deze post is in de jaarrekening 2011 direct in mindering gebracht op de winst. De AFM merkt hieromtrent op dat het in dit geval voor de hand had gelegen als Your Finance hiervoor gedeeltelijk een voorziening had getroffen voor de mogelijk oninbare vorderingen (en dit tevens als zodanig had vermeld in de winst- en verliesrekening) en/of deze post had toegelicht in de winst- en verliesrekening. Een groot deel betreft de post 'Afboeking oninbare leningen' van € [REDACTED] (geheel 2011) en € [REDACTED] (€ [REDACTED] en € [REDACTED]) over de eerste twee maanden van 2012. Het overige deel van de post 'kostprijs' bestaat uit - samengevat - sponsoring kosten, marketingkosten en 'kosten omzet' (deze term hanteert Your Finance in haar grootboekkaarten). Onder 'kosten omzet' vallen kosten voor een kredietcheck, behandelingskosten en shortcodes.

Zoals hierboven ook al is opgemerkt, is het aan Your Finance om met concrete en volledige gegevens te onderbouwen wat haar kosten zijn geweest. Is Your Finance hiertoe niet in staat dan is de AFM genoodzaakt om bij de berekening van het voordeel bepaalde – niet nader onderbouwde – posten buiten beschouwing te laten. Deze kosten heeft Your Finance in bezwaar onderbouwd door middel van overlegde grootboekkaarten in combinatie met een Excel-overzicht. De AFM heeft Your Finance in de

Datum	16 februari 2015
Ons kenmerk	██████████
Pagina	32 van 42

gelegenheid gesteld om de post 'kostprijs' nader te onderbouwen door gegevens te laten controleren door een registeraccountant. Met betrekking tot de post oninbare vorderingen heeft de AFM onder meer verzocht te laten verifiëren of de leningen van deze post 'oninbare vorderingen' zijn verstrekt en niet zijn terugbetaald.

Met betrekking tot de post 'oninbare vorderingen' heeft de registeraccountant ten aanzien van een deelwaarneming geoordeeld dat Your Finance haar procedure met betrekking tot het afboeken heeft gevolgd. Omdat Your Finance als procedure hanteerde om als afboekingsdatum de datum van de verstrekking van de lening te hanteren, is niet meer vast te stellen of de afboeking 90 dagen na geldverstrekking heeft plaatsgevonden. De registeraccountant heeft niet vastgesteld of de leningen niet zijn terugbetaald aan Your Finance. Wel heeft de registeraccountant ten aanzien van de deelwaarneming kunnen vaststellen dat de ontvangsten (uit terugbetaalde leningen) op de juiste debiteur zijn geboekt. Ondanks het verzoek van de AFM aan Your Finance om te laten verifiëren dat de leningen van de post 'oninbare vorderingen' daadwerkelijk niet zijn terugbetaald, heeft de registeraccountant niet geverifieerd dan wel vastgesteld dat dit het geval is. De AFM moet daarom constateren dat Your Finance niet heeft aangetoond dat de leningen van de post 'oninbare vorderingen' niet zijn terugbetaald door consumenten. Hierdoor is naar het oordeel van de AFM onvoldoende aannemelijk gemaakt dat deze kosten reëel zijn dan wel dat Your Finance deze kosten daadwerkelijk heeft gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding.

De AFM heeft daarom ook besloten om het bedrag van € ████████ (€ ████████ (totaal oninbare vorderingen periode van overtreding) minus € ████████ (alsnog geïnde vorderingen periode van overtreding) niet in aanmerking te nemen bij de berekening van het behaalde voordeel.

Wat betreft het overige deel van de post 'kostprijs' (sponsoring kosten, marketingkosten en 'kosten omzet') heeft de AFM op basis van de beschikbare gegevens niet kunnen vaststellen of deze kosten zijn gemaakt in het kader van het begaan van de overtreding, met uitzondering van de kosten die zijn gemaakt voor het checken van de kredietwaardigheid. Dit betekent dat de AFM alleen een bedrag van € ████████ in aanmerking zal nemen bij de berekening van het financieel voordeel.

- *Uit de conceptjaarrekening 2012 blijkt volgens Your Finance dat zij een aanzienlijk verlies van € ████████ heeft geleden.*

Op dit punt komt de AFM hieronder terug onder het kopje 'draagkracht'.

In onderstaande tabel laat de AFM zien welke kostenposten de AFM in het onderhavig besluit in aanmerking neemt bij het berekenen van het voordeel.

Datum 16 februari 2015

Ons kenmerk

Pagina

33 van 42

	Bedrag in jaarrekening	Besluit na heroverweging
Lonen, salarissen en sociale lasten		Idem als Besluit.
Afschrijvingen op materiële en immateriële vaste activa		Idem als Besluit.
Overige bedrijfskosten: overige personeelskosten		De post 'consultancy' en werk derden worden niet in aanmerking genomen. De posten 'vergoedingen', 'huishoudelijke uitgaven' en 'overige personeelskosten' wel.
Overige bedrijfskosten: autokosten		Idem als Besluit.
Overige bedrijfskosten: huisvestingskosten		Idem als Besluit.
Overige bedrijfskosten: verkoopkosten		Idem als Besluit.
Overige bedrijfskosten: algemene kosten		Idem als Besluit.
Financiële baten en lasten / Diverse baten en lasten		Idem als Besluit.
Post 'Kostprijs'		Onderdeel 'credit checks' wordt in aanmerking genomen.
Totaal in aanmerking genomen kosten (na heroverweging)	€ 779.346	

Evenals in het Besluit gaat de AFM bij de berekening van het voordeel uit van omzet minus de kosten in de periode 25 mei 2011 tot 21 februari 2012. De omzet bedroeg in deze periode van overtreding € 3.297.070⁴². Uit bovenstaande tabel volgt dat de AFM na heroverweging uitkomt op een bedrag aan kosten van € 779.364. Op basis hiervan komt de AFM na heroverweging uit op een voordeel van € 2.517.706.

⁴² Zie paragraaf 3.2.3.1 van het Besluit.

113. Nu het verkregen voordeel meer bedraagt dan € 2.000.000, zal de AFM na heroverweging evenals in het Besluit de hoogte van de boete vaststellen op grond van artikel 1:81, zesde lid Wft. De AFM vindt een boete van € 2.000.000 passend, zoals ook vastgesteld in het Besluit en ziet geen reden om hiervan na heroverweging van af te wijken. Hieronder licht de AFM haar besluit toe. De AFM houdt - evenals in het Besluit - bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening met de algemene evenredigheidsnorm zoals bedoeld in artikel 5:46 Awb.⁴³

Ernst en/of duur van de overtreding

114. De overtreding van artikel 2:60, eerste lid, Wft is een ernstige overtreding. In de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 heeft Your Finance zonder vergunning kredieten aangeboden. Om consumenten een goede bescherming te kunnen bieden is bepaald dat aanbieders een vergunning moeten hebben, dan wel gebruik kunnen maken van de Uitzonderingsbepaling. Your Finance was niet in het bezit van een vergunning en kon ook geen gebruik maken van de Uitzonderingsbepaling. Hierdoor heeft geen voorafgaande markttoetredingstoets door de AFM plaatsgevonden. De AFM benadrukt voorts dat een consument wordt beschermd door regels die zien op onder meer de integriteit en betrouwbaarheid van de (beleidsbepalers van de) aanbieder van het krediet. Ook betekent dit dat Your Finance zich heeft onttrokken aan de verplichtingen die het aanbieden van een krediet met zich brengt, zoals het beoordelen van de kredietwaardigheid van consumenten om te bezien of een krediet verantwoord is. Your Finance heeft met de verkoop van de kredieten in de overtredingsperiode € 3.297.070 aan omzet genoten en daarbij een aanzienlijk bedrag aan voordeel behaald. Vaststaat dat Your Finance haar klanten relatief hoge kosten in rekening heeft gebracht, waardoor de kans groot is dat zij in een nog groter schuldenspiraal terecht konden komen.

Mate van verwijtbaarheid

115. Uit de beoordeling van de feiten blijkt dat Your Finance na de invoering van het verbod op flitskredieten een constructie heeft opgetuigd ogenschijnlijk om de nieuwe wet- en regelgeving te omzeilen. De AFM heeft vrijwel direct na de implementatie van de Richtlijn Your Finance erop gewezen dat als gevolg van de implementatie vrijwel alle consumentenkredieten onder de werking van de Wft vallen. Al in oktober 2011 heeft de AFM Your Finance laten weten dat zij van oordeel is dat Your Finance kredieten aanbod waarvoor zij een vergunning nodig had, omdat de Uitzonderingsbepaling niet op haar van toepassing was. Pas na het opleggen van een last onder dwangsom heeft Your Finance haar vergunningplichtige aanbieder gestaakt. Door het in stand houden van de constructie aanvaardde Your Finance welbewust het risico op een overtreding.

Draagkracht in het kader van evenredigheid

116. Bij het vaststellen van de boetehoogte op grond van artikel 1:81, zesde lid, Wft is het Bbbfs niet van toepassing. Niettemin kan de draagkracht een rol spelen in het kader van de evenredigheid van de boete. Over de draagkracht van Your Finance merkt de AFM het volgende op.

⁴³ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

Datum 16 februari 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 35 van 42

Uit de door Your Finance verstrekte gegevens blijkt dat Your Finance op 31 december 2012 een eigen vermogen had van € 289.709. Op 31 december 2011 bedroeg het eigen vermogen nog € 3.208.527. Over 2012 heeft Your Finance een verlies geleden van € [REDACTED]. Your Finance heeft haar activiteiten in 2012 beëindigd en stelt over 2013 een verlies te verwachten van € [REDACTED]. Op verzoek van Your Finance heeft de AFM per 29 juli 2014 de vergunning van Your Finance ingetrokken. Your Finance staat nog ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

Tijdens de hoorzitting heeft Your Finance verklaard dat zij in april 2011 dividend heeft uitgekeerd en toegezegd stukken ter onderbouwing (onder meer het besluit Algemene vergadering van Aandeelhouders) alsnog aan de AFM te zullen overleggen. Bij e-mailbericht van 11 juni 2014 heeft Your Finance echter verklaard dat zij in 2012 een bedrag van € [REDACTED] aan [REDACTED] ter beschikking heeft gesteld als werkkapitaal en dat Your Finance derhalve niet beschikt over een besluit van Algemene vergadering van Aandeelhouders inzake een gedane dividenduitkering. Omdat de AFM uit de verstrekte gegevens kon opmaken dat op enig moment in 2012 dividend uitgekeerd moest zijn, heeft de AFM Your Finance bij e-mailbericht gevraagd haar eigen vermogenspositie in 2011 en 2012 nader toe te lichten. Uit de inrichtingsjaarrekening 2011 bleek namelijk dat het eigen vermogen van Your Finance per 31 december 2011 € [REDACTED] bedroeg en uit de gedeponeerde jaarrekening 2012 volgde een eigen vermogen van € [REDACTED]. Bij e-mailbericht van 8 september 2014 heeft Your Finance uiteindelijk toegegeven dat Your Finance wel degelijk is overgegaan tot uitkering van een geldbedrag aan [REDACTED]. In totaal heeft Your Finance op 31 december 2012 € [REDACTED] aan dividend uitgekeerd aan [REDACTED]. Your Finance heeft ter onderbouwing hiervan bestuursbesluiten en besluiten van de Algemene vergadering van Aandeelhouders overgelegd.

Formeel heeft Your Finance geen beroep gedaan op beperkte financiële draagkracht. De AFM moet constateren dat de draagkracht van Your Finance thans beperkt is onder meer als gevolg van de bovengenoemde forse onttrekking aan haar vermogen eind 2012 ten behoeve van [REDACTED], zijnde de enig aandeelhouder van Your Finance. Zonder deze forse onttrekking aan het vermogen van Your Finance door middel van een dividenduitkering aan de enig aandeelhouder van Your Finance zou de draagkracht van Your Finance veel toereikender zijn geweest. Deze onttrekking heeft Your Finance kunnen doen omdat Your Finance met het illegaal aanbieden van flitskredieten een fors voordeel heeft genoten. Het evenredigheidsbeginsel strekt naar het oordeel van de AFM niet zo ver dat Your Finance beloond mag worden door het onttrekken van deze zeer hoge bedragen aan de vennootschap.⁴⁴ Voorts houdt de AFM bij het vaststellen van de boetehoogte rekening met de bij de Kamer van Koophandel bekende meest recente cijfers van [REDACTED]. Op 31 december 2012 beschikte [REDACTED] over een eigen vermogen van € [REDACTED]. Het CBb heeft onlangs overwogen dat bij het beoordelen van de draagkracht rekening gehouden mag worden met verbonden vennootschappen:

⁴⁴ Zie ook ABRvS, 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1319, r.o. 5.3.

*"Uit de stukken die appellante in dit verband in hoger beroep heeft overgelegd blijkt niet dat zij en de met haar verbonden vennootschappen thans de opgelegde boete financieel niet kunnen dragen."*⁴⁵

Rekening houdend met het met deze overtreding behaalde voordeel, het feit dat Your Finance in 2012 een fors bedrag aan de vennootschap heeft onttrokken en met het eigen vermogen van [REDACTED] op 31 december 2012, acht de AFM een boete van € 2.000.000 passend en ziet zij geen aanleiding tot matiging. Van onevenredige gevolgen is gelet op alle hierboven genoemde omstandigheden van het geval geen sprake.⁴⁶

H. De AFM mag niet tot publicatie overgaan.

117. Your Finance geeft aan dat het de AFM niet was toegestaan over te gaan tot een vroegtijdige openbaarmaking van het Besluit. Your Finance wijst op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 21 juni 2011⁴⁷ die gelet op de wanverhouding tussen de hoogte van de boete en de overtreding de publicatie schorste.
118. Daarnaast is de AFM gelet op de wijze waarop zij voornemens was te publiceren ook haar boekje te buiten gegaan naar het oordeel van Your Finance. De AFM mag enkel het Besluit publiceren en geen persbericht, advertentie of Twitter-bericht. Deze middelen druisen volgens Your Finance namelijk direct in tegen op de AFM rustende geheimhoudingsplicht. Your Finance wijst in dit kader op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 5 september 2012 waarin de voorzieningenrechter onder meer heeft geoordeeld dat een dergelijke oproep buiten de bevoegdheden valt zoals bepaald in artikel 1:99 Wft.⁴⁸ Ook staan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de weg aan het publiceren van het Besluit middels social media.
119. Verder kon het Besluit niet openbaar worden gemaakt, omdat het onvoldoende gemotiveerd is. Ook diende publicatie geen doel meer, omdat de overtreding reeds eind februari 2012 is gestaakt. Ook voor het overige valt naar het oordeel van Your Finance niet in te zien welk doel met openbaarmaking van het Besluit is gediend. In dit kader merkt Your Finance op dat de basistekst voor publicatie niet evenwichtig is, omdat hierin niet wordt vermeld dat Your Finance over een vergunning beschikt. Tevens is het publiek voldoende gewaarschuwd, omdat er vragen in de Tweede Kamer zijn gesteld en diverse media aandacht hebben besteed aan de aanbieders van krediet.
120. In aanvulling op het bovenstaande en gelet op het thans bepaalde in artikel 1:97, vierde lid, Wft geeft Your Finance aan dat publicatie gelet op hetgeen Your Finance ten aanzien van de publicatie heeft aangevoerd geheel anoniem had moeten plaatsvinden.

⁴⁵ ECLI:NL:CBB:2014:446.

⁴⁶ Vergelijk ABRvS, 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1319, r.o. 5.3.

⁴⁷ Rb. Rotterdam 21 juni 2011, ECLI: NL: RBROT: 2011: BQ8872.

⁴⁸ Rb. Rotterdam, 5 september 2012, LJN BX6988, r.o. 9.

Datum	16 februari 2015
Ons kenmerk	
Pagina	37 van 42

Reactie AFM

121. Op grond van artikel 1:97 Wft heeft de AFM een publicatieverplichting. Per 1 augustus 2014 is het publicatieregime op bepaalde punten gewijzigd. Omdat niet is voorzien in overgangsrecht, gaat de AFM bij heroverweging van het Besluit uit van het huidige artikel 1:97 Wft. Thans kunnen zich omstandigheden voordoen zoals omschreven in het nieuwe vierde lid van artikel 1:97 Wft, waardoor de AFM de eerdere publicatie met naam moet wijzigen in een anonieme publicatie. Dit is het geval indien na heroverweging door de AFM kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking (voor zover relevant):
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
 - een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd; of
 - de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.
122. Op 11 maart 2014 heeft de AFM op haar website bekend gemaakt dat zij een bestuurlijke boete heeft opgelegd aan Your Finance. Deze publicatie is niet geanonimiseerd. Na heroverweging komt de AFM tot de conclusie dat zich geen redenen voordoen waarom de AFM de publicatie moet omzetten naar een anonieme publicatie. Hierbij heeft de AFM de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn meegewogen. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat Your Finance of andere betrokken partijen met die openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. Voor zover sprake is van schade door de openbaarmaking van de aan Your Finance opgelegde boete, valt de gestelde schade veeleer toe te schrijven aan de overtreding van de norm door Your Finance dan aan het geven van bekendheid aan de voor de overtreding opgelegde sanctie. Van disproportionele schade is temeer geen sprake, gezien het maatschappelijk belang om de markt te informeren of te waarschuwen. Evenmin heeft de AFM kunnen vaststellen dat bij niet-anonieme openbaarmaking een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.
123. Voor wat het overige betreft dat wordt aangevoerd verwijst de AFM allereerst naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 29 september 2014.⁴⁹ Hierin overweegt de voorzieningenrechter dat het aan de AFM is te bepalen op welke wijze zij een boetebesluit publiceert:
- “Zoals de voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft overwogen in de uitspraak van 7 maart 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:1636), is het aan de AFM om te bepalen hoe een besluit wordt gepubliceerd en stelt de Wft daaraan geen beperkingen.”*
- De voorzieningenrechter is evenwel deels tegemoetgekomen aan Your Finance en heeft besloten dat de AFM een deel van de tekst van het Besluit niet mag publiceren, waaraan de AFM gehoor heeft gegeven. Evenmin heeft de AFM de boete op Twitter geplaatst naar aanleiding van deze uitspraak.
124. Dat de overtreding inmiddels is beëindigd, maakt volgens vaste rechtspraak niet dat boeteoplegging en de publicatie van de boete niet langer opportuun is. Het enkele feit dat de illegale activiteiten van aanbieders van krediet en Your Finance al eerder in het nieuws zijn geweest maakt evenmin dat van publicatie had

⁴⁹ ECLI:NL:RBROT:2014:8355.

moet worden afgezien. Ook de media-aandacht rondom Your Finance in verband met het beëindigen van het sponsorcontract met voetbalclub NEC leidt er niet toe dat de AFM zou moeten afzien van publicatie. Van het publiceren van een bestuurlijke boete gaat een sterk informerende en waarschuwende werking uit, welk doel niet wordt bereikt door 'de' andere media-aandacht.

125. Ook de boetehoogte maakt niet dat de AFM niet mag overgaan tot publicatie. De voorzieningenrechter heeft in dit dossier hieromtrent het volgende overwogen:

“ Ten aanzien van de hoogte van de verzoekster opgelegde boete stelt de voorzieningenrechter voorop dat volgens vaste rechtspraak niet reeds bij iedere twijfel daaromtrent tot schorsing van de beslissing tot vroegtijdige openbaarmaking zal worden overgegaan. Daarvoor is eerst reden indien de voorzieningenrechter voorshands oordeelt dat sprake is van een wanverhouding tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid anderzijds, dan wel indien op voorhand geoordeeld moet worden dat sprake is van een wanverhouding tussen de hoogte van de boete en de draagkracht van de overtreder anderzijds.

7.1.

Bij de vaststelling van de hoogte van de boete heeft AFM allereerst het financieel voordeel dat verzoekster door de overtreding heeft verkregen gezien. De hoogte van dit voordeel heeft AFM bepaald aan de hand van de brutowinst van verzoekster (omzet minus kosten, vóór belastingen). AFM heeft geconcludeerd dat verzoekster een financieel voordeel heeft verkregen van [...]. Vervolgens heeft AFM overeenkomstig artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan verzoekster kan worden toegerekend gezien. AFM acht de overtreding van verzoekster zeer ernstig en bovengemiddeld verwijtbaar en heeft hierin aanleiding gezien een hoge boete op te leggen. Een boete van € 2.000.000,- heeft AFM passend geacht, [...]. AFM heeft geen aanleiding gezien voor een verlaging van de boete wegens beperkte draagkracht, omdat verzoekster onvoldoende gegevens heeft verstrekt om haar financiële positie adequaat te kunnen beoordelen.

7.2.

In hetgeen verzoekster naar voren heeft gebracht ziet de voorzieningenrechter geen grond om op voorhand te concluderen dat de opgelegde boete veel te hoog is. Naast hetgeen hiervoor is overwogen, neemt de voorzieningenrechter daarbij in aanmerking dat AFM heeft volstaan met een boete ter hoogte van het basisbedrag dat gezien artikel 1:81, tweede lid, van de Wft, gelezen in samenhang met artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (het Bbbfs), geldt voor een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft. [...].

Ook indien het verkregen financieel voordeel (aanzienlijk) lager moet worden vastgesteld, kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op voorhand worden gezegd dat een boete van € 2.000.000,-, waarvan de hoogte zoals voormeld overeenkomt met het geldende basisbedrag, veel te hoog is. In het midden kan blijven of aannemelijk is dat het eigen vermogen van verzoekster thans nog slechts € 18.000,- bedraagt, zoals zij stelt.”⁵⁰

⁵⁰ Rb. Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636.

Datum 16 februari 2015
 Ons kenmerk [redacted]
 Pagina 39 van 42

126. Het betoog van Your Finance dat het persbericht van de AFM onevenwichtig is omdat de AFM niet heeft vermeld dat Your Finance een vergunning heeft, faalt. Het is juist dat de AFM in het persbericht geen melding heeft gemaakt van het feit dat Your Finance sinds 8 november 2012 over een vergunning beschikte.⁵¹ Dit omdat naar het oordeel van de AFM niet de indruk mocht worden gewekt dat Your Finance haar activiteiten met een vergunning ongewijzigd zou mogen voortzetten. Het ontbreken van het gegeven dat Your Finance over een vergunning beschikt maakt het persbericht dan ook geenszins onevenwichtig.
127. Ten overvloede merkt de AFM op dat ingevolge artikel 1:97, vijfde lid, Wft, de AFM tevens gehouden 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 Your Finance over deze beslissing informeren door middel van een voorgenomen besluit tot publicatie, waar Your Finance 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.

V. Besluit

De AFM heeft besloten het Besluit te herroepen voor zover het de grondslag betreft voor het vaststellen van de hoogte van boete en laat het besluit voor het overige in stand. De motivering van het Besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.

VI. 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, 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,

[was getekend]

[redacted]
 Hoofd
 Juridische Zaken

[was getekend]

[redacted]
 Bestuurslid

⁵¹ Op verzoek van Your Finance heeft de AFM de vergunning per 27 juli 2014 ingetrokken.

