

Openbare versie

Finnius advocaten B.V.
mr. C.A. Doets
Weteringschans 128
1017XV AMSTERDAM

Datum	
Ons kenmerk	
Pagina	1 van 63
Telefoon	(020) 797 -----
E-mail	-----@afm.nl
Betreft	Beslissing op bezwaar; de heer M.J. Snels

Geachte heer Doets,

Bij besluit van 23 april 2015 heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Verenigde Financieel Adviseurs B.V. (**VFA**) een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (**Whc**) juncto de artikelen 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, en 6:193d, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek (**BW**) (**Boetebesluit 1**). Bij besluit van 23 april 2015 heeft de AFM eveneens een boete opgelegd aan de heer M.J. Snels (**de heer Snels**) wegens het feitelijk leidinggeven aan voornoemde overtreding door VFA (**Boetebesluit 2**). Tegen beide boetebesluiten heeft u, namens de heer Snels, bezwaar gemaakt.

De AFM concludeert ter zake van het bezwaar tegen Boetebesluit 1 tot niet-ontvankelijkheid. De AFM heeft voorts besloten de (juridische) grondslag van Boetebesluit 2 en de publicatie daarvan te wijzigen en de boete te matigen tot een bedrag van € 62.500. De AFM laat voornoemd besluit voor het overige met aanvulling van de motivering in stand. In deze brief legt de AFM uit hoe zij tot deze oordelen 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 staan kort de gronden van bezwaar. In paragraaf IV licht de AFM haar beslissing op het bezwaar tegen Boetebesluit 1 toe. In paragraaf IV.1 beoordeelt de AFM daartoe eerst de ontvankelijkheid van het bezwaar. In paragraaf IV.2 staat het besluit van de AFM inzake de ontvankelijkheid van het bezwaar tegen Boetebesluit 1. In paragraaf V geeft de AFM een toelichting op haar beslissing op het bezwaar tegen Boetebesluit 2. In paragraaf V.1 beoordeelt de AFM daartoe de bezwaargronden. Het besluit van de AFM op het bezwaar tegen Boetebesluit 2 staat in paragraaf V.2. Paragraaf VI bevat 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 23 april 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM op grond van artikel 3.4 Whc aan VFA een bestuurlijke boete van € 100.000 opgelegd. De AFM oordeelt dat VFA in de periode november 2012 tot maart 2013 een misleidende handelspraktijk heeft verricht. Deze misleiding bestaat eruit dat VFA essentiële informatie over de kosten van haar dienstverlening en het feit dat zij uitsluitend adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen van [REDACTED] [A] op onduidelijke, onbegrijpelijke en/of dubbelzinnige wijze dan wel laat aan consumenten heeft verstrekt. Door deze misleidende omissie heeft de gemiddelde door VFA gecontacteerde consument een besluit over overeenkomsten met VFA en [A] genomen of kunnen nemen dat hij anders – als hij wel tijdig en volledig was geïnformeerd – wellicht niet had genomen. De AFM heeft tevens besloten om Boetebesluit 1 op grond van artikel 3.4a Whc te publiceren.
2. Bij besluit van 23 april 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM op grond van artikel 3.4 Whc aan de heer Snels een bestuurlijke boete van € 75.000 opgelegd. De AFM oordeelt dat de heer Snels feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van de artikelen 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, en 6:193d, eerste en derde lid, BW door VFA. De AFM heeft tevens besloten om Boetebesluit 2 op grond van artikel 3.4a Whc te publiceren.
3. Per e-mail van 15 mei 2015 heeft u, namens de heer Snels, pro forma bezwaar gemaakt tegen Boetebesluit 1 en 2.
4. Op 15 mei 2015 heeft u, namens de heer Snels, een verzoek gedaan aan de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam tot het treffen van een voorlopige voorziening, inhoudende (primair) schorsing van de publicatie van Boetebesluit 1 en 2.
5. Bij brief van 28 mei 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM de ontvangst van het pro forma bezwaarschrift bevestigd en u een termijn gegeven van twee weken na de uitspraak van de voorzieningenrechter voor indiening van een aanvullend bezwaarschrift.
6. Per e-mail van 2 juni 2015 heeft u de AFM verzocht de termijn voor het indienen van het aanvullend bezwaarschrift te verlengen tot 17 augustus 2015. Tevens heeft u in de e-mail de AFM verzocht om de termijn voor betaling van de boetes te verlengen tot het moment dat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.
7. Bij brief van 9 juni 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM de termijn voor het indienen van de bezwaargronden verlengd tot 17 augustus 2015.
8. Bij brief van 11 juni 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM aan de heer Snels uitstel van betaling van de boete gegeven totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.

9. Op 6 juli 2015 heeft de zitting bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam plaatsgevonden. Bij uitspraak van 20 juli 2015 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam het verzoek om voorlopige voorziening toegewezen en de openbaarmaking van Boetebesluit 1 en 2 geschorst (**de Uitspraak**).¹
10. Per e-mail van 6 augustus 2015 heeft de AFM desgevraagd aangegeven uitstel te verlenen voor het aanvullen van de bezwaargronden tot en met 17 augustus 2015.
11. Per e-mail van 17 augustus 2015 heeft u, namens de heer Snels, de gronden van bezwaar aangevuld.
12. Bij brief van 28 september 2015 (kenmerk: [REDACTED]) heeft de AFM u uitgenodigd voor een hoorzitting op 12 oktober 2015 op het kantoor van de AFM. Tevens heeft de AFM in de brief de beslistermijn met zes weken verdaagd.
13. Op 12 oktober 2015 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd als bijlage bij dit besluit.
14. Op 20 oktober 2015 heeft de AFM telefonisch contact met u opgenomen. U heeft desgevraagd aangegeven in te stemmen met een uitstel van vier weken van de beslistermijn tot en met 7 december 2015. Per e-mail van diezelfde dag heeft de AFM dit bevestigd.

II. Feiten en omstandigheden

15. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [REDACTED] dat met het boetevoornemen aan de heer Snels is verzonden. De feiten die zijn genoemd in dit onderzoeksrapport moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
16. VFA beschikte over een vergunning van de AFM voor het adviseren over deelnemingsrechten, bemiddelen in betaalrekeningen, levensverzekeringen, schadeverzekeringen en spaarrekeningen. Op verzoek van VFA heeft de AFM deze vergunning per 11 juli 2014 ingetrokken. Enig bestuurder van VFA is de heer Snels. [REDACTED] bezit 98% van de aandelen van VFA en [REDACTED] 2% daarvan.
17. Hieronder beschrijft de AFM kort de werkwijze van VFA ten aanzien van het door haar onderzochte advies- en bemiddelingstraject. De werkwijze bestaat uit vier stappen: werving van klanten, afspraakgesprekken, adviesgesprekken en het sluiten van de overeenkomst.

¹ [REDACTED]

Werving van klanten

18. VFA verkreeg gegevens over mogelijke klanten op twee manieren. De eerste manier was dat bezoekers van een van de twee websites van [A]² hun gegevens op deze website konden invullen waarmee zij toestemming gaven om “door een adviseur met wie [A] samenwerkt” benaderd te worden voor het berekenen van de premie voor een uitvaartverzekering (**website-consumenten**). De tweede manier verliep via [B], een indirect aan VFA gelieerde onderneming ([B]-consumenten). [REDACTED] en [REDACTED], twee dochterondernemingen van [B], hadden met VFA een uitbestedingsovereenkomst gesloten. Op basis van die overeenkomst werden gegevens van klanten, die in het verleden via [REDACTED] en [REDACTED] een uitvaartverzekering hadden afgesloten bij [REDACTED], verkocht aan VFA. [REDACTED] en [REDACTED] stuurden de [B]-consumenten een brief waarin het volgende was opgenomen:

“Uw [REDACTED] uitvaartverzekering verloopt per [datum], 5 jaar. U heeft elke 5 jaar het recht om zonder gezondheidsvragen uw verzekerde waarde aan te passen aan het huidige prijspeil. De uitvaartkosten zijn volgens [REDACTED] in de afgelopen 5 jaar met 15,69% gestegen. Daarom kunt u uw verzekerde waarde met dit percentage verhogen. Voor de verhoging betaalt u wel een aanvullende premie die berekend wordt aan de hand van uw huidige leeftijd.

Om u zo goed mogelijk van dienst te zijn, vragen wij Regeluitvaart.nu, één van onze samenwerkingspartners, om u over de indexatie-mogelijkheid te bellen. Deze kan u informeren en adviseren over uw indexatie. Ook zal Regeluitvaart.nu kijken of uw huidige [REDACTED] product voor u nog passend is. Mogelijk kunnen zij u een voor uw situatie beter alternatief aanbieden. U kunt hiervoor de komende weken een telefoontje van Regeluitvaart.nu verwachten.

U hoeft verder geen actie te ondernemen. U wordt vanzelf gebeld.”

19. Ingeval het VFA niet lukte de consument telefonisch te bereiken, werd door [REDACTED] of [REDACTED] een herinneringsbrief aan de consument verzonden. In de herinneringsbrief was het volgende opgenomen:

“Enkele weken geleden hebben wij u geïnformeerd over de mogelijkheid uw lopende [REDACTED] polis aan te passen aan het huidige prijspeil.

Regeluitvaart.nu heeft u verschillende malen getracht telefonisch te bereiken. Wij hebben begrepen dat dit tot op heden niet is gelukt.

Middels deze brief melden wij u dat uw recht op indexatie vervalt als u niet binnen 2 weken heeft aangegeven uw polis te willen indexeren. U kunt dit doorgeven op telefoonnummer 036-8001080 van

² [REDACTED] en [REDACTED]

Regeluitvaart.nu. indien zij binnen deze termijn niets van u vernemen is uw recht op indexatie zonder verdere gezondheidsvragen vervallen.”

Afspraakgesprekken

20. Nadat VFA op één van twee bovengenoemde manieren gegevens van consumenten had verkregen, nam zij telefonisch contact op met de consumenten om een afspraak te maken voor een telefonisch adviesgesprek. Er bestaan belscripts voor deze afspraakgesprekken, één voor de website-consumenten en één voor de [B]-consumenten. De heer [REDACTED], [functie], en de heer [REDACTED], [functie], hebben tijdens het gesprek met de AFM op 11 februari 2013 aangegeven dat de telefonisch adviseurs in de praktijk niet werkten met deze belscripts.
21. Volgens de procedure krijgt de consument na het afspraakgesprek van de gemaakte afspraak een bevestiging per e-mail of sms. Hierin is geen informatie opgenomen over de dienstverlening van VFA of een verwijzing naar de website of Dienstenwijzer van VFA. Vaak werd evenwel direct tijdens het afspraakgesprek nog doorgegaan met het adviesgesprek.

Adviesgesprekken

22. Het adviesgesprek is gestructureerd aan de hand van de stappen in de adviessoftware: de zogenaamde “adviestool”. De heer [REDACTED] heeft verklaard dat de adviestool met de daarin aldus verwerkte informatie in feite het belscript is. Er kan namelijk niet worden afgeweken van de verschillende stappen in deze adviestool. De vier stappen uit de adviestool zijn door de heren [REDACTED] en [REDACTED] als volgt toegelicht:
1. De uitvaartwaardemeter wordt ingevuld. De consument wordt gevraagd omtrent zijn of haar wensen qua uitvaart: begraven of cremeren, luxe of gewone kist, het aantal rouwkaarten, opbaren of niet, etc.
 2. Passendheidsvragen worden gesteld. Als de consument een natura-uitvaartverzekering en geen kapitaalverzekering wil wordt doorgegaan. Dan worden de klant gezondheidsvragen gesteld. Als de gezondheid goed is, wordt doorgegaan in de adviestool.
 3. Dan wordt de eventuele bestaande uitvaartverzekering van de klant vergeleken met een [A] verzekering om te bepalen of het voordeliger is om over te stappen. Daartoe worden de geïnventariseerde gegevens ingevoerd in specifieke software waarmee wordt berekend wat de hoogte van de premie zou zijn van een uitvaartverzekering van [A].
 4. Tot slot wordt door VFA een advies gegeven over het al dan niet afsluiten van een uitvaartverzekering bij [A].
23. De stappen uit de adviestool blijken in de door de AFM beluisterde adviesgesprekken ook daadwerkelijk gevolgd te zijn. Door de adviseurs wordt zo snel mogelijk aangestuurd op de eerste vraag uit de adviestool: “wilt u gecremeerd of begraven worden?” In de adviestool wordt niet voorgeschreven de klant te informeren over het feit dat VFA uitsluitend adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen van [A]. Dat wordt in de praktijk zoals die blijkt uit de beluisterde gesprekken (dan ook) niet gedaan. Nadat de

uitvaartwaardemeter en de passendheidsvragen zijn doorlopen wordt een premieberekening met betrekking tot een [A] verzekering gemaakt.

Offerte en sluiten overeenkomst

24. Als de klant telefonisch aangeeft een uitvaartverzekering te willen afsluiten bij [A], dan kan de adviseur zowel de uitvaartverzekering van [A] als de advies- en dienstverleningsovereenkomst met VFA direct met de consumenten sluiten, ofwel daartoe nog een vervolgspraak inplannen. Uit de beluisterde gesprekken blijkt dat, conform voorgeschreven in het document “*Zinnetjes en antwoorden die je verder kunnen helpen op veel gehoorde klantopmerkingen.docx*”³ door de adviseurs waar mogelijk wordt aangestuurd op het nog direct in het adviesgesprek afsluiten van de overeenkomsten. Dat kan op twee manieren.
25. Indien de consument in de gelegenheid is tijdens het adviesgesprek zijn e-mail te openen, verstuurt de adviseur hem aan het eind van het gesprek een offerte e-mail, waarin de consument direct zijn digitale akkoord kan geven via een druk op de offerte-knop. Hiermee komen zowel de uitvaartverzekering van [A] als de advies- en dienstverleningsovereenkomst met VFA tot stand. Als bijlage bij de offerte e-mail wordt de Dienstenwijzer van VFA meegezonden. In deze Dienstenwijzer staat onder meer omschreven dat VFA een adviesvergoeding rekent en hoe hoog dat bedrag is. Tijdens het gesprek wordt de consument niet expliciet gewezen op de bijlage.
26. Met de consument die tijdens het adviesgesprek geen beschikking heeft over een computer met internetverbinding, kan VFA de overeenkomsten in dit gesprek telefonisch via een voicelog afsluiten. Hiervoor heeft VFA scripts opgesteld. In de voicelog-scripts is niet expliciet voorgeschreven dat de adviseur de consument dient te informeren over het feit dat VFA uitsluitend voor [A] adviseert en bemiddelt; het wordt enkel duidelijk dat de consument een verzekering van [A] afsluit. De kosten die VFA in rekening brengt voor haar advies en bemiddeling worden in de voicelog, dus tijdens het sluiten van de overeenkomsten, aan de consument genoemd.
27. De consument ontvangt binnen enkele dagen na het sluiten van de overeenkomsten een welkomstbrief, de verzekeringspolis(sen) en het adviesrapport thuis. Het adviesrapport geeft een samenvatting van het telefonisch verstrekte advies. In de introductie van het adviesrapport wordt benoemd dat Regeluitvaart.nu uitsluitend adviseert en bemiddelt in [A] verzekeringen. Ongeveer vijf dagen na het afsluiten van de verzekering voert VFA nog een servicecall met de consument. Nadat de consument ervoor gekozen heeft de uitvaartverzekering van [A] af te sluiten en daarmee ook akkoord te gaan met de advies- en dienstverleningsovereenkomst, kan hij eventueel binnen 30 dagen nog de verzekeringsovereenkomst herroepen, maar is hij wel definitief de advies- en bemiddelingsvergoeding verschuldigd.

³ De AFM heeft dit document in de mailbox van de heer [REDACTED] aangetroffen als bijlage bij een e-mail van 30 januari 2013.

III. Bezwaar

28. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. Geen bevoegdheid voor handhaving op grond van de Whc
 - B. Er is geen sprake van overtreding
 - C. De AFM heeft vooringenomen gehandeld
 - D. De heer Snels heeft geen feitelijk leiding gegeven aan de overtreding
 - E. Strijd met legaliteits- en lex certa beginsel, geen verwijtbaarheid
 - F. De boete is te hoog
 - G. Publicatie
29. Gelet op de strekking van Boetebesluit 1 gaat de AFM ervan uit dat bezwaargrond D niet geldt voor het bezwaar tegen Boetebesluit 1.
30. Onder randnummer 10 van het aanvullend bezwaarschrift verzoekt u de AFM om (i) de schriftelijke zienswijze van 15 december 2014 naar aanleiding van het boetevoornemen, (ii) de aanvullende zienswijze van 9 januari 2015 en (iii) de reactie van 6 december 2013 op het concept rapport van de AFM als herhaald en ingelast te beschouwen. De AFM merkt voornoemde stukken niet aan als (onderdeel van de) bezwaargronden. De schriftelijke zienswijze en de aanvulling daarop richten zich niet tegen de boetebesluiten, maar tegen de voornemens tot boeteoplegging. Ook de reactie op het concept rapport richt zich niet tegen de boetebesluiten. In het definitieve onderzoeksrapport heeft de AFM de reactie op het concept rapport meegenomen. In Boetebesluit 1 en 2 gaat de AFM voorts uitgebreid in op de schriftelijke zienswijze van de heer Snels. Naar het oordeel van de AFM is het aan de heer Snels om duidelijk te maken welke specifieke bezwaren nog relevant zijn in onderhavig bezwaar en aldus in welk opzicht de AFM ontoereikend zou hebben gereageerd op de standpunten in voornoemde stukken. Een enkele verwijzing naar voornoemde stukken voldoet daar niet aan.⁴ De AFM zal in het onderstaande in gaan op de door de heer Snels aangevoerde bezwaargronden.

IV. Bezwaar tegen Boetebesluit 1

In deze paragraaf licht de AFM haar beslissing op het bezwaar tegen Boetebesluit 1 toe.

IV.1 Beoordeling ontvankelijkheid

31. Uit artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) in samenhang gelezen met artikel 1:2, eerste lid, Awb volgt dat tegen een besluit bezwaar gemaakt kan worden door een belanghebbende. Voordat de AFM over kan gaan tot het beoordelen van de bezwaargronden, dient zij aldus te beoordelen of de heer Snels belanghebbende is bij Boetebesluit 1. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb wordt onder belanghebbende

⁴ CBb 21 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:132; CBb 31 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7462.

verstaan “*degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit betrokken is*”. Dit begrip is in de rechtspraak ingevuld. Daaruit blijkt dat sprake moet zijn van een rechtstreeks belang dat onderscheidend, persoonlijk, concreet en objectief bepaalbaar is.⁵ Of daarvan sprake is, hangt sterk af van de concrete omstandigheden van het geval. Bovendien mag het in beginsel geen afgeleid belang zijn.⁶ Dat is het geval indien het belang niet direct, maar slechts middellijk wordt geraakt via een contractuele relatie of een anderszins privaatrechtelijke rechtsbetrekking.⁷

32. Naar het oordeel van de AFM leiden de feiten en omstandigheden in onderhavige zaak ertoe dat de heer Snels niet aangemerkt kan worden als belanghebbende bij Boetebesluit 1. Als bestuurder en feitelijk leidinggevende van VFA worden de belangen van de heer Snels niet rechtstreeks geraakt doordat de AFM een boete oplegt aan VFA. De heer Snels staat als bestuurder in een contractuele relatie tot VFA. Op grond van vaste jurisprudentie heeft de heer Snels derhalve een van VFA afgeleid belang. Een afgeleid belang is in beginsel geen rechtstreeks belang, tenzij sprake is van een voldoende zwaarwegend afgeleid belang. Het leerstuk van een voldoende zwaarwegend afgeleid belang ziet voornamelijk op die situaties waarin een aan een fundamenteel recht ontleend belang in het geding is, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting.⁸ Daarvan is in onderhavige zaak geen sprake.⁹ Derhalve worden de belangen van de heer Snels niet rechtstreeks geraakt door Boetebesluit 1.

IV.2 Besluit ten aanzien van bezwaar tegen Boetebesluit 1

Op grond van het voorgaande concludeert de AFM tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar tegen Boetebesluit 1.

IV.3 Rechtsgangverwijzing

Informatie over de wijze waarop en de termijn waarbinnen beroep ingesteld kan worden tegen deze beslissing op bezwaar, vindt u in paragraaf VI van deze brief.

V. Bezwaar tegen Boetebesluit 2

In deze paragraaf licht de AFM haar beslissing op het bezwaar tegen Boetebesluit 2 toe.

⁵ Zie bijvoorbeeld CBb 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:50; Rb. Rotterdam (vzr.) 4 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7391.

⁶ In een aantal zaken is een afgeleid belang wel als een rechtstreeks betrokken belang aangenomen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien sprake is van tegengestelde belangen of een voldoende zwaarwegend afgeleid belang. Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 december 2004, AB 2005, 97.

⁷ Zie bijvoorbeeld CBb 21 december 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AU8620; ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9028.

⁸ ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9.

⁹ Zie voor een vergelijkbare zaak Rb. Rotterdam 10 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7979.

V.1 Beoordeling van de bezwaargronden A t/m G

A. Geen bevoegdheid voor handhaving op grond van de Whc

33. Onder bezwaargrond A voert de heer Snels aan dat de AFM geen bevoegdheid heeft om op grond van de Whc te handhaven. VFA beschikte gedurende de periode waar de boete op ziet over een Wft-vergunning en diende zich derhalve te houden aan de gedragsregels zoals die in de Wft zijn neergelegd. VFA heeft haar bedrijfsvoering dan ook ingericht met inachtneming van de regels uit de Wft. Hij wijst in dit kader mede op het door haar overgelegde rapport van [REDACTED], waaruit blijkt dat VFA heeft voldaan aan de in de Wft neergelegde eisen.
34. De AFM stelt in Boetebesluit 2 niet dat de bepalingen uit de bij en krachtens de Wft gestelde regels zijn overtreden. De AFM legt bepalingen uit de Whc ten grondslag aan de verweten gedragingen. De heer Snels beroept zich op het feit dat de Wft bepalingen bevat die specifiek zien op de verweten gedragingen waardoor de Whc niet als wettelijke basis kan dienen voor het opleggen van een boete. De heer Snels stelt dat de door de AFM verweten gedragingen genormeerd worden door de bij en krachtens de Wft gestelde regels. Ter onderbouwing van zijn stelling, verwijst de heer Snels naar de Beleidsregel Informatieverstrekking van de AFM, de Memorie van Toelichting (**MvT**) bij de Wet oneerlijke handelspraktijken (**Wohp**) en de wetsgeschiedenis bij de artikelen 4:19 en 4:20 Wft. De heer Snels beroept zich op het feit dat het toetsingskader in de kern gelijk is, met dien verstande dat de normen voor financiële ondernemingen specifiek en nader zijn uitgewerkt in het BGfo en overige lage regelgeving. Voor een restfunctie van de Wohp en de Whc is in dit geval geen ruimte, zodat het de AFM niet vrijstaat om te handhaven op basis van die wet. Dit in lijn met de uitspraak van College van Beroep voor het bedrijfsleven (**CBb**) van 30 januari 2014.¹⁰ In die uitspraak ging het immers niet om een vergunninghoudende onderneming. Aangezien VFA in het bezit was van een Wft-vergunning diende zij te voldoen aan de hiervoor genoemde voorschriften die zien op de door de AFM verweten gedragingen.
35. Tevens merkt de heer Snels op dat het in onderhavige zaak niet gaat om handelspraktijken “*die onder alle omstandigheden misleidend zijn*”, zoals opgesomd in artikel 6:193g BW. Dit artikel is ook niet door de AFM ten grondslag aan Boetebesluit 2 gelegd. De AFM wijst slechts op de wijze en het tijdstip van informatieverstrekking, hetgeen reeds is geregeld in de bij en krachtens de Wft gestelde voorschriften. Ter onderbouwing van het oordeel dat de strekking van de relevante bij en krachtens de Wft gestelde regels hetzelfde is als de ratio van artikel verwijst Snels naar de Nota van Toelichting bij het BGfo.¹¹
36. De juistheid van het hierboven genoemde wordt bevestigd door de Uitspraak. De AFM dient daarom in alle redelijkheid de heldere overwegingen van de voorzieningenrechter te volgen en de procedures reeds op deze grond te beëindigen door herroeping van Boetebesluit 2.

¹⁰ CBb 30 januari 2014, ECLI:NLCBB:2014:25.

¹¹ Stb. 2006, 520, p. 191.

Reactie AFM

37. Ingevolge artikel 7:11 Awb dient de AFM Boetebesluit 2 “*op grondslag van het bezwaar*” te heroverwegen. De heroverweging geschiedt met inachtneming van alle feiten en omstandigheden zoals die er zijn op het tijdstip van de heroverweging. Met eventuele nieuwe feiten en omstandigheden moet bij het nemen van een beslissing op bezwaar dus rekening worden gehouden. In lijn hiermee is in de rechtspraak geoordeeld dat het bepaalde van artikel 7:11, eerste lid, Awb niet in de weg staat aan handhaving van het primaire besluit op (mede) een andere grond dan die waarop het in bezwaar bestreden primaire besluit steunt.¹² Er zijn wel grenzen gesteld aan de heroverweging in bezwaar. Het verbod van *reformatio in peius* moet in acht worden genomen en de beslissing op het bezwaar moet nog wel te beschouwen zijn als een resultaat van de heroverweging van het primaire besluit.¹³ Een beslissing op bezwaar is in ieder geval niet meer te beschouwen als een resultaat van de heroverweging indien aan een belanghebbende een gedraging wordt verweten die niet aan het primaire besluit ten grondslag ligt.¹⁴ Ook wordt buiten de grenzen van de heroverweging van artikel 7:11, eerste lid, Awb getreden indien, vanwege een gewijzigd feitencomplex, de juridische beoordeling die aan het primaire besluit ten grondslag ligt (geheel) haar betekenis verliest.¹⁵
38. De voorzieningenrechter overweegt in de Uitspraak dat de normen inzake informatieverstrekking die in de artikelen 4:19 en 4:20 Wft zijn neergelegd vergelijkbaar zijn met de normen inzake misleidende omissies als bedoeld in de artikelen 6:193b en 6:193d BW. Dit is ook door de heer Snels erkend in zijn bezwaarschrift. De AFM heeft een overtreding van artikel 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, en artikel 6:193d, eerste en derde lid, BW aan Boetebesluit 2 ten grondslag gelegd. De AFM heeft voor deze grondslag gekozen omdat zij van oordeel is dat de overtredingen die VFA heeft begaan, volgen uit de algemene inrichting van het dienstverleningsproces van VFA. Juist voor een overtreding die volgt uit de inrichting van het dienstverleningsproces vond de AFM een misleidende handelspraktijk passender dan een overtreding van artikel 4:19 en/of 4:20 Wft. Het proces van VFA is erop gericht geweest om consumenten zo snel mogelijk een dienstverleningsovereenkomst met VFA en een verzekeringsovereenkomst met [A] te laten afsluiten. In de telefonische adviesprocedure van VFA werd door VFA niet voorgeschreven dat haar medewerkers de consumenten tijdig en op duidelijke wijze moesten informeren over de kosten van de dienstverlening en de uitsluitende bemiddeling in [A]-verzekeringen.¹⁶ Het “laat” verstrekken van informatie over de advies- en bemiddelingsvergoeding en het niet vermelden van de exclusieve advisering en bemiddeling voor [A] zijn naar het oordeel van de AFM dan ook niet alleen op zichzelf staande overtredingen, maar ook uitvloeisels van de inrichting van het adviesproces. Deze inrichting maakt dat de overtredingen naar het oordeel van de AFM niet alleen op zichzelf staan, maar juist een misleidende handelspraktijk vormen. De AFM was ten tijde van het nemen van Boetebesluit 2 van oordeel dat de artikelen 4:19 en 4:20 Wft meer gericht waren op op zichzelf staande fouten in de

¹² Zie ook de noot van R. Ortlep bij ABRvS 5 november 2014, AB 2015/199.

¹³ Zie bijvoorbeeld CRvB 25 juni 2003, AB 2003/395; CBb 12 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY9312; ABRvS 4 april 2007, AB 2007/334.

¹⁴ CRvB 21 juni 2012; ECLI:NL:CRVB:2012:BW9158; ABRvS 8 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1728.

¹⁵ ABRvS 5 november 2014, AB 2015/199.

¹⁶ Zie pagina 16 van Boetebesluit 2.

informatieverstrekking. De voorzieningenrechter oordeelt echter in de Uitspraak dat ook gedragingen die onderdeel uitmaken van en rechtstreeks voortvloeien uit een welbewuste inrichting van het dienstverleningsproces, kunnen leiden tot een overtreding van de artikelen 4:19 en/of 4:20 Wft.

39. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat indien de AFM zowel op basis van de Wft als de Whc kan optreden, de AFM gebruik moet maken van de sectorspecifieke wetgeving van de Wft.¹⁷ Dit wordt ook door de heer Snels in het bezwaarschrift uitvoerig betoogd.
40. Gelet op het oordeel van de voorzieningenrechter in de Uitspraak over de toepasselijkheid van de artikelen 4:19 en 4:20 Wft en de omstandigheid dat handhaving op grond van de Wft (indien van toepassing) prevaleert boven de Whc, ziet de AFM aanleiding om de (juridische) grondslag van Boetebesluit 2 te wijzigen naar de artikelen 4:19 en 4:20 Wft. Met deze grondslagwijziging treedt de AFM niet buiten de grenzen van de heroverweging als bedoeld in artikel 7:11, eerste lid, Awb. Het feitencomplex en de klantdossiers die aan Boetebesluit 2 ten grondslag liggen blijven immers ongewijzigd. Doordat de normen van de misleidende omissie en de artikelen 4:19 en 4:20 Wft vergelijkbaar zijn, zoals ook de heer Snels betoogt, verliest de juridische beoordeling die aan Boetebesluit 2 ten grondslag ligt niet haar betekenis. Bij deze grondslagwijziging neemt de AFM het verbod van *reformatio in peius* in acht. De AFM gaat hier bij de beoordeling van de bezwaargronden tegen de hoogte van de boete en de publicatie nader op in.
41. Tijdens de hoorzitting heeft de heer Snels aangegeven dat de AFM in bezwaar de grondslag van het bestreden besluit niet kan wijzigen in een Wft-overtreding, omdat het onderzoek als een Whc-onderzoek is ingericht. De AFM volgt deze stelling niet. In de aankondigingsbrief van 11 februari 2013 voor het onderzoek ter plaatse geeft de AFM aan dat zij op grond van de Wft een onderzoek instelt bij VFA. Meer specifiek noemt de AFM de artikelen 4:11, 4:15, 4:19, 4:20, 4:22, 4:25b en 4:73 van de Wft en hetgeen is bepaald in hoofdstuk 8 van het BGfo. De omstandigheid dat de AFM in het (concept) onderzoeksrapport en in Boetebesluit 2 de door haar vastgestelde feiten en omstandigheden toetst aan de artikelen 6:193b en 6:193d BW maakt niet dat de AFM in bezwaar als gevolg van de heroverweging de grondslag van de boete niet meer kan wijzigen. De AFM neemt hierbij in aanmerking dat de normen waar zij in deze beslissing op bezwaar aan toetst vergelijkbaar zijn met de normen als bedoeld in de artikelen 6:193b en 6:193d BW.
42. De AFM licht hieronder, aan de hand van Boetebesluit 2, de kwalificatie van de overtredingen van de artikelen 4:19 en 4:20 Wft toe. In paragraaf V.1.1 schetst de AFM eerst het wettelijk kader. In paragraaf V.1.2 gaat de AFM vervolgens in op de geconstateerde overtredingen.

¹⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30 928, nr. 3, p. 7-8.

V.1.1 Wettelijk kader

43. In artikel 4:20, eerste lid, Wft is het volgende bepaald:

“Voorafgaand aan het adviseren, het verlenen van een beleggingsdienst, het verlenen van een nevendienst of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product niet zijnde een financieel instrument verstrekt een beleggingsonderneming of financiële dienstverlener de consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, de cliënt informatie voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor de beoordeling van die dienst of dat product. (...)”

44. Artikel 4:20, eerste lid, Wft bevat aldus het uitgangspunt dat voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst informatie wordt verstrekt die de consument in staat stelt een adequate beoordeling van het financiële product of de financiële dienst uit te voeren. Indien wordt geadviseerd of een beleggingsdienst wordt verleend, dient de informatie *voorafgaand aan het verlenen van die dienst* te worden verstrekt.¹⁸ De informatie moet voorafgaand worden verstrekt zodat de consument gedegen kan afwegen of hij tot het sluiten van een overeenkomst terzake van het financiële product of de financiële dienst zal overgaan. Om een adequate beoordeling mogelijk te maken zullen in ieder geval gegevens over het product, de dienstverlening, de overeenkomst zelf en de betrokken onderneming(en) moeten worden verstrekt. Bij de naleving van artikel 4:20 Wft mag de financiële onderneming de gemiddelde consument als uitgangspunt nemen.¹⁹
45. In de Beleidsregel Informatieverstrekking heeft de AFM nadere duiding gegeven aan het moment waarop de informatie als bedoeld in artikel 4:20, eerste lid, Wft moet worden verstrekt. In de beleidsregel is aangegeven dat de informatie verstrekt moet worden voordat de consument een beslissing neemt over de aanschaf van een product. Als er sprake is van een offerte voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst (een offerte die kan worden gebruikt als bevestiging voor het aangaan van deze overeenkomst), dan moet de relevante informatie worden verstrekt voorafgaand aan of gelijktijdig met de offerte. Omdat de (beperkende) voorwaarden tot de relevante productkenmerken behoren, moeten deze ook voorafgaand of gelijktijdig met de offerte worden verstrekt. Hierdoor kan de consument alle relevante informatie tot zich nemen voordat de overeenkomst tot stand komt. Ook als een consument direct een product kan afsluiten, moet de informatie tijdig verstrekt worden.²⁰
46. In artikel 4:19 Wft is bepaald dat alle door een financiële onderneming verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend moet zijn. In de Beleidsregel Informatieverstrekking heeft de AFM nadere duiding gegeven over wat moet worden verstaan onder “correct, duidelijk en niet misleidend”. Bij de beoordeling of de informatie correct is wordt in ieder geval bekeken of de informatie inhoudelijk juist is en de consument krijgt wat hem wordt verteld. Informatie is misleidend indien de lezer op het verkeerde been

¹⁸ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 81.

¹⁹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509-510.

²⁰ Beleidsregel Informatieverstrekking (versie september 2013), p. 26.

wordt gezet. Het is hierbij niet van belang of de opsteller van de informatie bewust of onbewust de consument misleidt.²¹

V.1.2 Geconstateerde overtredingen

47. De AFM heeft de volgende overtredingen door VFA geconstateerd:

- i) Overtreding van artikel 4:20, eerste lid, Wft door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over de kosten van haar dienstverlening.
- ii) Overtreding van artikel 4:20, eerste lid, Wft door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over het feit dat zij uitsluitend adviseert over en bemiddelt in [A] verzekeringen.
- iii) Overtreding van artikel 4:19, tweede lid, Wft door het niet verstrekken van correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding.
- iv) [REDACTED]
- v) Overtreding van artikel 4:19, tweede lid, Wft door het verstrekken van misleidende informatie over de aanleiding van het adviesgesprek.

48. Hieronder licht de AFM bovenstaande overtredingen nader toe.

i. Geen informatie over advies- en bemiddelingsvergoeding voorafgaand aan het advies

49. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA in de tien onderzochte klantdossiers niet alle informatie verstrekt die voor de consument redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de diensten van VFA. VFA heeft niet voorafgaand aan het adviseren aan zowel de [B]- als de website-consumenten informatie verstrekt over de kosten van haar dienstverlening. Als de consument zijn bestaande verzekering oversluit naar een nieuwe verzekering van [A], brengt VFA € 125 aan advieskosten plus € 50 per overgesloten polis in rekening. Deze informatie is naar het oordeel van de AFM voor de consument relevant om een adequate beoordeling te maken van de dienstverlening van VFA. De consument heeft deze informatie immers nodig om goed geïnformeerd te kunnen kiezen om al dan niet gebruik te maken van de advies- en bemiddelingsdiensten van VFA. De AFM licht dit oordeel hieronder toe. Aangezien de [B]-consumenten op een andere manier benaderd werden door VFA dan de website-consumenten, licht de AFM haar oordeel ten aanzien van dit punt separaat toe.

Benadering [B]-consumenten

50. Voorafgaand aan het telefonisch adviesgesprek ontvingen [B]-consumenten een brief van [REDACTED] en [REDACTED]. In deze brief was opgenomen dat door één van de samenwerkingspartners, Regeluitvaart.nu, contact opgenomen zou worden over de indexatie van de bestaande polis bij [REDACTED]. Tevens staat in de brief dat

²¹ Beleidsregel Informatieverstrekking (versie september 2013), p. 7.

bekeken zou worden of het [REDACTED] product nog passend is en dat eventueel een beter alternatief geboden zou worden. In de brief wordt geen melding gemaakt van het feit dat, indien de consument daadwerkelijk over zou sluiten naar een nieuw product, daarvoor een advies- en bemiddelingsvergoeding in rekening zou worden gebracht.

51. Indien het VFA niet lukte om de consument telefonisch te bereiken, werd door [REDACTED] of [REDACTED] een herinneringsbrief aan de consument verstuurd. In die brief stond vermeld dat het recht op indexatie vervalt als de consument niet binnen twee weken heeft aangegeven de polis te willen indexeren. Ook in deze brief werd niets vermeld over het in rekening brengen van een advies- en bemiddelingsvergoeding indien de consument over zou sluiten naar een nieuw product.

Benadering website-consumenten

52. Voorafgaand aan het telefonisch adviesgesprek hadden de website-consumenten hun gegevens achtergelaten op één van de twee websites van [A]. Op de twee websites van [A] staat niet dat de consument aan VFA een advies- en bemiddelingsvergoeding verschuldigd is als hij zijn huidige verzekering oversluit naar een verzekering van [A]. Op deze websites is uitsluitend de Dienstenwijzer van [A] opgenomen, de Dienstenwijzer van VFA²² staat niet op de websites. Ook uit de toelichting waarmee de consument akkoord gaat dat met hem contact wordt opgenomen, wordt geen melding gemaakt van een advies- en bemiddelingsvergoeding:

“Ik wil graag meer weten over uitvaartverzekeringen. Als ik hierna geen polis aanvraag indien vraag ik Regeluitvaart.nl, een adviseur met wie [A] samenwerkt, door het drukken op de knop “Bereken uw premie” contact met mij op te nemen. Tijdens dit contact kan ik aangeven of ik verder geadviseerd wil worden of dat ik niet meer benaderd wil worden.”

Afspraakgesprekken

53. Na de werving van (zowel de [B]- als de website-) consumenten, nam VFA telefonisch contact met hen op. Er bestaan bescrpts voor het maken van afspraakgesprekken, maar deze werden in de praktijk niet gebruikt. Dit is bevestigd door de heer [REDACTED], [functie], en de heer [REDACTED], [functie] bij VFA. De AFM heeft geconstateerd dat in géén van de beluisterde afspraakgesprekken door de adviseurs van VFA is aangegeven dat zij een advies- en bemiddelingsvergoeding in rekening brengt. De AFM merkt ten overvloede op dat ook uit het bescrpt volgt dat de adviseur niet proactief informatie verstrekke over de advies- en bemiddelingsvergoeding. Uitsluitend indien de consument expliciet vraagt “Wie zijn jullie?” werd blijkens het bescrpt geantwoord met “Regeluitvaart.nu adviseert en bemiddelt tegen een eenmalige vergoeding van haar klant en ontvangt geen provisie van de verzekeraar.”

²² In de Dienstenwijzer van VFA zijn de kosten die zijn verbonden aan de advies- en bemiddelingsdiensten van VFA vermeld.

54. Volgens de procedure krijgt de consument na het afspraakgesprek van de gemaakte afspraak een bevestiging per e-mail of sms. Ook in deze e-mail of sms is geen informatie opgenomen over de dienstverlening van VFA of een verwijzing naar de website of Dienstenwijzer van VFA. Vaak werd direct tijdens het afspraakgesprek nog doorgegaan met het adviesgesprek.

Adviesgesprekken

55. Na het maken van de afspraak, nam VFA contact op met de consument voor het adviesgesprek. Het adviesgesprek is gestructureerd aan de hand van de “adviestool”. De heer [REDACTED] heeft verklaard dat de adviestool met de daarin aldus verwerkte informatie in feite het belscript is. Er kan namelijk niet worden afgeweken van de verschillende stappen in deze adviestool. Ook mevrouw [REDACTED], [functie], heeft verklaard dat de adviestool de nodige sturing biedt voor een gesprek en dat het gespreksverloop wordt bepaald door de adviestool. De adviseurs werkten niet met een (ander) belscript.
56. Uit de adviestool en de beluisterde gesprekken blijkt dat de adviseurs ook tijdens het telefonische adviesgesprek de consument niet, voordat de adviseur daadwerkelijk begon met het advies, informeerde over de advies- en bemiddelingsvergoeding. In het document “*Zinnetjes en antwoorden die je verder kunnen helpen op veel gehoorde klantopmerkingen.docx*” wordt de adviseur geïnstrueerd om direct aan te sturen op de adviestool. Volgens VFA en de heer Snels in hun reactie op de concept-rapportage hebben deze zinnen ten doel om het gesprek zo snel mogelijk via en volgens de in de adviestool vastgelegde structuur te laten verlopen. Als dat lukt, wordt dus direct gestart met het adviesgesprek en de eerste stap daarin: het inventariseren van de uitvaartwensen van de klant. In alle adviesgesprekken die de AFM heeft beluisterd, kwam de advies- en bemiddelingsvergoeding pas ter sprake na de helft van het gesprek, meestal bij het berekenen van de premie. In één klantdossier heeft VFA geen enkele melding gemaakt van kosten die aan de dienstverlening zijn verbonden.²³
57. Indien de overeenkomsten werden gesloten met gebruikmaking van een voicelog, dan werd daarin expliciet melding gemaakt van de vergoeding. Dit script werd echter pas voorgelezen nadat het adviesproces was doorlopen, tijdens het sluiten van de overeenkomsten, terwijl de informatie *voorafgaand aan het advies* moet worden verstrekt. Bovendien werd eerst akkoord gevraagd voor het aangaan van de verzekeringsovereenkomst en pas daarna voor het afsluiten van de advies- en bemiddelingsovereenkomst.

Conclusie

58. VFA diende op grond van artikel 4:20, eerste lid, Wft voorafgaand aan het adviesgesprek de consument te informeren over het feit dat zij een advies- en bemiddelingsvergoeding van € 125 plus € 50 per polis in rekening brengt indien de consument de bestaande [REDACTED] uitvaartverzekering oversluit naar een uitvaartverzekering van [A]. Deze informatie is naar het oordeel van de AFM voor de consument relevant om een adequate beoordeling te maken van de dienstverlening van VFA. Zowel bij de benadering van de consumenten, via de brieven van [REDACTED] en [REDACTED] en via de websites van [A], als bij het maken van

²³ Gesprek 39, behorende bij klantdossier [REDACTED].

een afspraak voor het adviesgesprek en de bevestiging daarvan, heeft VFA geen informatie verstrekt over de advies- en bemiddelingsvergoeding. Pas bij de afronding van het adviesgesprek althans na de helft van het adviesgesprek noemde VFA kosten die aan het oversluiten van de verzekering zijn verbonden. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA daarmee artikel 4:20, eerste lid, Wft overtreden.

ii. Geen informatie over uitsluitende advisering en bemiddeling [A] voorafgaand aan het advies

59. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA in de vijf onderzochte klantdossiers met betrekking tot de [B]-consumenten niet alle informatie verstrekt die voor de consumenten redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de diensten van VFA. VFA heeft niet voorafgaand aan het adviseren informatie verstrekt over het feit dat zij uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in [A] verzekeringen. Dit AFM licht dit oordeel hieronder toe.
60. Zoals de AFM hiervoor ook heeft toegelicht, werden de [B]-consumenten door middel van een brief van [] en [] benaderd. In die brief staat dat Regeluitvaart.nu de klant zal informeren en adviseren over de indexatie van de bestaande polis en dat Regeluitvaart.nu mogelijk een voor de consument beter alternatief kan aanbieden. In de herinneringsbrief werd nog eens op indexatie gewezen. In de brieven is niet opgenomen dat VFA uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in verzekeringen van [A]. Ook in de afspraakgesprekken die vervolgens plaatsvonden, vermeldde VFA dit niet.
61. Uit de inrichting van het adviesgesprek volgens de adviestool blijkt ook dat de consument tijdens het adviesgesprek niet over dit punt werd geïnformeerd. De adviseur start steeds vrijwel direct met de eerste vraag uit de adviestool, te weten of de klant wil worden begraven of gecremeerd. Het doorlopen van alle vervolgstappen eindigde in een premieberekening voor een verzekering van [A]. In geen enkele van de telefonische gesprekken die de AFM heeft beluisterd, is bovendien door de adviseur tijdens het adviesgesprek aangegeven dat VFA uitsluitend adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen.

Conclusie

62. VFA diende op grond van artikel 4:20, eerste lid, Wft de consument voorafgaand aan het adviesgesprek te informeren over het feit dat VFA uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in verzekeringen van [A]. Deze informatie is naar het oordeel van de AFM voor de consument relevant om een adequate beoordeling te maken van de dienstverlening van VFA. Zowel bij de benadering van de [B]-consumenten via de brieven als bij het maken van een afspraak voor het adviesgesprek, heeft VFA niet aangegeven dat zij uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in verzekeringen van [A]. Ook tijdens het advies heeft VFA dit niet aangegeven. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA daarmee artikel 4:20, eerste lid, Wft overtreden.

iii. Geen correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding

63. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA tijdens de adviesgesprekken geen correcte informatie verstrekt over haar advies- en bemiddelingsvergoeding. Tijdens de adviesgesprekken waren de adviseurs van VFA niet duidelijk over de aard van de vergoeding. VFA gebruikte diverse aanduidingen voor de vergoeding,

waaruit geenszins bleek dat de vergoeding moest worden betaald voor het advies en de bemiddeling door VFA.

64. In gesprek 43, behorend bij klant dossier [REDACTED], verwijst VFA bijvoorbeeld naar een “*netto premie*” en gebruikt daarna de aanduiding “*eenmalig bedrag*”:

VFA: “Ja dat is beter toch? En dan is het ook zo, even kijken hoor, omdat we met netto, omdat er een nieuwe wetgeving is, werken we met netto premies. Dat houdt in dat we geen onvoorziene kosten meer mogen berekenen in de premie. Dus provisie...”

Klant: “Ja.”

VFA: “Dus dat zou betekenen dat je de hele looptijd provisie zou moeten betalen. Maar dan moet je een eenmalig bedrag betalen, wat je ook in 3 keer mag betalen.”

Klant: “Oké.”

VFA: “Dat is eh, voor 4 polissen, want dan gaan ze kijken per polis, dat is 325 euro. He, maar dat mag je in 3 keer betalen. Maar jullie krijgen geld terug van [REDACTED].” [onderstreping toegevoegd, AFM]

65. In gesprek 32, behorend bij klant dossier [REDACTED], noemt de adviseur van VFA alleen “*eenmalige kosten*”:

VFA: “Uhm, als u zegt ik wel goedkoper uit zijn uh voor hetzelfde vergelijkbare product bij [A] uhm dan krijgt u eenmalige kosten en die zijn voor u 175 euro. (...)” [onderstreping toegevoegd, AFM]

66. In gesprek 33, behorend bij klant dossier [REDACTED], duidt VFA de kosten voor advies- en bemiddeling aan als “*van bruto naar netto*”:

VFA: “Die afkoopwaarde bevat 412 euro. Daar gaat eenmalig van bruto naar netto 175 euro van af. Dan houd je 230 euro over. Van beide ontvang je een acceptgiro.” [onderstreping toegevoegd, AFM]

67. In gesprek 37 en 38, behorend bij klant dossiers [REDACTED] respectievelijk [REDACTED], worden de advies- en bemiddelingsvergoeding voor VFA aangeduid als eenmalige administratie- en poliskosten:

Gesprek 37

VFA: “Dus van [REDACTED] komt er een afkoopwaarde vrij van 280 euro. Die wordt u op uw bankrekening gestort. U krijgt een acceptgiro van 175 euro voor eenmalige administratiekosten en poliskosten en u krijgt een acceptgiro voor die 105 euro voor de eenmalige storting voor de nieuwe polis. Die kunt u laten liggen tot het [REDACTED]-geld op uw rekening is gestort (...).” [onderstreping toegevoegd, AFM]

Gesprek 38

VFA: (...) U heeft een afkoopwaarde van € 433,10 bij [REDACTED]. Als u eventueel zou oversluiten naar een andere verzekering, dan gaat daar € 175 aan polis- en administratie kosten vanaf. (...)” [onderstreping toegevoegd, AFM]

68. In gesprek 30, behorend bij klant dossier [REDACTED], geeft VFA eerst een uitleg over netto premies om vervolgens de kosten aan te duiden als “*afsluitkosten*”:

VFA: “(...) *Wij mogen dus niet meer bruto premies rekenen. En bruto premie houdt in zeg maar dat u bij wijze van spreken iedere maand meebetaalt aan provisiekosten, aan afsluitkosten, aan administratiekosten, uuh, een foldertje wat u wel eens thuisgestuurd krijgt, nou dat soort kosten, die worden ook meegerekend in de premie zeg maar die u nu betaalt. Dus u betaalt iedere maand bij wijze van spreken een hoop geld aan extra kosten die u zelf niet ziet en wat eigenlijk in de premie verwerkt is en wordt eigenlijk door de overheid gezegd ‘joh, dat willen we niet meer als er een nieuwe verzekering wordt afgesloten, er moet transpartheid komen, en duidelijkheid komen, en dat soort kosten mogen niet meegerekend worden’ en daarom ziet u dus ook dat die premie best wel aanzienlijk naar beneden kan gesteld worden. Er zitten wel eenmalige afsluitkosten aan verbonden, dat heeft u waarschijnlijk ook wel gelezen?’*”

Klant: “Ja...”

VFA: “*En dat is 175 euro. Dat is 125 euro per polis en 50 euro per verzekerde zeg maar. En dat is 175 euro. Maar als u dat van 4.000 af haalt, wat u zich over zoveel jaren kunt besparen, ja dan houdt u nog ruim uh boven de 3.500 euro, zeg maar 3.600 over. Dat zijn best wel hoge bedragen, stel u wordt 90 of 93 of 95 ja dan praat je wel gelijk over een heel lange looptijd, over een hoop geld dat het kan schelen.*”
[onderstreping toegevoegd, AFM]

Conclusie

69. Op grond van artikel 4:19, tweede lid, Wft dient de door VFA aan consumenten verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend te zijn. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA in voornoemde adviesgesprekken geen correcte informatie verstrekt over de aard van de kosten die zij in rekening brengt bij consumenten voor advies- en bemiddelingswerkzaamheden. Correcte informatie betekent dat de informatie in ieder geval inhoudelijk juist moet zijn.²⁴ VFA noemde in de adviesgesprekken bijvoorbeeld termen als “afsluitkosten”, “van bruto naar netto” of “eenmalige polis- en administratiekosten”. Uit deze aanduidingen heeft de consument niet kunnen opmaken dat de kosten daadwerkelijk zagen op de advies- en bemiddelingswerkzaamheden die VFA voor de consument verrichtte. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA hiermee artikel 4:19, tweede lid, Wft overtreden.

²⁴ Beleidsregel Informatieverstreking (versie september 2013), p. 8.

71.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

72.

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

73.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

v. Misleidende informatie over de aanleiding van het adviesgesprek

75. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA aan de [B]-consumenten misleidende informatie verstrekt over de aanleiding van het adviesgesprek. In de eerste brief die [B]-consumenten ontvingen staat dat Regeluitvaart.nu contact op zal nemen met de consument om te adviseren over de indexatiemogelijkheid van de bestaande polis en dat Regeluitvaart.nu mogelijk een voor de klant beter alternatief kan bieden. In de herinneringsbrief wordt de consument erop gewezen dat, indien hij of zij niet binnen twee weken heeft aangegeven de polis te willen indexeren, het recht op indexatie vervalt.²⁵ Ook in de afspraakgesprekken noemen de adviseurs als aanleiding van het contact het indexeren van de huidige polis en het mogelijk aanbieden van een beter alternatief. Het indexeren van de bestaande polissen van de consumenten is echter niet aan de orde.
76. Slechts in één gesprek, gesprek 37 behorende bij klantdossier [REDACTED], bespreekt de adviseur het indexeren van de bestaande polis. Daar gaat het niet om de indexatiemogelijkheid van de bestaande verzekering van de consument zelf, maar over die van de bestaande verzekering van de mannelijke partner van de vrouwelijke consument die de adviseur aan de lijn heeft. VFA wil hem niet oversluiten naar een [A]-verzekering nu hij gezondheidsproblemen blijkt te hebben. Voor deze indexering van zijn bestaande polis wordt hij door VFA via zijn vrouw evenwel weer terugverwezen naar [B]. Met de vrouwelijke consument blijft VFA aan de lijn; niet om te indexeren, maar om haar verzekering naar [A] over te sluiten:

“U zou [B] nog kunnen bellen om de polis van uw man te laten indexeren. En dan worden er geen gezondheidsvragen gesteld. En dan wordt de polis gemiddeld verhoogd met 15%. Want wat er toch uitkwam is dat jullie nu laag verzekerd zijn. Ik zou u kunnen oversluiten. Dat is geen probleem en uw man zou zijn polis kunnen laten indexeren en dan gaat zijn polis toch enigszins omhoog en dan ja is hij toch wat hoger verzekerd dan hij nu is.”

²⁵ De twee brieven werden gestuurd door [REDACTED] en [REDACTED]. De omstandigheid dat de brieven niet door VFA zelf werden verstuurd, maakt niet dat deze overtreding niet door VFA begaan zou zijn. VFA had immers met [REDACTED] en [REDACTED] hierover een uitbestedingsovereenkomst gesloten. De AFM merkt hierbij op dat de heer Snels deze overeenkomst heeft ondertekend in zijn hoedanigheid als directeur van [REDACTED], van [REDACTED] en van VFA.

Hieruit blijkt dat waar daadwerkelijk geïndexeerd in plaats van overgesloten wordt, hier overigens in het geval van een consument met gezondheidsproblemen, VFA de zaak niet zelf afhandelt. Dat gegeven klopt niet met inhoud van de aan de consumenten verzonden brieven, waarin staat dat de reden om contact met de klant op te nemen was om de bestaande verzekering voor de klant te indexeren.

77. In de gesprekken 32 en 43, behorende bij de klantdossiers [REDACTED] respectievelijk [REDACTED], wordt de term indexeren even genoemd, maar in geen enkel adviesgesprek wordt uiteindelijk aangeboden de bestaande [REDACTED] verzekering van de consument te indexeren. In gesprek 32 noemt de adviseur dat de aanleiding voor het gesprek is “*de polis eens tegen het licht te houden*”. In gesprek 33, behorende bij klantdossier [REDACTED], geeft de adviseur aan dat hij bezig is “*om de zorgplicht uit te voeren over onze polissen*”. In gesprek 42-43, beide behorende bij klantdossier [REDACTED], ging de adviseur van VFA niet in op de aanleiding van de brief. Hij gaf enkel aan dat het zou gaan om een uitvaartverzekering, in het midden latend of het ging om een bestaande verzekering van de consument of een nieuwe verzekering. Later in het gesprek benoemde de consument dat hij een brief had ontvangen waarin het indexatiepercentage van de bestaande verzekering genoemd werd. De adviseur ging hier echter niet op in en vervolgde het gesprek met het geven van advies over een nieuwe uitvaartverzekering. Bij aanvang van de gesprekken wordt aldus de perceptie van de consumenten dat zij, zoals in de brief aangegeven, worden gebeld voor indexatie van de huidige polis en eventueel een advies over een “beter alternatief”, in stand gehouden. In ieder geval wordt hen – ook in de loop van het gesprek – niet duidelijk gemaakt dat VFA vooral belt om hun bestaande polis over te sluiten naar een [A]-verzekering.
78. In gesprek 32, behorende bij klantdossier [REDACTED], vervolgde de adviseur het gesprek door uit te leggen dat hij ging kijken of de consument niet te hoog of te laag verzekerd was en of het ook voordeliger kon. In dat gesprek inventariseerde de adviseur de uitvaartwensen van de consument alvorens hij indexatie van de bestaande polis besprak. De consument kreeg echter niet de keuze voorgelegd of hij zijn bestaande polis wilde indexeren; de adviseur vervolgde het gesprek namelijk door een premievergelijking te maken met de verzekering van [A]. In gesprek 33, behorende bij klantdossier [REDACTED], gaf de adviseur aan dat de consument “*nog in de provisieregeling*” zit en minder zou gaan betalen voor zijn verzekering. De adviseur gaf echter niet aan dat het gaat om een nieuwe verzekering bij een andere verzekeraar ([A]). In dit gesprek kwam indexatie en een keuzemogelijkheid voor de consument niet ter sprake.
79. Terwijl dus in de brieven anders wordt gesuggereerd, krijgt de consument in het adviesgesprek geen advies over indexatie van zijn [REDACTED]-polis bij zijn huidige verzekeraar, noch over mogelijk betere uitvaartverzekeringen bij verschillende aanbieders. Advisering over de indexatie van de huidige polis blijkt in de werkelijke adviesgesprekken helemaal niet aan de orde dan wel van zeer ondergeschikt belang te zijn. In werkelijkheid wordt vooral toegewerkt naar het oversluiten van de polis naar een [A]-verzekering.
80. In de reactie van VFA en de heer Snels op het concept onderzoeksrapport geven zij toe dat indexatie van de bestaande polissen helemaal niet – of zeker niet primair – aan de orde was. In de reactie wordt toegelicht dat VFA en de heer Snels gebleken was dat de [REDACTED] systematiek van indexeren ingewikkeld en moeilijk te

begrijpen was voor de consument en bovendien dat een [A] product financieel voordeliger was voor de consument. Dit *“heeft ertoe geleid dat het informeren over de [] indexatie op voorhand zinloos leek en enkel verwarring gaf bij de consument. VFA is daarom gaandeweg eerst gaan kijken of een alternatief beter was voor de klant.”*, aldus VFA en de heer Snels in de reactie op het concept onderzoeksrapport.

81. De uitbestedingsovereenkomst tussen [] en [] en VFA maakt wat de AFM betreft duidelijk dat VFA een bedrijfseconomisch belang heeft bij het oversluiten van de benaderde klant naar een [A]-verzekering – de enige verzekering waarin VFA handelt. VFA heeft immers een vergoeding aan [B] betaald voor het ontvangen van de gegevens van de betreffende klant, die in de portefeuille van [B] blijft wanneer hij of zij niet besluit om via VFA een nieuwe verzekering af te sluiten. In dat geval zou VFA aan de klant dus niets verdienen, maar wel de voor de gegevens van de betreffende klant betaalde vergoeding kwijt zijn. De enige bron van inkomsten van VFA is de advies- en bemiddelingsvergoeding die klanten haar verschuldigd zijn wanneer dezen via VFA een uitvaartverzekering bij [A] afsluiten.
82. De AFM merkt op dat VFA ook een belang had bij deze handelwijze. Immers: juist deze misleiding zorgde er logischerwijs voor dat zoveel consumenten de gesprekken aangingen en dat uiteindelijk – in ieder geval in de aan de boete ten grondslag gelegde dossiers – besloten is tot het oversluiten van de bestaande polissen naar [A]-verzekeringen, en daarmee ook tot het aangaan van de dienstverleningsovereenkomst met VFA. VFA verdiende aan deze dienstverleningsovereenkomsten. De bestuurder van VFA, de heer Snels, had bovendien nog een extra persoonlijk belang: hij had ook baat bij het oversluiten van consumenten naar [A]-verzekeringen. De heer Snels was ten tijde van de overtreding immers, als 100% aandeelhouder van [] via [], voor 31% mede aandeelhouder van [], die participeerde in [A].

Conclusie

83. Op grond van artikel 4:19, tweede lid, Wft dient de door VFA aan consumenten verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend te zijn. Naar het oordeel van de AFM heeft VFA de [B]-consumenten misleidende informatie verstrekt over de aanleiding van het adviesgesprek. De consument was door het ontvangen van de brief door VFA in de veronderstelling gebeld te worden om te worden geadviseerd over de indexatiemogelijkheden van de huidige [] verzekering. Slechts in één adviesgesprek is gesproken over indexatie en daarbij werd de klant terugverwezen naar [B] omdat VFA de zaak dan niet zelf afhandelt. In alle andere gesprekken is niet gesproken over indexatie. Voorafgaand aan het telefonisch adviesgesprek was het de consument dus niet duidelijk wat de werkelijke bedoeling van VFA was. De werkwijze van VFA blijkt in de praktijk te zijn ingesteld op het consumenten laten oversluiten van de huidige [] polissen naar een [A]-uitvaartverzekering om aldus de advies- en bemiddelingskosten in rekening te kunnen brengen.
84. Gelet op het voorgaande heeft heroverweging van dit onderdeel ertoe geleid dat de AFM de juridische grondslag van Boetebesluit 2 heeft gewijzigd in de artikelen 4:19 en 4:20 Wft.

B. Er is geen sprake van een overtreding

85. Onder bezwaargrond B voert de heer Snels aan dat er geen sprake is van een misleidende handelspraktijk. Er is geen sprake van een misleidende omissie en er is geen schade aan collectieve belangen van consumenten. In reactie op bezwaargrond A heeft de AFM de juridische grondslag van Boetebesluit 2 gewijzigd in artikel 4:20, eerste lid, Wft en artikel 4:19, tweede lid, Wft. De AFM stelt niet langer een overtreding van de artikelen 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, en 6:193d, eerste en derde lid, BW vast. De normen van de misleidende omissie en de artikelen 4:20 en 4:19 Wft zijn echter zeer vergelijkbaar. De AFM bespreekt hieronder de argumenten van de heer Snels en past deze toe op de onder bezwaargrond A gekwalificeerde overtredingen.

Essentiële informatie is duidelijk

86. De heer Snels voert aan dat alle relevante informatie inzake de dienstverlening door VFA aan de consument beschikbaar is gesteld alvorens deze diende te beslissen over het al dan niet aangaan van de overeenkomsten. In het bezwaarschrift is een tabel opgenomen waarin is aangegeven wanneer de informatie dat (i) VFA uitsluitend adviseert over en bemiddelt in verzekeringen van [A] en (ii) het feit dat VFA een vergoeding in rekening brengt voor haar dienstverlening wordt verstrekt. De inhoud van die informatie was bovendien duidelijk, begrijpelijk en niet dubbelzinnig. VFA heeft er ook voor gezorgd dat de consument de informatie begreep voordat hij een beslissing nam over het aangaan van de overeenkomst. Dit wordt bevestigd door het feit dat slechts een zeer beperkt aantal klachten is ontvangen (0,29%) en slechts een zeer beperkt aantal cliënten tijdens de servicegesprekken, heeft laten weten niet tevreden te zijn (0,1%).
87. De AFM gaat eraan voorbij dat het geheel aan verstrekte informatie in onderling verband en samenhang moet worden gezien. In de Dienstenwijzer en op de website van VFA was duidelijk vermeld dat VFA uitsluitend bemiddelt voor [A]. Van een consument die overweegt een financieel product af te sluiten mag worden verwacht dat deze de relevante documentatie bestudeert. Uit vaste jurisprudentie volgt dat van een consument verwacht mag worden dat hij zich inspanningen getroost om de strekking van de overeenkomst te begrijpen.²⁶ In casu mocht van de consument verwacht worden dat deze de tijd zou nemen om de beschikbare informatie tot zich te nemen. De AFM kent onvoldoende gewicht toe aan de overige informatie die door VFA aan consumenten is verstrekt en citeert uitsluitend uit een kleine selectie van telefoongesprekken.

Essentiële informatie is op tijd verstrekt

88. De heer Snels stelt dat VFA de informatie op tijd heeft verstrekt aangezien de consument steeds voorafgaand aan diens beslissing over het al dan niet aangaan van de overeenkomst over de informatie kon beschikken. In alle door de AFM genoemde dossiers was de genoemde informatie voor de cliënt

²⁶ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815; Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV8187.

beschikbaar voorafgaand aan het nemen van de beslissing. Dit geldt voor de gevallen waarin de overeenkomsten telefonisch werd afgesloten omdat de essentiële informatie tijdens de voicelog duidelijk aan de orde kwam. Ook de vervolgens aan de consument toegestuurde e-mail was duidelijk en daarbij zat bovendien de Dienstenwijzer als bijlage.

89. Voorts geldt dat tijdens elk adviesgesprek uitsluitend werd vergeleken met een verzekering van [A] en dat uitsluitend een premie is berekend voor een [A]-verzekering. Daarmee was het voor de consument duidelijk dat het advies van VFA zag op een product van *die* verzekeraar.
90. VFA heeft zich (voorts) gehouden aan de bij en krachtens de Wft gestelde informatievoorschriften. Op basis van de Wft dient de informatie voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst tot worden verstrekt. Dit staat ook zo op de website van de AFM en in de Beleidsregel Informatieverstreking. Daarnaast wijst de heer Snels op artikel 78 BGfo waarin is opgenomen dat in geval van overeenkomsten op afstand de vereiste informatie direct na de totstandkoming van de overeenkomst mag worden verstrekt. De heer Snels merkt daarbij op dat het de consument vrij stond om af te zien van het voorstel om een overeenkomst af te sluiten of om indien gewenst verdere bedenktijd te nemen.
91. Het staat de AFM niet vrij om via de Wohp en Whc andere regels in het leven te roepen met betrekking tot uitvaartverzekeringen dan voor andere financiële producten. Los daarvan heeft VFA de consumenten niet onder druk gezet en juist ten volle aandacht willen besteden aan de gevoelsmatige aspecten van de verzekering.

Gemiddelde consument voldoende geïnformeerd

92. De heer Snels voert verder aan dat de gemiddelde consument steeds voldoende is geïnformeerd. Met betrekking tot het begrip “gemiddelde consument” moet worden uitgegaan van de fictieve, doorsnee consument, dat wil zeggen de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument.²⁷ Er moet sprake zijn van een zekere evidentie dat de consument die tot die groep van gemiddelde consumenten kan worden gerekend, door de handelspraktijk kan worden misleid. Van een dergelijke evidentie is in casu geen sprake. De AFM lijkt onterecht uit te gaan van een slecht geïnformeerde, niet bedachtzame en passieve consument. Hierbij is relevant dat VFA slechts een zeer beperkt aantal klachten heeft ontvangen.
93. VFA gaf voldoende ruimte voor de consument om een besluit te nemen. Er zijn vele voorbeelden te vinden waaruit duidelijk volgt dat een geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument wel degelijk een goed beeld had van de dienstverlening van VFA. Ook de voorzieningenrechter oordeelt dat de AFM niet aannemelijk heeft gemaakt dat de gemiddelde consument ten aanzien van de advieskosten is misleid. Hierbij is naar het oordeel van de voorzieningenrechter van belang dat VFA pas een dienstverleningsovereenkomst sloot en hiervoor kosten in rekening bracht op het moment dat de consument besloot tot het afsluiten van een [A]-uitvaartverzekering.

²⁷ CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:25.

Geen schade aan de collectieve belangen van consumenten

94. De heer Snels betoogt voorts dat er geen sprake is van een structurele, bestendige praktijk waarin VFA consumenten heeft misleid. De loutere omstandigheid dat sprake is van misleiding – quod non – brengt niet met zich dat schade wordt of kan worden toegebracht aan de collectieve belangen van consumenten. Indien een consument in een enkel geval is benaderd op een wijze die tot onduidelijkheid heeft kunnen leiden, betekent niet dat VFA de collectieve belangen van consumenten geschaad heeft of kunnen schaden. De AFM dient buiten redelijke twijfel aan te tonen waarom in onderhavig geval sprake is van een “inbreuk”.²⁸ Gezien de onschuldpresumptie ligt het bewijsrisico en de bewijslast bij de AFM. De AFM kan niet volstaan met “aannemelijk achten” van de feiten of de overtreding.
95. VFA heeft altijd aantoonbaar voordeel voor cliënten gerealiseerd. Ook is er sprake van een relatief zeer beperkt aantal klachten, waarbij bovendien een rol speelt dat consumenten het niet gewend waren dat er een vergoeding in rekening werd gebracht met betrekking tot bemiddeling/financieel advies. In reactie op de klachten heeft VFA het systeem van de vergoeding uitgelegd. Ingeval een consument tijdens het servicegesprek liet weten problemen te hebben met de vergoeding, voorzag het coulancebeleid van VFA er in om van het invorderen van de vergoeding af te zien.

Reactie AFM

96. Hieronder gaat de AFM in op de argumenten van de heer Snels dat er geen sprake is van een overtreding.

Essentiële informatie is duidelijk

97. Artikel 4:20, eerste lid, Wft vereist dat voorafgaand aan het adviseren de consument alle informatie wordt verstrekt voor zover die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van de dienst of het product. Het doel hiervan is dat de consument voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst gedegen kan afwegen of hij tot het sluiten van de overeenkomst zal overgaan. Met “*informatie relevant voor een adequate beoordeling*” wordt tot uitdrukking gebracht dat relevante informatie die al eerder is verstrekt niet nogmaals verstrekt hoeft te worden. Deze informatie voegt immers niets meer toe aan de beoordeling.²⁹
98. Zoals de AFM hiervoor heeft toegelicht, kwalificeren (i) de kosten van de dienstverlening van VFA en (ii) het feit dat VFA uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in [A] verzekeringen naar het oordeel van de AFM als redelijkerwijs relevante informatie. Deze informatie is naar het oordeel van de AFM bovendien niet eerder door VFA verstrekt en daarom is die informatie redelijkerwijs relevant voor een adequate beoordeling. De AFM merkt hierbij op dat zij van oordeel is dat het voor consumenten die hun gegevens invulden op één van de websites van [A] voldoende duidelijk was dat zij gebeld zouden worden door of

²⁸ Rb. Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3892.

²⁹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509-510.

namens [A]. Voor deze consumenten was het derhalve duidelijk dat VFA uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in [A]-verzekeringen. Dit ligt dan ook niet aan het boetebesluit ten grondslag.³⁰

99. In het bezwaarschrift heeft de heer Snels een tabel opgenomen met een opsomming van de door VFA verstrekte informatie over de hiervoor genoemde twee onderwerpen. Uit deze tabel blijkt naar het oordeel van de AFM niet dat VFA al eerder informatie over de uitsluitende advisering en bemiddeling in [A]-verzekeringen aan de consumenten heeft verstrekt. In de aankondigingsbrief en de herinneringsbrief die [B]-consumenten ontvingen, werd deze informatie niet vermeld. Uit de passage “Ook zal *Regeluitvaart.nu* kijken of uw huidige [] voor u nog passend is. Mogelijk kunnen zij een voor u beter alternatief bieden.” kan een consument niet opmaken dat uitsluitend wordt geadviseerd over en bemiddeld in [A]-verzekeringen. Hetzelfde geldt voor het feit dat in het adviesgesprek uitsluitend een vergelijking werd gemaakt met een [A]-verzekering. Voorts geldt dat in de praktijk de belscripts voor de afspraakgesprekken niet werden gevolgd. De AFM verwijst hierbij naar rechtsoverweging 7.5 van de Uitspraak:

“In de belscripts voor het maken van een afspraakgesprek was deze informatie wel opgenomen, maar alleen als de consument ernaar vroeg, waarbij de AFM bovendien heeft vastgesteld dat deze belscripts in de praktijk niet werden gevolgd. In de beluisterde telefonische adviesgesprekken is deze informatie evenmin verstrekt. Op de website van VFA stond deze informatie weliswaar vermeld, maar nu in de brieven de suggestie werd gewekt dat namens [] zou worden gebeld, kon van een gemiddelde consument niet worden gevergd dat hij na ontvangst van deze brieven een onderzoek zou instellen naar de dienstverlener die hem (naar hij mocht menen) over indexatie van zijn huidige polis zou bellen. VFA had deze informatie op een duidelijke wijze en uit eigen beweging moeten verschaffen. Van een gemiddelde consument kan evenmin worden verwacht dat hij uit de omstandigheid dat hem een product van [A] wordt geadviseerd, moet kunnen afleiden dat de adviseur uitsluitend adviseert over en bemiddelt in uitvaartverzekeringen van [A].”

100. Uit de tabel blijkt naar het oordeel van de AFM evenmin dat VFA voorafgaand aan het adviseren informatie heeft verstrekt over de kosten van haar dienstverlening. Uit de tabel volgt dat VFA die informatie heeft verstrekt bij de offerte e-mail (met de Dienstenwijzer als bijlage) en in de voicelog bij het telefonisch afsluiten van de dienstverleningsovereenkomst. Op dat moment heeft het advies echter al plaatsgevonden. De omstandigheid dat VFA pas kosten in rekening bracht op het moment dat de consument besloot om daadwerkelijk over te gaan tot het afsluiten van een [A]-verzekering, acht de AFM – anders dan de voorzieningenrechter in de Uitspraak – daarbij niet relevant. De wetgever heeft juist in artikel 4:20, eerste lid, Wft bepaald dat in geval van advisering de relevante informatie voorafgaand aan het advies moet worden verstrekt. Alleen indien de consument voorafgaand aan het advies op de hoogte is van de kosten die aan het advies verbonden zijn, kan hij een weloverwogen keuze maken of hij een dienstverleningsovereenkomst met VFA wil afsluiten. De omstandigheid dat VFA alleen een vergoeding in rekening brengt als de consument daadwerkelijk kiest voor het oversluiten van zijn uitvaartverzekering naar [A], maakt aldus niet dat deze kosten niet vermeld hoeven te worden.

³⁰ Zie paragraaf 4.2.4.2 van Boetebesluit 2.

101. De heer Snels voert aan dat de AFM het geheel aan verstrekte informatie in onderling verband en samenhang moet bezien. De AFM stelt voorop dat de informatie op grond van artikel 4:20, eerste lid, Wft voorafgaand aan het advies moest worden verstrekt. De verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 5 juni 2009³¹ en de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 29 februari 2012 gaat reeds om die reden niet op. De AFM merkt hierbij op dat de tien klantdossiers die aan de boete ten grondslag liggen, klanten betreffen die direct na afronding van het adviesgesprek de dienstverleningsovereenkomst met VFA en de verzekeringsovereenkomst met [A] hebben gesloten. Van deze klanten hebben zeven klanten de overeenkomsten afgesloten door middel van de voicelog. Deze klanten hebben in het geheel de Dienstenwijzer niet ontvangen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomsten. Deze klanten hebben hun beslissing volledig moeten baseren op de mondelinge informatie die gedurende het adviesgesprek was verstrekt. De drie klanten die de overeenkomsten hebben afgesloten middels de offerteknop in de e-mail die zij hadden ontvangen van VFA, hebben in redelijkheid niet de gelegenheid gehad tot het bestuderen van de Dienstenwijzer die als bijlage bij de offerte e-mail werd verzonden. Deze e-mail werd door de adviseur aan de klant verzonden gedurende het gesprek. Na ontvangst van de e-mail door de klant werd de klant direct naar de offerteknop geleid, met het verzoek daarop te klikken. In geen van de gesprekken heeft de adviseur de klant gewezen op de bijlage en in geen van de gesprekken heeft de adviseur de klant de mogelijkheid gegeven de bijlage te bestuderen.
102. De heer Snels voert aan dat VFA een zeer laag aantal klachten heeft ontvangen. De AFM merkt op dat een relatief laag aantal klachten niet af doet aan de constatering dat in de tien onderzochte klantdossiers relevante informatie niet voorafgaand aan het advies is verstrekt en dat tijdens het adviesgesprek niet correcte en misleidende informatie is verstrekt door VFA.

Essentiële informatie is op tijd verstrekt

103. In artikel 6:193d, derde lid, BW is bepaald dat van een misleidende omissie sprake is indien “*essentiële informatie (...) verborgen wordt gehouden of op een onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt wordt (...) waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen*”. Het doel van deze bepaling is om consumenten te beschermen tegen verplichtingen die hij niet aangegaan zou zijn als hij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst beter was geïnformeerd. Dit betekent dat de informatie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst moet zijn verstrekt en dat tevens van belang is dat de consument in redelijkheid de gelegenheid krijgt om de informatie tot zich te nemen. Dit is de maatstaf die de AFM aan Boetebesluit 2 ten grondslag heeft gelegd.
104. Artikel 4:20 Wft heeft ook als doel om de consumenten in de gelegenheid te stellen om, met informatie vooraf, een adequate beoordeling te maken van de dienst die wordt afgenomen of van het product dat wordt afgesloten. De heer Snels betoogt dat hij ook aan de bij en krachtens de Wft gestelde informatievoorschriften heeft voldaan en verwijst daartoe naar de website van de AFM waarin is

³¹ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815; Rb. Utrecht 29 februari 2012, ECLI:RBUTR:2012:BV8187.

opgenomen dat financiële dienstverleners de consument vóór het sluiten van een overeenkomst de redelijkerwijs relevante informatie moet verstrekken. In artikel 4:20, eerste lid, Wft is echter expliciet bepaald dat, *in geval van een advies*, de informatie *voorafgaand aan het advies* moet worden verstrekt. De informatie in de voicelog, de offerte e-mail en de Dienstenwijzer is niet voorafgaand aan het advies verstrekt.

105. De verwijzing naar artikel 78 BGfo, waarin is bepaald dat bepaalde informatie bij overeenkomsten op afstand onmiddellijk ná het sluiten van een overeenkomst mag worden verstrekt, gaat hier niet op. Artikel 78 BGfo heeft betrekking op informatie over het product zelf, in dit geval een uitvaartverzekering. De informatie waar het in onderhavige zaak om gaat ziet echter op informatie over de dienstverlening van VFA zelf en niet op de uitvaartverzekering als zodanig waarin zij bemiddelt.³²
106. De AFM hanteert in onderhavige zaak geen ander toetsingskader omdat het om uitvaartverzekeringen gaat. De AFM heeft in het bestreden besluit aangegeven dat een uitvaartverzekering naar de aard der zaak voor consumenten in meer of mindere mate emotioneel is. Uit de beluisterde gesprekken blijkt dat de consumenten niet zonder emotie over de toekomstige uitvaart kunnen spreken. De AFM heeft deze overweging echter volledig ten overvloede opgenomen.³³ De AFM stelt geen strengere eisen aan informatieverstrekking over uitvaartverzekeringen en heeft dit dan ook niet meegenomen bij de beoordeling van de overtredingen.

Gemiddelde consument voldoende geïnformeerd

107. Bij de naleving van de artikelen 4:19 en 4:20 Wft wordt de gemiddelde consument als uitgangspunt genomen. Daarbij zal ook de complexiteit van het financiële product of de financiële dienst een rol spelen. Naar mate het product of de dienst complexer en/of risicovoller wordt, kan van de gemiddelde consument minder kennis en inzicht worden verwacht en zal de informatie daarop toegesneden moeten zijn. Op het uitgangspunt dat de financiële onderneming van de gemiddelde consument mag uit gaan geldt een uitzondering indien sprake is van advies of individueel vermogensbeheer. Bij het voldoen aan de artikelen 4:23 en 4:90 Wft zal een financiële onderneming de specifieke kenmerken van de consument als uitgangspunt moeten nemen. Het advies en het individueel vermogensbeheer moeten worden toegespitst op de specifieke kenmerken van de consument. Bij de informatieverstrekking op grond van de artikelen 4:19 en 4:20 Wft neemt de financiële onderneming echter de gemiddelde consument als uitgangspunt.³⁴ De AFM onderschrijft het standpunt van de heer Snels dat van een gemiddelde consument verwacht mag worden dat hij zich informeert over het mogelijk door hem af te sluiten financiële product. Naar het oordeel van de AFM had de consument zich echter in onderhavige klant dossiers niet kunnen informeren.

³² Zie ook *Stb.* 2006, 520, p. 239-241.

³³ Zie ook paragraaf 4.2.5. ‘*Conclusie overtreding VFA en overige overweging*’ van Boetebesluit 2 [onderstreping toegevoegd, AFM].

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 509; *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 39-40.

108. In de brieven die de [B]-consumenten hebben ontvangen, werd niet verwezen naar de website van VFA waarop de Dienstenwijzer met de relevante informatie te vinden was. Om deze reden kan deze groep consumenten niet verweten worden dat zij de website van VFA niet hebben bezocht. Aangezien de informatie over de kosten van de dienstverlening en de uitsluitende advisering en bemiddeling in [A]-verzekeringen niet in de brieven stond, had VFA deze informatie bij het eerste contact of in ieder geval voorafgaand aan het advies aan de consument moeten verstrekken.
109. Nagenoeg hetzelfde geldt voor de groep consumenten die hun gegevens hebben achtergelaten op een van beide websites van [A]. Deze consumenten waren in de veronderstelling dat zij gebeld zouden worden namens [A] over de hoogte van de premie. Op de website van [A] werd niet gerefereerd aan VFA. Om deze reden kan van deze groep consumenten niet verwacht worden dat zij de website van VFA niet hebben bezocht om onderzoek te doen naar de kosten van de dienstverlening van VFA.

Geen schade aan de collectieve belangen van consumenten

110. Voor de bevoegdheid tot handhavend optreden op grond van de Whc is van belang dat er sprake is van een “inbreuk” als bedoeld in artikel 1.1 Whc. Van een “inbreuk” is kortgezegd sprake als de overtreding schade kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Dit vereiste is niet opgenomen in de artikelen 4:19 en 4:20 Wft. Dit argument behoeft dan ook geen verdere bespreking door de AFM.
111. Ten overvloede merkt de AFM het volgende op. Het doel van de artikelen 4:19 en 4:20 Wft is dat consumenten aan de hand van correcte, duidelijke en niet misleidende informatie een adequate beoordeling kunnen maken van de dienst of het product dat zij (mogelijk) afnemen. Op het moment dat de consument niet beschikt over de relevante informatie of dat niet correcte en misleidende informatie wordt verstrekt, is de consument niet in staat om die adequate beoordeling te maken. Reeds om die reden kan er schade ontstaan bij de consument.
112. Gelet op het voorgaande leidt heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel.

C. De AFM heeft vooringenomen gehandeld

113. Op grond van artikel 2:4 Awb dient de AFM zich zonder vooringenomenheid op te stellen. De heer Snels stelt onder bezwaargrond C dat de AFM aan dit punt niet heeft voldaan.

Achtergrond onderzoek AFM: klachten van

114. VFA heeft zich ingespannen om het klantbelang centraal te stellen. De AFM hecht hier kennelijk geen waarde aan. De aanleiding voor het onaangekondigde bezoek van de AFM bij VFA was volgens de AFM ontvangen “signalen”, waardoor zij “meer wilde weten over de bedrijfsvoering en dienstverlening van VFA”. De heer Snels meent dat die signalen afkomstig waren van . heeft zich volgens de heer Snels tot de AFM gewend met betrekking tot het door VFA oversluiten van uitvaartverzekeringen van

naar [A]. Dat de melding heeft gedaan blijkt uit de wijze van onderzoek van de AFM. De heer Snels stelt dat op de achtergrond een grote rol heeft gespeeld bij het optreden van de AFM. Dit volgt uit de vraagstelling tijdens het toezichtbezoek en het feit dat de AFM beschikte over een brief van VFA aan met het verzoek de misleidende behoudactiviteiten³⁵ te staken.

115. De AFM heeft schijnbaar haar toezichtcapaciteit aangewend om de belangen van te beschermen, waarmee zij de vrije marktwerking heeft gefrustreerd. De AFM lijkt in haar onderzoeksrapporten uitsluitend geïnteresseerd te zijn in bevestigingen van door naar voren gebrachte stellingen en zij gaat voorbij aan indicaties die de andere kant op wijzen. Dit duidt er op dat de AFM koste wat kost wil aansturen op boeteoplegging en publicatie. Dit is onzorgvuldig en getuigt van vooringenomenheid. De AFM heeft VFA en de heer Snels nooit feedback gestuurd met betrekking tot het toezichtbezoek, ondanks een belofte hiertoe. Pas met het verzenden van de concept rapportage, negen maanden na het toezichtbezoek, heeft de AFM een inhoudelijke reactie gegeven.
116. De AFM dient als toezichthouder boven partijen te staan en zonder vooringenomenheid de feiten te onderzoeken en te beoordelen. Door haar behoudpogingen heeft consumenten in verwarring gebracht en hen ertoe aangezet om klachten in te dienen over VFA. De behoudpogingen van zijn de enige reden dat er klachten zijn ingediend over VFA door consumenten. De AFM heeft niet gereageerd op brieven van VFA, waarin op gedetailleerde wijze is ingegaan op de misleidende activiteiten van en is toegelicht dat deze schade veroorzaken. Van de in totaal 22 klachten zijn er naar het oordeel van VFA ten minste veertien het gevolg van de onheuse belpogingen van . De AFM stelt in het onderzoeksrapport ten onrechte dat aan dit gegeven voorbijgegaan kan worden en volstaan kan worden met het uitsluitend beoordelen van de door haar geselecteerde dossiers. De AFM geeft hiermee blijk van een te beperkt blikveld.

Geen toegang tot relevante stukken

117. De AFM is door VFA en de heer Snels verzocht om inzage te geven in alle klachten die zijn ontvangen over VFA en alle klachten waar de AFM in haar onderzoeksrapport naar verwijst. Ook is de AFM verzocht om een kopie van een eventuele melding of verzoek tot handhavend optreden door toe te voegen aan het inzagedossier, alsmede alle correspondentie in dat verband. Naar de mening van de heer Snels zijn deze stukken aan te merken als op de zaak betrekking hebbende stukken en dienen deze aan het inzagedossier te worden toegevoegd.
118. Volgens de AFM is het onderzoek mede op basis van een melding gestart. De AFM weigert om inzage te geven in de inhoud van de betreffende melding. Zo blijft de aanleiding van het onderzoek voor de heer Snels onduidelijk. Hij wordt hiermee in zijn verdedigingsbelang geschaad. De heer Snels merkt hierbij op dat er de mogelijkheid bestaat om de melding te anonimiseren voordat het aan het inzagedossier wordt toegevoegd. Mocht de melding van een professionele marktpartij afkomstig zijn, dient het belang van de

³⁵ Met behoudactiviteiten doelt de heer Snels op activiteiten van , gericht op het voorkomen dat -klanten naar [A] overstapten.

heer Snels om de betreffende stukken in te zien zwaarwegender worden geacht dan bescherming van de meldingsbereidheid. Professionele marktpartijen verkeren niet in een kwetsbare positie en zij kunnen niet met consumenten op één lijn worden gesteld. Daarbij komt dat meldingen anoniem kunnen worden gedaan. Dit wordt ook door de AFM op haar website bevestigd.

119. De inhoud van de betreffende stukken is van belang om te kunnen beoordelen of de kleine groep consumenten waar de AFM naar verwijst zich daadwerkelijk misleid heeft gevoeld, of dat zij door toedoen van [REDACTED] in een dergelijke veronderstelling zijn gebracht. Dit klemmt temeer nu de melding een belangrijke rol heeft gespeeld bij de inrichting van het onderzoek en de opstelling van de AFM. Ook uit de jurisprudentie bij artikel 8:42 Awb volgt dat informatie inzake een tipgever als op de zaak betrekking hebbend moet worden aangemerkt.³⁶ Ook indien de onderzoeksbevindingen niet rechtstreeks op een bepaalde melding zijn gebaseerd, betekent dat nog niet dat het niet een op de zaak betrekking hebbend stuk betreft. De heer Snels kan geen gemotiveerd verweer voeren ten aanzien van de klachten van consumenten en de stelling van de AFM dat VFA consumenten heeft misleid, indien hij niet met de inhoud van die klachten bekend is.
120. Tevens blijkt de vooringenomen houding van de AFM uit de weigering om de brieven van VFA aan de AFM van 18 september 2012 en 11 maart 2013 aan het inzagedossier toe te voegen. Deze brieven dienden ter informering van de AFM over de behoudactiviteiten van [REDACTED] en de wijze waarop deze activiteiten schade opleverde voor consumenten. Voor zover bekend heeft de AFM echter afgezien van handhavend optreden jegens [REDACTED]. Terwijl de AFM op 11 februari 2013 wél een onaangekondigd onderzoek heeft uitgevoerd ten kantore van VFA. Indien de AFM weigert om VFA inzage te geven in een mogelijk verzoek tot handhavend optreden van [REDACTED], handelt zij in strijd met onder meer het beginsel van equality of arms.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

³⁶ HR 25 april 2008, LJN BB5868; CBb 6 november 2009, LJN BK2641; Rb. Arnhem 7 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0952.

Aanwezigheid van toezichthouder bij hoorzitting

122. De heer Snels heeft tijdens de hoorzitting aangegeven zich niet te kunnen vinden in de aanwezigheid van een toezichthouder bij de hoorzitting. De heer Snels voert aan dat uit het vereiste van functiescheiding voortvloeit dat het niet past dat (i) de bij het primaire besluit betrokken toezichthouder bij de hoorzitting met betrekking tot de bezwaarprocedure aanwezig is en (ii) er na sluiting van de hoorzitting een vervolgsessie plaatsvindt waarbij de toezichthouder die het onderzoeksrapport mede heeft opgesteld aanwezig is en bezwaarmakers niet aanwezig kunnen zijn. Daardoor is bezwaarmaker de mogelijkheid ontnomen om te reageren op mogelijke uitlatingen van de toezichthouder (hoor en wederhoor). Er is ten minste de schijn ontstaan dat de behandelaars van het bezwaar niet met de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeld over de vermeende overtreding kunnen besluiten.

Reactie AFM

123. Het verbod van vooringenomenheid is neergelegd in artikel 2:4 Awb. Dit artikel bepaalt dat een bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult.³⁷ Tevens waakt een bestuursorgaan ervoor dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij het besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.³⁸ Uit de MvT blijkt dat de strekking van dit artikel is dat het bestuursorgaan de hem toevertrouwde belangen niet oneigenlijk behartigt door zich bijvoorbeeld door persoonlijke belangen te laten beïnvloeden.³⁹ De AFM stelt bij het beoordelen van deze bezwaargrond voorop dat de heer Snels in bezwaar niet heeft aangevoerd dat bij de AFM behorende of daarvoor werkzame personen de besluitvorming hebben beïnvloed aan de hand van een persoonlijk belang.
124. De AFM omarmt de stelling van de heer Snels dat de AFM, als toezichthouder op de financiële markten, zonder vooringenomenheid feiten dient te onderzoeken en beoordelen. De AFM is echter, anders dan de heer Snels, van mening dat zij jegens VFA en/of de heer Snels niet in strijd met dit uitgangspunt heeft gehandeld. Zij overweegt daartoe het volgende.

Achtergrond onderzoek AFM: klachten van

125. Het onderzoeksrapport van de AFM is gebaseerd op de bestudering van telefoongesprekken tussen VFA en haar (potentiële) klanten. Naast het beluisteren van deze 51 telefoongesprekken heeft de AFM de overgelegde belscripts, de websites van [A] en VFA en de gevoerde gesprekken met bestuurders en medewerkers van VFA bestudeerd. Aan de hand van deze informatie heeft de AFM het concept onderzoeksrapport opgesteld. Aan de hand van de reactie van VFA op het concept onderzoeksrapport is vervolgens het definitieve onderzoeksrapport tot stand gekomen. Het definitieve onderzoeksrapport heeft ten slotte ten grondslag gelegen aan het bestreden besluit. De AFM is van oordeel dat zij haar bevindingen

³⁷ Artikel 2:4, eerste lid, Awb.

³⁸ Artikel 2:4, tweede lid, Awb.

³⁹ *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 221, nr.3, p. 54.

in het onderzoeksrapport deugdelijk heeft onderbouwd en volledig is geweest in de behandeling van de zienswijze van de heer Snels en haar reactie daarop. Het besluit van de AFM wordt uitsluitend gevormd door de eigen bevindingen van de AFM uit dit onderzoek.

126. De relevantie van de opmerking van de heer Snels dat (enkele) door VFA ontvangen klachten een rechtstreeks gevolg zijn van de behoudactiviteiten van [REDACTED] ontgaat de AFM. De AFM heeft in Boetebesluit 2 reeds uitvoerig gemotiveerd welke gedragingen aan de verweten overtreding ten grondslag lagen. De door de heer Snels aangedragen omstandigheid dat (enkele) klachten die over VFA zijn ingediend het gevolg zijn van de behoudactiviteiten van [REDACTED], is door de AFM niet aan Boetebesluit 2 ten grondslag gelegd. Signalen van consumenten of marktpartijen kunnen ertoe leiden dat de AFM een onderzoek start, maar niet dat deze gedragingen als overtreding kwalificeren om het enkele feit dat daar een melding van is gedaan. Er zijn géén meldingen of klachten, ontvangen door de AFM, gebruikt als bewijs van de overtreding die aan Boetebesluit 2 ten grondslag is gelegd.⁴⁰
127. De AFM kan zich niet vinden in de opmerking van de heer Snels dat de AFM kennelijk haar toezichtcapaciteit heeft ingezet om de belangen van [REDACTED] te beschermen en daarmee de vrije marktwerking heeft belemmerd. De AFM is van mening dat de door de heer Snels aangedragen bezwaren tegen de behoudactiviteiten van [REDACTED] en de daarmee gepaard gaande perceptie van het optreden van de AFM, wat daar ook van zij, los staan van de feiten zoals deze aan het bestreden besluit ten grondslag liggen. Uit de bevindingen van het onderzoek en de aan de overtreding ten grondslag liggende feiten volgt ook niet iets anders. De AFM kan de stelling van de heer Snels ter zake dan ook niet volgen.

Geen toegang tot relevante stukken

128. Om adequaat toezicht te houden op de financiële markten is het van belang dat de AFM op de hoogte is van mogelijke misstanden in de sector. De AFM vertrouwt voor het signaleren van misstanden en overige ontwikkelingen sterk op meldingen van consumenten en marktpartijen. Teneinde te voorkomen dat melders van een melding afzien, vrezen dat hun identiteit bekend wordt aan anderen dan de AFM, is het van belang dat (potentiële) melders erop kunnen vertrouwen dat hun melding vertrouwelijk door de toezichthouder wordt behandeld. Het openbaar worden van de identiteit van de melder heeft, naar de AFM meent, een voorzienbaar negatief effect op de meldingsbereidheid. In het kader van deze constatering merkt de AFM op dat anonimiseren van de door de heer Snels verzochte stukken niet zodanig mogelijk is dat de identiteit van de melder(s) afdoende wordt afgeschermd. De AFM heeft reeds in een eerdere fase van de procedure bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam een stuk overgelegd onder verwijzing naar artikel 8:29 Awb, waarbij haar beroep op beperkte kennisneming is gehonoreerd.⁴¹ De AFM ziet in bezwaar geen aanleiding thans tot een ander oordeel te komen.

⁴⁰ Vgl. Rb. Rotterdam, 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528, r.o. 2.12.5.5.

⁴¹ Rb. Rotterdam, [REDACTED]

129. Naar het oordeel van de AFM weegt het belang van de AFM om een hoge mate van meldingsbereidheid te behouden door het vertrouwelijk behandelen van meldingen zwaarder dan de wens van de heer Snels om de meldingen in te zien. Daarbij neemt de AFM mede in overweging dat de heer Snels niet in zijn verdedigingsbelang wordt geschaad door het niet toevoegen van deze documenten aan het inzagedossier. De AFM heeft immers hierboven reeds overwogen dat de verweten overtreding niet is gebaseerd op de door de AFM ontvangen melding en klachten.
130. Tevens kan de AFM zich niet verenigen met de stelling van de heer Snels dat de brieven aan de AFM van 11 maart 2013 en 18 september 2012 moeten worden opgenomen in het inzagedossier. De brief van 11 maart 2013, die bij de zienswijze van 15 december 2014 is opgenomen als bijlage 1, is reeds aanwezig in het inzagedossier.⁴² De brief van [A] van 18 september 2012 ziet naar het oordeel van de AFM op de door VFA en andere partijen verweten gedragingen van [REDACTED]. De betreffende brief van 18 september 2012 heeft in ieder geval geen rol gespeeld bij de grondslag van het boetebesluit. De AFM is derhalve van mening dat deze brief geen op de zaak betrekking hebbend stuk is en derhalve niet thuishoort in het inzagedossier.
- [REDACTED]

131. Waar de heer Snels in onderhavig onderdeel een beroep doet op het gelijkheidsbeginsel, nu er sprake is van "[REDACTED]", merkt de AFM op dat er geen sprake is van gelijke gevallen. De enkele stelling van de heer Snels dat er sprake is van [REDACTED], is naar mening van de AFM onvoldoende specifiek om te kunnen stellen dat er sprake is van gelijke gevallen die gelijk dienen te worden behandeld. Het beroep van de heer Snels op het gelijkheidsbeginsel faalt derhalve.
- [REDACTED]

⁴² Nummer 103 van het inzagedossier.

Aanwezigheid van toezichthouder bij de hoorzitting

Ad. (i) uit het vereiste van functiescheiding vloeit voort dat het niet past dat de bij het primaire besluit betrokken toezichthouder bij de hoorzitting aanwezig is.

133. In artikel 7:5 Awb is een aantal regels neergelegd met betrekking tot de gang van zaken tijdens de hoorzitting in de bezwaarschriftprocedure. Artikel 7:5, eerste lid, aanhef en onder a, Awb bepaalt dat een persoon die bij de voorbereiding van het primaire besluit betrokken is geweest, niet de leiding van de hoorzitting mag hebben. In het kader van een goede heroverweging in bezwaar is het gewenst dat degenen die bij de voorbereiding van het primaire besluit betrokken zijn geweest, niet ook de gang van zaken tijdens het horen bepalen.⁴³ Mede om die reden maakt de AFM gebruik van externen voor het leiden van de hoorzitting. Hoorzittingen bij de AFM in het kader van de bezwaarschriftprocedure vinden altijd plaats onder leiding van een onafhankelijke externe voorzitter die de gang van zaken tijdens het horen bepaalt. Voor de duidelijkheid, het horen bij de AFM geschiedt door een interne hoorcommissie en niet door een externe bezwaarcommissie⁴⁴ die onafhankelijk advies uitbrengt aan het bestuur van de AFM.
134. Daarnaast bepaalt artikel 7:5, eerste lid, aanhef en onder b, Awb dat indien het horen geschiedt door meer dan één persoon, de meerderheid niet bij de voorbereiding van het besluit betrokken dient te zijn geweest. Ook dit tweede vereiste is gewaarborgd in de interne procedures van de AFM. Bij een hoorzitting zijn in beginsel de onafhankelijke voorzitter, de bezwaarbehandelaar (een of twee medewerker(s) van de afdeling Juridische Zaken) en tot slot de toezichthouder die bij het primaire besluit betrokken was, aanwezig. De aanwezigheid van de toezichthouder is wenselijk omdat de toezichthouder zeer goed bekend is met de relevante feiten en omstandigheden van het dossier.
135. In de MvT bij artikel 7:5 Awb wordt nog opgemerkt dat “*de ambtenaar die op grond van een mandaatsverhouding oorspronkelijk heeft beslist, de hoorzitting niet mag leiden. Hij mag daarbij uiteraard wel aanwezig zijn, hetgeen de gedachtenwisseling veelal ook ten goede komen.*”⁴⁵ [onderstreping AFM] De organisatie van de hoorzitting bij de AFM is dan ook in overeenstemming met het bepaalde in artikel 7:5 Awb.
136. In de onderhavige zaak waren van de kant van de AFM drie personen⁴⁶ bij de hoorzitting aanwezig die niet betrokken waren bij de oorspronkelijke besluitvorming, er was één persoon, de toezichthouder, aanwezig die wel betrokken is geweest bij de voorbereiding van de oorspronkelijke besluitvorming.⁴⁷ De meerderheid van de aanwezigen is dan ook niet bij de voorbereiding van het primaire besluit betrokken geweest.

⁴³ Zie ook *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p.150.

⁴⁴ In de zin van artikel 7:13 Awb.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p.150.

⁴⁶ De onafhankelijke externe voorzitter en twee bezwaarbehandelaars.

⁴⁷ Deze gang van zaken is ook aan VFA en de heer Snels toegelicht in de brief van de AFM van 28 september 2015 betreffende de uitnodiging voor de hoorzitting.

137. Gelet op het voorgaande is de bij de AFM gebruikelijke gang van zaken volledig in overeenstemming met de systematiek van de wet.

Ad. (ii) uit het vereiste van functiescheiding vloeit voort dat het niet past dat er een vervolgssessie plaatsvindt waarbij de toezichthouder die het onderzoeksrapport mede heeft opgesteld aanwezig is en bezwaarmakers niet aanwezig kunnen zijn.

138. Artikel 10:3, vierde lid, Awb bepaalt dat het mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.⁴⁸ Degene die de boete oplegt dient een ander te zijn dan degene die van de overtreding een rapport heeft opgemaakt. Op deze wijze wordt een onafhankelijke positie bij het opleggen van een bestuurlijke boete gewaarborgd.
139. Bij de AFM is de procedure tot het opleggen van een bestuurlijke boete als volgt ingericht. Door de AFM zijn medewerkers benoemd tot (assistent/plaatsvervangend) boetefunctionaris. De boetefunctionaris adviseert het bestuur van de AFM over het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete. Hij doet dit op basis van een door de betrokken toezichtsafdeling opgesteld dossier inclusief onderzoeksrapport dat aan hem wordt overgedragen. Het bestuur van de AFM beslist over het al dan niet opleggen van een boete.⁴⁹ Ondanks dat het een niet-gemandateerd besluit betreft, neemt de AFM uit oogpunt van zorgvuldigheid functiescheiding in acht bij de onderzoeksfase en (de advisering over het) opleggen van een bestuurlijke boete. De AFM heeft haar organisatie dan ook zodanig ingericht dat aan het vereiste van functiescheiding in het kader van het opleggen van een bestuurlijke boete wordt voldaan.
140. Het hiervoor genoemde artikel 10:3, vierde lid, Awb ziet uitdrukkelijk op de primaire fase. Artikel 10:3, derde lid, Awb heeft betrekking op de bezwaarschriftprocedure. Ingevolge dit artikel geldt als belangrijke beperking voor de bezwaarschriftprocedure dat het mandaat tot het beslissen op een bezwaarschrift niet mag worden verleend aan degene die het primaire besluit krachtens mandaat heeft genomen. Het primaire besluit, het boetebesluit, wordt, zoals hiervoor toegelicht, niet in mandaat genomen maar is genomen door het bestuur van de AFM. Reeds om die reden al heeft de AFM gehandeld in overeenstemming met de relevante wettelijke vereisten.
141. Daar wenst de AFM nog het volgende aan toe te voegen. De bezwaarbehandelaar is een medewerker van de afdeling Juridische Zaken en deze medewerker bereidt de heroverweging van het primaire besluit zelfstandig voor. Vervolgens adviseert de bezwaarbehandelaar het bestuur van de AFM over de in heroverweging te nemen beslissing op bezwaar. De interne bezwaarschriftprocedure bij de AFM is zo opgezet dat de voorbereiding van de heroverweging wordt belegd bij een medewerker die niet bij (de voorbereiding van) het primaire besluit betrokken is geweest. Het bestuur van de AFM neemt vervolgens de beslissing. Deze gang van zaken is naar oordeel van de AFM dan ook zeer zorgvuldig.

⁴⁸ Overigens gold op grond van artikel 1:88 Wft een verdergaand vereiste van functiescheiding, dit artikel is echter per 1 juli 2009 komen te vervallen.

⁴⁹ Zie voor het mandaat van de AFM de website van de AFM: <http://www.afm.nl/nl-nl/over-afm/werkzaamheden/bevoegdheden>.

142. Met betrekking tot de door de heer Snels bedoelde ‘vervolgessie’ van de hoorzitting merkt de AFM het volgende op. De (gemachtigde van de) heer Snels heeft aan het eind van de hoorzitting aangegeven van mening te zijn in voldoende mate te zijn gehoord, waarna de hoorzitting door de voorzitter is beëindigd. Indien (de gemachtigde van) de heer Snels op dat moment de vraag ontkennend zou hebben beantwoord, zou de hoorzitting vanzelfsprekend in aanwezigheid van alle betrokkenen zijn vervolgd. Volgens de gegevens van de AFM bevond de interne hoorcommissie van de AFM zich na afloop van de hoorzitting nog ongeveer een kwartier in de ruimte waar de hoorzitting plaatsvond. De hoorzitting was op dat moment echter al afgelopen.
143. Het is gebruikelijk dat er overleg plaatsvindt tussen de bezwaarbehandelaar en de bij het primaire besluit betrokken toezichthouder en dat geldt ook voor het moment na het sluiten van de hoorzitting waar gereflecteerd wordt op welke wijze de hoorzitting is verlopen. Voor de bezwaarschriftprocedure geldt in beginsel dat het bestuursorgaan het primaire besluit op grondslag van het bezwaar volledig heroverweegt onder toepassing van het dan bestaande recht en beleid en op grond van de dan vastgestelde feiten en omstandigheden.⁵⁰ De heroverweging is niet gebonden aan feiten, omstandigheden en argumenten die in het bezwaarschrift naar voren zijn gebracht. De heroverweging kan bijvoorbeeld ook aanleiding zijn voor nader onderzoek om de voor de beoordeling van het bezwaar relevante feiten en omstandigheden voldoende duidelijk en volledig in beeld te krijgen.⁵¹ In dit kader past het en is het uit oogpunt van zorgvuldigheid ook gewenst dat de bezwaarbehandelaar voor zijn oordeelsvorming navraag doet naar de relevante feiten en omstandigheden bij de betrokken toezichthouder. In de parlementaire geschiedenis wordt in dit verband in het kader van het leerstuk ‘reformatio in peius’ het volgende opgemerkt:
- “Dat betekent dat het bestuursorgaan het besluit, voor zover het door het bezwaarschrift wordt bestreden, moet heroverwegen en moet nagaan of dit tot een voor de indiener gunstiger resultaat dient te leiden. Uiteraard behoort het bestuursorgaan daarbij in ieder geval aandacht te schenken aan hetgeen in het bezwaarschrift aan de orde is gesteld, doch het behoort eveneens na te gaan of er andere feiten of omstandigheden bekend zijn die tot een wijziging ten gunste van de indiener van het bezwaarschrift nopen.”⁵² [onderstreping AFM]*
144. Er zijn geen wettelijke bepalingen dan wel algemene beginselen van behoorlijk bestuur die zich verzetten tegen overleg tussen de bezwaarbehandelaar en de bij het primaire besluit betrokken toezichthouder gedurende de interne bezwaarschriftprocedure. De wetgever heeft juist benadrukt dat het bestuursorgaan behoort na te gaan of er andere feiten of omstandigheden bekend zijn die tot een wijziging ten gunste van de bezwaarmaker nopen. Gelet op het voorgaande vindt de besluitvorming bij de AFM in het kader van de bezwaarschriftprocedure op een zorgvuldige wijze plaats.
145. Uit het door de heer Snels aangehaalde blijkt niet dat de AFM zich door persoonlijke belangen of voorkeuren heeft laten beïnvloeden. Ook volgt uit de door de heer Snels aangehaalde omstandigheden niet

⁵⁰ ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6214.

⁵¹ CBb 4 juni 2002, JB 2002/233.

⁵² Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 153.

dat de AFM aantoonbaar vooringenomen handelde. De AFM is dan ook van oordeel dat er geen sprake is geweest van strijd met het verbod van vooringenomenheid.

146. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt derhalve niet tot een ander oordeel.

D. Geen feitelijk leidinggeven door de heer Snels

147. Er is naar mening van de heer Snels een aanvullende reden waarom het boetebesluit onrechtmatig is. De heer Snels kan niet worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende aan een mogelijke overtreding, zo daar al sprake van is geweest, door VFA.
148. De AFM gaat met het aansprakelijk stellen van de heer Snels uit van een onaanvaardbare risicoaansprakelijkheid. De heer Snels had geen wetenschap van enige overtreding door VFA. Naleving van de toezichtregelgeving was altijd het uitgangspunt bij de inrichting van de bedrijfsvoering. Zo is er deskundig advies ingewonnen van [REDACTED]. Gesignaleerde verbeterpunten zijn steeds adequaat geadresseerd.
149. Door bestraffing van de heer Snels handelt de AFM in strijd met de relevante criteria voor feitelijk leidinggeven. Er moet immers een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt voordat iemand in privé kan worden aangesproken. Dat houdt in dat de betreffende persoon – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van de verboden gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen en zo opzettelijk de verboden gedraging bevordert. Hieraan is in casu niet voldaan.

Geen wetenschap van de overtreding

150. De heer Snels heeft allereerst niet de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen en heeft ook niet de verboden gedragingen bevorderd. Voor het aannemen van feitelijk leidinggeven is persoonlijke verwijtbaarheid vereist ten aanzien van het verboden karakter van de gedraging. Er is een zekere wetenschap omtrent het verboden karakter van de gedraging vereist. Een rol als bestuurder is onvoldoende voor het aannemen van die wetenschap.
151. De AFM heeft in haar onderzoeksrapportage bevestigd dat voor het beboeten van de heer Snels vereist is dat hij de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat door VFA overtredingen werden begaan. De AFM stelt vervolgens dat de heer Snels op de hoogte was van de overtreding en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de overtreding zich zou voordoen. Dit is onjuist.
152. Voor de heer Snels heeft het altijd de hoogste prioriteit gehad dat VFA aan de relevante regelgeving zou voldoen. De heer Snels heeft op geen moment de aanmerkelijke kans aanvaard dat een overtreding zou worden begaan. Dit volgt in elk geval niet uit de omstandigheid dat de heer Snels op de hoogte was van de klachten die bij het risico overleg werden besproken. Iedere financiële instelling ontvangt klachten. De

klachten bij VFA werden naar de mening van Snels adequaat behandeld. Indien de enkele wetenschap van klachten genoeg is om van feitelijk leidinggeven te kunnen spreken kan iedere bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor overtredingen begaan door de rechtspersoon.

153. Door de AFM wordt niet gesteld dat VFA niet voldoet aan de bij of krachtens de Wft gestelde regels. De AFM betwist niet dat VFA de vereiste essentiële informatie aan consumenten heeft verstrekt. Ook wordt niet gesteld dat deze informatie is weggelaten. De AFM beroept zich op een interpretatie van hoe consumenten een en ander hebben begrepen. De informatie is, anders dan de AFM stelt, wel degelijk duidelijk geweest voor de consument. Dit is ook de indruk van de heer Snels geweest.
154. Overigens is het grootste gedeelte van de klachten veroorzaakt door de behoudactiviteiten van [REDACTED]. Daarnaast moesten consumenten nog wennen aan het door VFA gehanteerde verdienmodel. Eventuele verwarring die hieruit voortvloeit kan niet aan VFA worden tegengeworpen.

Getroffen maatregelen ter voorkoming en/of beëindiging van verboden gedraging

155. Ook is vereist dat de betreffende persoon maatregelen ter voorkoming van de overtreding achterwege laat. Hier wordt in casu niet aan voldaan, nu VFA onder leiding van de heer Snels wel degelijk maatregelen heeft genomen ter voorkoming van de door de AFM verweten gedraging. De klachten van consumenten werden namelijk deugdelijk geanalyseerd en er is in november 2012 een verbeterplan opgezet. Hieruit blijkt dat de binnengekomen signalen serieus werden genomen en maatregelen werden genomen om communicatie te verbeteren. De heer Snels heeft dus wel degelijk maatregelen genomen. Dat er na het verbeterplan nog klachten binnen zijn gekomen betekent niet dat de maatregelen niet relevant waren.
156. Snels heeft zich aantoonbaar en continu ingespannen om de bedrijfsvoering te verbeteren. Hij deed dit aan de hand van de binnengekomen signalen. Ter onderbouwing daarvan wijst de heer Snels op enkele in het bezwaarschrift genoemde omstandigheden, naast het verbeterplan uit november 2012. Daarnaast zijn er nog schriftelijke stukken aan de AFM verzonden bij brief van 9 januari 2015 ter nadere onderbouwing van de maatregelen die de heer Snels heeft genomen ter voorkoming dan wel beëindiging van de overtreding.
157. De inhoud van deze stukken bevestigt dat binnen VFA geen sprake is geweest van het accepteren van (de aanmerkelijke kans op) overtreding van de relevante regelgeving. De AFM gaat in Boetebesluit II niet of onvoldoende in op sommige van de overgelegde stukken. Ook onjuist is de suggestie van de AFM dat het verbeterplan uit november 2012 niet relevant zou zijn. Uit dat plan volgt dat wel degelijk maatregelen zijn genomen om de verweten gedragingen te beëindigen.
158. De door de heer Snels genoemde stukken wijzen er op dat de heer Snels als bestuurder van VFA er steeds alles aan heeft gedaan om een integere bedrijfsvoering te waarborgen en ervoor te zorgen dat consumenten volledig werden geïnformeerd en goed werden geadviseerd. Hij heeft dus wel degelijk maatregelen genomen ter beëindiging van de verboden gedraging en deze ook niet opzettelijk bevorderd. De opmerking van de AFM dat de maatregelen kennelijk onvoldoende waren zou aangeven dat er geen additionele criteria

zijn voor het aanmerken van een bestuurder als feitelijk leidinggevende. In dat geval zou een bestuurder altijd als feitelijk leidinggever kunnen worden aangemerkt, omdat indien de overtreding wordt vastgesteld alle genomen maatregelen altijd kennelijk onvoldoende zijn geweest.

159. De AFM hanteert een onjuist toetsingskader. De Hoge Raad heeft juist de lat voor feitelijk leidinggeven hoger willen leggen. Vereist is dat de bestuurder maatregelen achterwege heeft gelaten en daardoor “opzettelijk de verboden gedraging heeft bevorderd.” Daarnaast wordt geen enkel toezichtsdoel gediend met de bestraffing van de heer Snels. De AFM heeft geen redelijke aanleiding om haar pijlen op de heer Snels in privé te richten. Daarom kon de AFM niet in redelijkheid tot beboeting van de heer Snels overgaan. Bovendien raakt boeteoplegging de heer Snels dubbel, nu hij zowel in zijn hoedanigheid als (indirect) aandeelhouder als persoonlijk wordt geraakt. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de heer Snels niet als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt in de zin van 5:1, derde lid, Awb.

Reactie AFM

160. Op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht (**Sr**) is van overeenkomstige toepassing. Artikel 51, tweede lid, Sr luidt:

“Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1° tegen die rechtspersoon, dan wel

2° tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3° tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.”

161. De vraag of er sprake is van een feitelijk leidinggever wordt beantwoord aan de hand van de criteria zoals die voortvloeien uit de Slavenburg-arresten.⁵³ Van feitelijk leidinggeven aan de overtreding kan worden gesproken indien de betreffende functionaris (i) op de hoogte was van de gedragingen van VFA, waarmee artikel 4:19 en 4:20 Wft is overtreden, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedraging zich voordoet; (ii) bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te nemen ter beëindiging van de gedragingen, en (iii) maatregelen ter beëindiging en voorkoming van de gedragingen achterwege heeft gelaten.
162. Vanuit zijn positie als bestuurder was de heer Snels de aangewezen persoon om maatregelen te nemen ter beëindiging of voorkoming van de verboden gedraging, nu hij in vergaande mate was betrokken bij de inrichting van het adviesproces en zich bewust was van de verboden gedragingen die uit de inrichting van het adviesproces voortvloeien. De heer Snels heeft echter maatregelen ter beëindiging of voorkoming van de verboden gedragingen achterwege gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en gehouden was. Eventuele

⁵³ HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9097 (Slavenburg I) en HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, (Slavenburg II).

maatregelen die zijn genomen zagen niet op de beëindiging van de verboden gedragingen, of waren onvoldoende om daar een einde aan te maken. De AFM licht dit als volgt toe.

Geen wetenschap van de overtreding

163. Feitelijk leidinggeven vereist (kleurloos) opzet. Dit houdt in dat de opzet van de functionaris slechts hoeft te zien op de betreffende gedragingen. Voor het aantonen van opzet is niet vereist dat men weet dat een strafbare norm wordt overtreden (boos opzet). Onbekendheid met de wederrechtelijkheid van de gedraging vormt dan ook geen aanleiding om niet van feitelijk leidinggeven te kunnen spreken. Dit volgt uit bestuurlijke rechtspraak omtrent feitelijk leidinggeven.⁵⁴
164. Uit het voorgaande volgt dat, in tegenstelling tot hetgeen de heer Snels stelt, niet vereist is dat de functionaris over een zekere wetenschap beschikt omtrent het verboden karakter van de betreffende gedraging.⁵⁵ Het gaat om de wetenschap van de gedragingen die de overtredingen betreffen. De AFM ziet de relevantie van de opmerking van de heer Snels dan ook niet in dat een rol als bestuurder en betrokkenheid bij de bedrijfsvoering onvoldoende is voor het aannemen van wetenschap omtrent het verboden karakter van de gedraging. Primair omdat wetenschap van de wederrechtelijkheid van de gedraging geen vereiste is om van feitelijk leidinggeven te kunnen spreken, en secundair omdat de heer Snels niet slechts betrokken was bij de (algemene) bedrijfsvoering, maar vergaand betrokken was bij de ontwikkeling en totstandkoming van het beleid waar de gedragingen uit voortkwamen, en hierover gedurende de boeteperiode op de hoogte werd gehouden.
165. Gezien het voorgaande merkt de AFM op dat, gelet op de overwegingen van het CBb hieromtrent, niet van doorslaggevende betekenis is of de functionaris bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de overtreding zich voor zou doen: “[v]an *feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen is sprake indien de desbetreffende functionaris van die gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, [..]*”.⁵⁶ [onderstreping AFM]. De AFM heeft in Boetebesluit 2 ook gewezen op de omstandigheid dat de heer Snels betrokken was bij het plaatsvinden van de verboden gedragingen en hij wetenschap had dat de verboden gedragingen plaatsvonden: “[a]nders dan VFA schrijft, is opzet op de verboden gedraging niet vereist. De omstandigheid dat de feitelijk leidinggevende op de hoogte is van feiten en omstandigheden en de aanmerkelijke kans aanvaarden [lees: aanvaardt, AFM] dat daaruit overtredingen voortvloeien, is voldoende.”⁵⁷ [onderstreping AFM]. De AFM heeft haar boetebesluit dan ook niet gebaseerd op het oordeel dat de heer Snels over een zekere wetenschap omtrent het verboden karakter van die gedragingen diende te beschikken.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:6326, r.o. 6.4; CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, r.o. 3.7 e.v.

⁵⁵ Vgl. randnummer 130 bezwaarschrift.

⁵⁶ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, r.o. 3.7.

⁵⁷ Onderzoeksrapport 5 november 2014 (kenmerk [REDACTED]), p. 98.

166. Het aanvaarden van de aanmerkelijke kans doet zich voor op het moment dat de betreffende functionaris op de hoogte is van de gedraging, of op de hoogte is van feiten en omstandigheden die de aanmerkelijke kans openen dat daaruit de (verboden) gedragingen voortvloeien. Dat hier in het onderhavige geval sprake van is, zet de AFM hierna uiteen.
167. De heer Snels stelt in bezwaar dat het feit dat hij in kennis werd gesteld van de klachten van consumenten, niet inhoudt dat hij hierdoor op de hoogte was of moest begrijpen dat VFA in overtreding was. De AFM is van mening dat dit betoog niet tot een ander oordeel kan leiden. Het neemt immers niet weg dat de heer Snels op de hoogte werd gehouden van en betrokken was bij de gedragingen die uiteindelijk aan de overtreding ten grondslag zijn gelegd. De AFM licht dit als volgt toe.
168. De heer Snels was niet alleen op de hoogte van de hierboven beschreven verboden gedragingen van VFA, maar heeft zelf het adviesproces van VFA zodanig ingericht dat de aan Boetebesluit 2 ten grondslag liggende gedragingen hebben kunnen plaatsvinden. De AFM is van mening dat de overtreding niet alleen concreet gedurende de beluisterde gesprekken in tien klantdossiers heeft plaatsgehad, maar direct voort heeft kunnen vloeien uit de inrichting van het adviesproces van VFA. Dat de heer Snels vanuit zijn hoedanigheid als bestuurder actief betrokken was bij de totstandkoming van de belangrijkste onderdelen van de adviesprocedure is overigens door de heer Snels in bezwaar niet betwist.⁵⁸
169. De adviestool, aan de hand waarvan de adviesgesprekken door de adviseurs moesten worden gevoerd, is ontwikkeld door het door VFA zogenoemde [A] concern zelf.⁵⁹ Wie betrokken was bij de totstandkoming van de adviestool wordt omschreven in de verslagen van de gevoerde gesprekken met de heer [] en mevrouw [].⁶⁰ Daarin wordt bevestigd dat de belangrijkste onderdelen van de adviestool tot stand zijn gekomen door samenwerking van de directie, compliance en het management. De heer Snels was betrokken bij de totstandkoming van deze adviestool in zijn hoedanigheid als hoofd van de directie van het [A] concern.
170. In de adviestool wordt in het geheel geen melding gedaan dat uitsluitend wordt bemiddeld in [A] producten. [B]-consumenten waren daardoor niet op de hoogte van deze omstandigheid. Zij ontvingen namelijk een door [B] verstuurd brief met de aankondiging dat zij door een adviseur gebeld zouden worden voor advies over de indexering van hun bestaande []-polissen en mogelijk een beter alternatief daarvoor. Zo nodig werden deze klanten in een herinneringsbrief nog eens aangemaand te reageren op straffe van het verliezen van het recht op indexatie zonder verdere gezondheidsvragen.

⁵⁸ Zie in gelijke zin rechtbank Rotterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326, r.o. 6.5.2.

⁵⁹ Aldus de heer []: gespreksverslag d.d. 1 februari 2013 van het gesprek op 11 februari 2013 van de AFM met de heer [] en mevrouw [] van VFA.

⁶⁰ Zie Boetebesluit 2, p. 21.

171. Naast zijn wetenschap van de inrichting van de adviestool, moet de heer Snels op de hoogte zijn geweest van de inhoud van deze brieven, zowel vanuit zijn positie als bestuurder van VFA als die van [B]. De heer Snels heeft in elk geval in zijn gesprek met de AFM ook uitgebreid over het proces van klantwerving via de bewuste brieven verklaard.⁶¹ De AFM is van mening dat de heer Snels aldus op de hoogte was van de in de brieven gecreëerde indruk dat de consument zou worden benaderd voor een indexatie van zijn huidige verzekering. In paragraaf V.1.2 heeft de AFM de geconstateerde overtredingen uiteengezet. In die paragraaf heeft de AFM toegelicht dat:

- i) de overtreding van artikel 4:20, eerste lid, Wft door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over de kosten van haar dienstverlening;
- ii) de overtreding van artikel 4:20, eerste lid, Wft door niet voorafgaand aan het adviseren informatie te verstrekken over het feit dat zij uitsluitend adviseert over en bemiddelt in [A] verzekeringen;
- iii) de overtreding van artikel 4:19, tweede lid, Wft door het niet verstrekken van correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding;

- v) de overtreding van artikel 4:19, tweede lid, Wft door het verstrekken van misleidende informatie over de aanleiding van het adviesgesprek,

alle het gevolg zijn van 1): de inrichting van het adviesgesprek (hetzij door de opzet van de adviestool, het belscript of de instructies die adviseurs kregen) en 2): de verzending van de [B]-brief. Zowel punt 1 als 2 zijn tot stand gekomen door de betrokkenheid dan wel met wetenschap van de heer Snels.

172. Bovendien was de heer Snels ondertekenaar van de tussen VFA, [] en [] gesloten uitbestedingsovereenkomst, in drie hoedanigheden: als bestuurder van VFA, van [] en van []. Uit de inhoud van deze uitbestedingsovereenkomst blijkt het commerciële doel dat VFA had bij de verkoop van [A]-uitvaartverzekeringen aan de [B]-consumenten. VFA kon de door haar voor het ontvangen van de klantgegevens aan [B] betaalde vergoedingen alleen terugverdienen door de verzekering van deze klanten over te sluiten naar een nieuwe verzekering bij [A], de enige verzekering waarin zij bemiddelde, en daarvoor een advies- en bemiddelingsvergoeding bij de consument in rekening te brengen. VFA kon de klanten immers uitsluitend aan haar portefeuille toevoegen als zij hen binnen drie maanden ertoe zouden bewegen een verzekering bij [A] af te sluiten. Als de consument geen nieuwe verzekering afsloot, bleef de consument behoren tot de portefeuille van [B], met een verlies voor VFA ten gevolg. Daarnaast had de heer Snels, zoals reeds in Boetebesluit 2 overwogen⁶², bovendien nóg een persoonlijk belang bij het oversluiten van de consumenten naar [A]-verzekeringen, gezien zijn indirect belang in [A].

173. Door de benadering van de consumenten via de stappen uit de adviestool werd echter niet duidelijk aan de [B]-consumenten dat VFA uitsluitend bemiddelde in [A] producten, en bleven zij ook in het ongewisse

⁶¹ Zie gespreksverslag d.d. 22 februari 2013 van het gesprek op maandag 11 februari 2013 van de AFM met de heren [] en Snels van VFA.

⁶² Boetebesluit 2, p. 29.

over het hiervoor benoemde belang dat VFA bij het oversluiten had. Dit klemte temeer nu deze [B]-consumenten door de ontvangen brieven een geheel andere verwachting hadden over het doel van het gesprek, te weten indexering van hun bestaande polissen.

174. Hetzelfde geldt voor de communicatie over de kosten van de dienstverlening [REDACTED]. [REDACTED] In de adviestool werd deze informatie over de kosten voor de consument op onduidelijke en omslachtige wijze gepresenteerd, en kwamen pas tegen het einde van het gesprek aan bod. Hiervoor is reeds overwogen dat de adviestool ontwikkeld was door [A], en dat de heer Snels betrokken was bij de totstandkoming ervan. De AFM heeft reeds eerder overwogen dat de consument voorafgaand aan het adviesgesprek diende te worden geïnformeerd over het feit dat zij een advies- en bemiddelingsvergoeding verschuldigd was indien de bestaande polis naar een [A] product werd overgesloten. In plaats daarvan werden consumenten pas tegen het eind of in ieder geval na de helft van het adviesgesprek geïnformeerd over de kosten van het advies. Deze handelwijze is in overeenstemming met de invulling van het adviesproces.⁶³ Ook de wijze waarop aan de consument werd gesuggereerd dat de adviesgesprekken onder de streep geen geld kosten vloeit voort uit de wijze waarop adviseurs met vragen omtrent de kosten omgingen.
175. De heer Snels heeft een hoofdrol ingenomen bij de totstandkoming van de constructie waarmee de verzekeringen van de [B]-consumenten door VFA zijn overgesloten naar [A] producten. Omdat de heer Snels de uitbestedingsovereenkomst tekende vanuit zowel [B] als VFA was hij daarmee goed op de hoogte van het commerciële belang dat was gemoeid met het oversluiten van [B]-consumenten naar een [A] product. Deze hoofdrol blijkt uit zijn wetenschap van de brieven, waar werd gesproken van een indexatiemogelijkheid die vervolgens in het geheel niet door VFA werd uitgevoerd. Daarnaast bleek deze hoofdrol uit zijn deelname als ontwerper van de adviestool, waarin geen vermelding werd gemaakt van het exclusief bemiddelen in [A] producten. Ook was de heer Snels op de hoogte van het bestaan van het document “*Zinnetjes en antwoorden die je verder kunnen helpen op veel gehoorde klantopmerkingen.docx*”, waarin blijkt dat werd aangestuurd op een snelle beslissing door consumenten. Dit document bevestigt dat adviseurs werden geïnstrueerd om direct met de klant de adviestool in te gaan vullen. Deze instructie onderstreept naar mening van de AFM dat de inrichting van het adviesgesprek, onder leiding van de heer Snels, mogelijk maakte dat de overtredingen van artikel 4:19, tweede lid, en 4:20, eerste lid, Wft plaatsvonden. Daarnaast is de AFM van mening dat de heer Snels op de hoogte was van de praktijk dat adviseurs gedurende het adviesgesprek overeenkomsten sloten via het digitaal akkoord (voicelog). Hij stond immers in de cc van een mail van 2 november 2012 van mevrouw [REDACTED] aan de heer [REDACTED] omtrent het gebruik van de voicelog-bescripts, die bij de betreffende mail als bijlage waren gevoegd.⁶⁴
176. Gelet op het voorgaande constateert de AFM dat de heer Snels een grote rol heeft gespeeld bij de totstandkoming en de uitvoering van beleid dat de (verboden) gedragingen mogelijk maakte en bevorderde.

⁶³ Zo wordt volgens het door VFA verstrekte stroomschema “flowchart fases uitvaart advisering incl. oversluiten vs 2.2” pas in de laatste fase, fase 3, in de laatste stap – vóór het verzenden van de offerte – met de consument de advies- en bemiddelingsvergoeding besproken.

⁶⁴ Nummer 100 van het inzagedossier.

In elk geval was de heer Snels op de hoogte van de wijze waarop de adviseurs invulling gaven aan het adviesgesprek, welke informatie werd verstrekt en hoe met consumenten werd gecommuniceerd. De gedragingen waar de overtreding uit voortvloeit, te weten de adviesgesprekken, zijn in het bijzonder aan te merken als het resultaat van de uitoefening van bevoegdheden van Snels als directeur dan wel bestuurder van de betrokken vennootschappen.

177. De opmerking van de heer Snels dat de meerderheid van de ontvangen klachten het gevolg is van de behoudactiviteiten van [REDACTED], doet aan deze constatering niet af. De gedragingen aan de hand waarvan de overtreding is geconstateerd zijn op zichzelf staand en klachten die uit de gedragingen voortvloeien, maken de gedragingen zelf niet anders.

Getroffen maatregelen ter voorkoming en/of beëindiging van verboden gedraging

178. De heer Snels staat in het register van de Kamer van Koophandel vermeld als enig bestuurder van [REDACTED]. [REDACTED] is 98%-aandeelhouder van VFA. Enig bestuurder van VFA is de heer Snels, en sinds 15 mei 2006 is de heer Snels zelfstandig bevoegd om VFA te vertegenwoordigen. In het register van de AFM staat de heer Snels vermeld als beleidsbepaler bij VFA (tot 11 juli 2014), [B] (tot 14 oktober 2014) en [REDACTED] (tot 1 april 2013).
179. Hiervoor heeft de AFM geconstateerd dat de heer Snels op de hoogte was van de aan de overtredingen ten grondslag liggende gedragingen. Ook heeft de AFM geconstateerd dat de heer Snels beschikte over bevoegdheden als bestuurder van VFA. De heer Snels was derhalve bevoegd om overtredingen binnen VFA te voorkomen dan wel te beëindigen.⁶⁵ Hij was bij uitstek de aangewezen persoon om de overtredingen te beëindigen, gezien zijn rol en positie als enig bestuurder binnen de organisatie. De actieve betrokkenheid van de heer Snels bij de bedrijfsvoering wordt niet betwist. De AFM is dan ook van mening dat de heer Snels bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om een einde te maken aan de overtreding.
180. Daarnaast meent de AFM dat de heer Snels maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege heeft gelaten. De AFM heeft bekeken of er maatregelen zijn genomen die beoogden te waarborgen dat (i) voorafgaand aan het adviseren informatie werd verstrekt over de kosten van haar dienstverlening, (ii) voorafgaand aan het adviseren informatie werd verstrekt over het feit dat VFA uitsluitend adviseert over en bemiddelt in [A] verzekeringen, (iii) correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding werd verstrekt [REDACTED].
181. De AFM zal in het kader van de heroverweging in bezwaar nagaan of en in hoeverre de door de heer Snels aangevoerde omstandigheden leiden tot de conclusie dat de door hem genoemde maatregelen zagen op het tegengaan van de gedragingen die tot de aan de boete ten grondslag gelegde overtredingen hebben geleid.

⁶⁵ Zie in gelijke zin Rb. Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231, r.o. 9.6.

182. Hierbij neemt de AFM in acht dat de periode waar de boete op ziet betrekking heeft op de periode tussen november 2012 tot maart 2013. De AFM heeft gekozen voor deze periode omdat zij heeft vastgesteld dat met het verbeterplan van maart 2013⁶⁶ (**Verbeterplan 2013**) een werkwijze wordt geïmplementeerd die is gericht op het beëindigen van de gedragingen die ten grondslag liggen aan de overtreding. Niet alleen bevat dat verbeterplan het beoogde resultaat, maar tevens concrete maatregelen waardoor dit resultaat moet worden behaald. Zo wordt in het Verbeterplan 2013 een steekproefsgewijze controle voorgesteld waarbij wordt gecontroleerd of aan het begin van het gesprek wordt vermeld dat Regeluitvaart.nu uitsluitend bemiddelt voor [A] en dat er voor bemiddeling en advies kosten in rekening gebracht worden.
183. Het door de heer Snels bij de zienswijze overhandigde “Voorstel tot verbetering dienstverleningstraject” (**Verbeterplan 2012**) voorziet naar het oordeel van de AFM echter niet in concrete maatregelen die zien op beëindiging van de gedragingen die tot de aan de boete ten grondslag gelegde overtredingen hebben geleid. Volgens het Verbeterplan 2012 moet in het adviesgesprek verankerd worden dat er een advies- en bemiddelingsovereenkomst wordt gesloten door het accorderen van de offertemail en dat hier een vergoeding voor moet worden betaald. Er wordt in het Verbeterplan 2012 echter niet voorgesteld om deze informatie voorafgaand aan of in een vroeg stadium van het gesprek aan de klant mede te delen. Over het verstrekken van informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding wordt geen nadere invulling gegeven. [REDACTED]. De AFM ziet in het Verbeterplan 2012 ook geen voorgestelde aanpak aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd of deze voorgestelde verbeteringen daadwerkelijk worden nageleefd.
184. De AFM wijst in dit kader op de in de mailbox van de heer [REDACTED] aangetroffen e-mail van 30 januari 2013, waarin als bijlage een bestand is aangetroffen met de titel “Zinnetjes en antwoorden die je verder kunnen helpen op veel gehoorde klantopmerkingen.docx”⁶⁷. In dit document wordt de adviseur geïnstrueerd om direct aan te sturen op de adviestool (“gelijk aansturen op de adviestool”), ook indien een consument aangeeft dat hij dat niet op dat ogenblik wenst. De AFM maakt uit deze omstandigheid op dat ondanks de voorgestelde verbeteringen de adviseurs nog steeds werden geïnstrueerd om direct op de adviestool aan te sturen. Het direct aansturen op de adviestool heeft tot gevolg dat direct informatie werd ingewonnen op basis waarvan het advies werd uitgebracht. De informatie die volgens het Verbeterplan 2012 had moeten worden verstrekt aan de consumenten, kwam op deze wijze alsnog niet of pas aan het einde van het adviesgesprek – na het doorlopen van de adviestool – aan bod. Het Verbeterplan 2012 heeft naar mening van de AFM geen betekenis kunnen hebben voor het beëindigen van de gedragingen die aan de overtredingen ten grondslag lagen.
185. De AFM is van mening dat, in vergelijking met het Verbeterplan 2013, het Verbeterplan 2012 te algemeen van aard was en onvoldoende was geïmplementeerd om aan te kunnen worden gemerkt als maatregel ter beëindiging van de verboden gedraging. Voor zover de heer Snels dit wél als een maatregel ter voorkoming of beëindiging van de overtreding meent te zien, overweegt de AFM – naar haar mening ten overvloede –

⁶⁶ Plan van aanpak Regeluitvaart.nu “hoe kunnen we de klant nog beter van dienst zijn”, versie 2.0 maart 2013.

⁶⁷ Nummer 92 van het Inzagedossier.

dat van de heer Snels meer verlangd had mogen worden dan uitsluitend het opstellen van een plan zo algemeen van aard als het Verbeterplan 2012. Van de heer Snels, als bestuurder van VFA en gezien zijn betrokkenheid bij de inrichting van de adviesprocedure, mocht worden verlangd dat niet alleen dit voorbereidende plan werd opgesteld, maar dat dit ook in de praktijk zou worden geïmplementeerd.⁶⁸ Het had op de weg van de heer Snels gelegen om duidelijke instructies te geven om vóór of aan het begin van het adviesgesprek expliciet te wijzen op de omstandigheid dat VFA alleen adviseerde over en bemiddelde in uitvaartverzekeringen van [A], dat hier kosten voor in rekening werden gebracht en dat zij niet zelf overging tot herindexatie van de lopende verzekeringen.

186. Dat de voorgestelde verbetering uit het Verbeterplan 2012 geen effect heeft gehad op de wijze waarop adviseurs het adviesgesprek voerden, leest de AFM tevens in de brief van VFA van 16 mei 2013.⁶⁹ Daarin wordt gesteld dat zich sinds 11 maart 2013 enkele ontwikkelingen hebben voorgedaan. Ook de advisering van de klant is geëvalueerd. Uit deze evaluatie wordt de conclusie getrokken dat er *“adviseurs zijn die teveel een eigen weg gaan volgen en daarmee ruimte creëren om af te wijken van de door ons gewenste advieskwaliteit. [...] Wij hebben geconstateerd dat een aantal adviseurs voor aanvang van de eigenlijke advisering onvoldoende aandacht hebben besteedt aan de dienstverlening door VFA en de bijbehorende kosten.”*⁷⁰
187. De AFM heeft kennis genomen van de overgelegde verklaringen van werknemers van VFA. De overgelegde verklaringen van werknemers van VFA bevatten echter geen feiten en omstandigheden die kunnen leiden tot een ander oordeel over de door de AFM geconstateerde verboden gedragingen. Hetzelfde geldt voor het ontslag van de heer [REDACTED]. De heer [REDACTED] is kennelijk ontslagen wegens het onvoldoende uitvragen van de gezondheidstoestand van te verzekeren patiënten. In de ontslagbevestiging wordt de heer [REDACTED] verweten ongezonde consumenten een offerte te hebben toegezonden die vervolgens is geaccepteerd. De omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag van de heer [REDACTED] zijn naar mening van de AFM dan ook niet aan de overtreding ten grondslag liggende gedragingen. De ontslagbevestiging kan niet tot het oordeel leiden dat de verboden gedragingen door zijn ontslag werden tegengegaan dan wel beëindigd.
188. Ook de waarschuwing aan het adres van de heer [REDACTED] is gericht op andere gedragingen dan die aan Boetebesluit 2 ten grondslag zijn gelegd. Dat de heer [REDACTED] niet heeft vermeld dat namens VFA/Regeluitvaart.nu werd gebeld, dat uitsluitend in [A] verzekeringen werd bemiddeld en dat advies- en bemiddelingskosten voor de dienstverlening in rekening werden gebracht, is eerst bij brief van 5 juni 2013 aan de heer [REDACTED] gemeld.
189. De hiervoor genoemde ontslagen kunnen naar oordeel van de AFM niet tot de conclusie leiden dat de heer Snels wel degelijk maatregelen heeft getroffen ter beëindiging van de verboden gedraging, daar deze i) zien

⁶⁸ Vgl. Rb. Rotterdam 18 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4231, r.o. 9.6.

⁶⁹ Brief van de heer Snels aan AFM van 16 mei 2013 (ref. nir/dk/3187).

⁷⁰ Brief van de heer Snels aan AFM van 16 mei 2013 (ref. nir/dk/3187), p. 2.

op andere gedragingen, en ii) voor zover ze wel zien op beëindiging van de verboden gedragingen, zij de aangesprokene hier pas in juni 2013 op wijzen. Dit is ruim ná de periode waar de boete op ziet (november 2012 tot maart 2013).

190. De AFM is onverkort van mening dat de door de heer Snels bedoelde maatregelen zagen op het beëindigen van andere gedragingen, dan wel onvoldoende waren om het beëindigen van de verboden gedragingen te effectueren. De AFM komt aan de hand van het voorgaande tot de conclusie dat de heer Snels als feitelijk leidinggevende kan worden aangemerkt van de door VFA in de boeteperiode begane overtredingen.
191. Ten aanzien van dit onderdeel leidt heroverweging dus niet tot een ander oordeel.

E. Strijd met legaliteits- en lex certa beginsel en ontbreken van verwijtbaarheid

192. Onder bezwaargrond E voert de heer Snels dat aan, indien ervan uit zou moeten worden gegaan dat er ruimte is voor een restfunctie van de Whc, subsidiair geldt dat de inhoud van artikel 6:193d, eerste en derde lid, BW, te onbepaald is om een boete op te leggen wegens een vermeende overtreding van die bepaling. Een dergelijke bestraffing stuit af op het in artikel 7 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) neergelegde bepaalbaarheidsgebod en de artikelen 5:4 en 5:41 Awb.
193. Indien financiële ondernemingen naast de bepalingen uit de Wft en aanverwante regelgeving ook rekening zouden moeten houden met de open normen uit de Wohp, zou dat de rechtszekerheid niet ten goede komen. Dit creëert het gevaar dat de AFM op basis van de Whc tot een andere uitleg komt van de feitelijke verplichtingen van een financiële onderneming dan de onderneming op basis van de Wft en aanverwante regelgeving had kunnen voorzien. Het legaliteitsbeginsel en het lex certa beginsel beogen deze situatie te voorkomen. De AFM kan derhalve niet in aanvulling van de bij of krachtens de Wft gestelde regels andere, verdergaande, normen introduceren en op basis van een vermeende overtreding daarvan Snels bestraffen. Een andere benadering is in strijd met het legaliteitsbeginsel, het lex certa beginsel en het in artikel 5:41 Awb neergelegde beginsel dat geen boete wordt opgelegd indien de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt.

Reactie AFM

194. De AFM heeft bij haar heroverweging op grond van bezwaargrond A de grondslag van het bestreden besluit gewijzigd in artikel 4:19 en 4:20 Wft. Aan Boetebesluit 2 ligt aldus niet langer een overtreding van artikel 6:193d, eerste en derde lid, BW ten grondslag. Naar het oordeel van de AFM zijn zowel artikel 4:19 en 4:20 Wft niet te onbepaald om daarvoor een boete op te leggen. In artikel 4:19, tweede lid, Wft is bepaald dat alle door een financiële onderneming verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend is. Dit betreft een open norm waar de AFM in de Beleidsregel Informatieverstreking nadere invulling aan heeft gegeven. In de Beleidsregel Informatieverstreking geeft de AFM onder meer aan wat zij verstaat onder correcte informatie, duidelijke en niet misleidende informatie en geeft zij voorbeelden van situaties waarin informatie niet correct, niet duidelijk of misleidend is. In artikel 4:20, eerste lid, Wft is bepaald dat

voorafgaand aan het adviseren informatie moet worden verstrekt voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling. In de toelichting bij artikel 4:20, eerste lid, Wft wordt een aantal voorbeelden gegeven van informatie die in ieder geval moet worden verstrekt: gegevens over het product, de dienstverlening, de overeenkomst zelf en de betrokken financiële onderneming(en). Daarnaast heeft de AFM in de Beleidsregel Informatieverstrekking per productsoort (sparen, lenen, verzekeren en beleggen) aangegeven wat zij in ieder geval relevante kenmerken vindt. Gelet op het voorgaande zijn de normen van artikel 4:19 en 4:20 Wft voldoende bepaald.

195. In artikel 5:41 Awb is bepaald dat een bestuursorgaan geen boete kan opleggen voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Naar het oordeel van de AFM waren de normen voldoende duidelijk en is sprake van een verhoogde verwijtbaarheid met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer Snels aan de overtreding van VFA. De AFM neemt hierbij in aanmerking dat de geconstateerde overtredingen rechtstreeks konden voortvloeien uit de inrichting van de adviesprocedure van VFA en de wijze waarop de consument door de telefonisch adviseurs werd benaderd. Door de adviesprocedure in te richten op de wijze waarop deze is ingericht en door te bepalen dat door de adviseurs zo snel mogelijk op het starten van de adviestool moest worden aangestuurd, werd niet alle relevante informatie voorafgaand aan het advies verstrekt en werd tijdens het adviesgesprek niet correcte en misleidende informatie verstrekt. Zeker wanneer de overeenkomsten nog tijdens het adviesgesprek gesloten werden, hadden de consumenten onvoldoende gelegenheid zich (alsnog) te vergewissen van deze relevante informatie omtrent de keuze voor de dienstverlening en de uitvaartverzekering.
196. Gelet op het voorgaande leidt heroverweging van deze bezwaargrond niet tot een ander oordeel.

F. De boete is te hoog

197. De heer Snels heeft in bezwaar meer subsidiair verwezen naar de overgelegde draagkrachtformulieren, die in een eerdere fase van de procedure aan de AFM zijn verstrekt. Uit de inhoud daarvan volgt dat de AFM een eventuele boete zeer beperkt dient te houden.

Reactie AFM

198. In Boetebesluit 2 heeft de AFM aan de heer Snels een boete opgelegd wegens het feitelijk leiding geven aan de overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193d, eerste en derde lid, BW in de periode november 2012 tot maart 2013. Ten tijde van de boeteplegging gold voor overtreding van artikel 8.8 Whc een maximale boetehoogte van € 450.000. Aan de hand van de ernst van de overtreding de verwijtbaarheid van de heer Snels en de evenredigheid en draagkracht heeft de AFM de boete evenwel gematigd tot € 75.000.
199. In deze beslissing op bezwaar heeft de AFM de grondslag van de boete gewijzigd in de artikelen 4:19, tweede lid, Wft en 4:20, eerste lid, Wft. Gelet daarop heeft de AFM een boete opgelegd aan de heer Snels

wegens het feitelijk leiding geven aan een overtreding van de artikelen 4:19, tweede lid, Wft en 4:20, eerste lid, Wft. De overtredingen hebben in de periode november 2012 tot maart 2013 plaatsgevonden.

200. Voor de overtredingen van artikel 4:19, tweede lid, Wft en artikel 4:20, eerste lid, Wft gold op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, en artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**) een basisbedrag van € 500.000. De AFM is bevoegd aan de heer Snels een boete op te leggen wegens beide overtredingen.

Ernst en/of duur van de overtreding

201. Bij het vaststellen van de hoogte van de boete houdt de AFM rekening met de ernst en/of duur van de overtreding.
202. Artikel 4:19 Wft beoogt de consument te voorzien van informatie die correct, duidelijk en niet misleidend is. Artikel 4:20 Wft beoogt de consument onder andere voorafgaand aan het inwinnen van advies inzake een financieel product van informatie te voorzien die hij redelijkerwijs nodig heeft om tot een adequate beoordeling van die dienst of dat product te komen. Overtreding van deze bepalingen kan de beslissing van een consument over een overeenkomst in negatieve zin beïnvloeden, omdat de consument niet correct, onduidelijk of misleidend is geïnformeerd over de desbetreffende overeenkomst, dan wel dat deze niet beschikt over voldoende informatie om tot een adequate beoordeling van het product te komen. De hiervoor genoemde bepalingen beogen deze omstandigheid te voorkomen.
203. Door de wijze waarop VFA haar consumenten al dan niet van informatie voorzag, hebben consumenten informatie ontvangen die niet correct, onduidelijk en misleidend was. Consumenten ontvingen geen correcte informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding en ontvingen daarnaast misleidende informatie [redacted] door de informatie die VFA verstrekke over de aard van het adviesgesprek. Tevens konden consumenten niet voorafgaand aan het adviseren een adequate beoordeling maken over de dienstverlening van VFA, omdat zij niet beschikten over informatie over de kosten van de dienstverlening, en over het feit dat uitsluitend in [A] verzekeringen werd bemiddeld. VFA heeft aldus consumenten voor hun beslissingen relevante informatie onthouden, die zij op grond van artikel 4:19, tweede lid, Wft en artikel 4:20, eerste lid, Wft wél had moeten verstrekken.
204. In de boeteperiode heeft VFA evenwel veel consumenten benaderd om over te stappen naar een verzekering van [A], waarbij het deze consumenten in enige mate ontbeerde aan voor hun beslissing relevante informatie. De reikwijdte van de overtreding acht de AFM dan ook zeer omvangrijk en zij signaleert schade aan het consumentenvertrouwen als mogelijk gevolg. De AFM vindt deze overtreding alsook het feitelijk leiding geven hieraan door de heer Snels zeer ernstig. Wel moet worden opgemerkt dat de duur van de vastgestelde overtreding, vier maanden, relatief beperkt is.
205. De heer Snels heeft geen aanvullende feiten en omstandigheden aangedragen die aanleiding geven om op grond van de ernst en duur van de overtreding het boetebedrag te matigen. De AFM ziet geen aanleiding

om de aan de heer Snels op te leggen boete verder te matigen of verhogen aan de hand van de ernst en duur van de overtreding.

Mate van verwijtbaarheid

206. De AFM meent dat er sprake is van een verhoogde verwijtbaarheid met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer Snels aan de overtreding van VFA.
207. De geconstateerde overtredingen in de concrete gevallen waren geen incidenten, maar konden rechtstreeks voortvloeien uit de inrichting van de adviesprocedure van VFA en de wijze waarop de consument door de adviseurs telefonisch werd benaderd. Door de adviesprocedure in te richten op de wijze waarop deze is ingericht en door te bepalen dat door de adviseurs zo snel mogelijk op het starten van de adviestool moest worden aangestuurd, werd aan consumenten voor hun beslissing relevante informatie onthouden. Deze relevante informatie betreft informatie over de kosten van de dienstverlening en over het feit dat uitsluitend in [A] verzekeringen werd bemiddeld, alsook informatie over de aard van de advies- en bemiddelingsvergoeding, [REDACTED] en informatie die werd verstrekt over de aard van het adviesgesprek. Zeker wanneer de overeenkomsten nog tijdens het adviesgesprek gesloten werden, hadden de consumenten onvoldoende gelegenheid zich (alsnog) te vergewissen van deze essentiële aspecten omtrent de dienstverlening van VFA en de correctheid van de verstrekte informatie.
208. Gezien de door de AFM bestudeerde gesprekken, is de AFM niet van oordeel dat er sprake is van “incidenten” of fouten van individuele medewerkers. Het handelen van de medewerkers van VFA en het hiermee begaan van overtredingen was conform de door VFA voorgeschreven procedure. Dit handelen wordt VFA dus niet via de bewuste medewerkers, maar via de heer Snels in het bijzonder verweten. Hij was de *auctor intellectualis* van de adviesprocedure en de brieven waarmee de [B]-consumenten op het verkeerde spoor werden gezet. Bovendien zij gewezen op zijn persoonlijk belang bij het oversluiten van consumenten naar een [A] verzekering, gezien zijn belang in die verzekeringsmaatschappij. Het gegeven dat de gevoerde gesprekken vaak voor de consument emotioneel geladen waren maakt de misleiding des te kwalijker. De AFM is van oordeel dat voornoemde omstandigheden leiden tot een verhoogde verwijtbaarheid van de heer Snels.
209. De AFM ziet derhalve aanleiding om het basisbedrag van € 500.000 met 25% te verhogen. Het boetebedrag komt dan uit op € 625.000.

Evenredigheid en draagkracht

210. Anders dan namens de heer Snels in de zienswijze is betoogd, meent de AFM dat door een beboeting van zowel VFA als de heer Snels geen sprake is van dubbele bestraffing van beiden. In het kader van de evenredigheid kan evenwel een aanleiding voor matiging worden gevonden in het gegeven dat aan partijen opgelegde boetes ten laste komen van de vermogens van zowel VFA als de heer Snels. De AFM zal beoordelen in hoeverre hier sprake van is.

211. De heer Snels beschikt volgens zijn aangifte inkomstenbelasting 2013 over een banksaldo van € [REDACTED] eind 2013. Samen met een lening, en twee woningen te Ameland en Curaçao komt het saldo van de bezittingen van de heer Snels neer op € [REDACTED]. De heer Snels heeft eind 2013 ook schulden. Deze waren een schuld aan [REDACTED] van € [REDACTED] en een schuld aan [REDACTED] van € [REDACTED] gezamenlijk € [REDACTED]. Beide schulden zijn, zo blijkt uit de overhandigde draagkrachtgegevens (vooralnog) aflossingsvrij. Omdat deze schulden niet direct opeisbaar zijn, laat de AFM deze buiten beschouwing bij de bepaling van het vermogen van de heer Snels. Overigens merkt de AFM ten overvloede op dat zelfs al zou rekening worden gehouden met deze schulden, de heer Snels nog steeds beschikt over een aanzienlijk positief vermogen.
212. Wat betreft de evenredigheid geldt voorts het volgende. De AFM heeft in bezwaar van VFA aanleiding gezien om het boetebedrag voor de overtreding van VFA terug te brengen tot € 10.000. De heer Snels houdt middels [REDACTED] en [REDACTED] een belang van ruim 40% in VFA. De AFM meent dat, gezien het sterk gematigde boetebedrag aan VFA, de heer Snels niet persoonlijk financieel geraakt wordt door die boete in een mate die onevenredig is.
213. Gelet op het voorgaande ziet de AFM aanleiding om op basis van draagkracht het boetebedrag te verlagen van € 625.000 tot € 62.500.
214. Uit de door de heer Snels overgedragen draagkrachtgegevens valt op te maken dat de heer Snels over voldoende liquiditeit beschikt om een boete van € 62.500 te dragen. De AFM constateert dat zij op een lager boetebedrag uitkomt dan in het primaire besluit en er derhalve geen sprake is van strijd met het verbod van reformatio in peius.

G. Publicatie

215. Onder bezwaargrond G voert de heer Snels aan dat er geen gerechtvaardigde reden is voor de AFM om gebruik te maken van haar discretionaire bevoegdheid om de boete te publiceren. VFA is niet langer actief en heeft haar vergunning ingeleverd. Publicatie dient derhalve geen redelijk doel.
216. De heer Snels betoogt dat de inhoud van het persbericht en de geschoonde versie van Boetebesluit 2 diverse conclusies en veronderstellingen bevat die een feitelijke grondslag missen en tendentius zijn. Deze onjuistheden dient de AFM ten minste weg te nemen. In het bezwaarschrift noemt de heer Snels een aantal passages uit het persbericht die naar zijn oordeel onjuist en tendentius zijn.
217. Indien de AFM overgaat tot publicatie dient naar het oordeel van de heer Snels in ieder geval op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft anonimisering plaats te vinden van alle op natuurlijke personen en rechtspersonen te herleiden informatie. De inhoud van dat artikel is naar het oordeel van de heer Snels ook van toepassing bij publicatie van een overtreding op basis van de Whc. Bekendmaking van persoonlijke gegevens van de heer Snels zou onevenredig zijn. De AFM zou in de publicatie, teneinde de markt te informeren, kunnen volstaan met de overige relevante informatie. Daarmee wordt voldaan aan het door de

AFM genoemde doel van informeren en waarschuwen. Het openbaar maken van de identiteit van de heer Snels heeft geen enkele toegevoegde waarde. Bovendien is de heer Snels niet langer in de financiële sector als bestuurder actief en hij is ook niet voornemens om dat in de toekomst te zijn.

218. De AFM dient bij de publicatie van een aan een privépersoon opgelegde boete een zorgvuldige afweging te maken en onder meer te beoordelen in hoeverre de publicatie van de persoonlijke gegevens van een natuurlijk persoon een redelijk toezichtdoel dient.⁷¹ Door publicatie wordt de heer Snels onevenredig hard geraakt. Zijn naaste omgeving zal de heer Snels als “overtreder” beschouwen en ook zijn familieleden zullen hier ernstig nadeel van ondervinden. Verder zal de heer Snels door een publicatie onevenredig worden gehinderd in zijn verdere professionele carrière.
219. VFA was bovendien een dermate kleine organisatie, dat een dergelijke boeteoplegging door de markt en vakpers rechtstreeks aan de heer Snels gekoppeld zal worden. Bekendmaking van de identiteit van VFA zal derhalve ook de heer Snels onevenredig hard schaden. De publicatie van het niet geanonimiseerde boetebesluit schiet haar doel in onderhavige zaak voorbij.⁷²
220. Tot slot voert de heer Snels aan dat er geen wettelijke grondslag voor bestaat om in de publicatie de naam van [A] te noemen. De vermelding van de naam [A] zal bij het publiek (kunnen) leiden tot de onjuiste indruk dat [A] heeft gehandeld in strijd met de wet dan wel dat zij een verwijtbare rol heeft gespeeld bij de betreffende overtreding. Dit kan aanzienlijke reputatieschade tot gevolg hebben voor [A].

Reactie AFM

221. De AFM heeft op grond van artikel 3.4a Whc besloten om Boetebesluit 2 te publiceren. De voorzieningenrechter heeft in de Uitspraak de publicatie van de boete geschorst. De voorzieningenrechter heeft geen termijn verbonden aan deze schorsing. Gelet op artikel 8:85 Awb vervalt de getroffen voorziening in ieder geval van rechtswege zodra (i) de termijn voor het instellen van beroep is verstreken, (ii) het bezwaar of beroep is ingetrokken of (iii) de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan. Uit dit stelsel moet worden afgeleid dat in geval van schorsing van het primaire besluit, waarna een beslissing op bezwaar of een nieuw besluit volgt met dezelfde strekking als het primaire besluit, de schorsing zich uitstrekt tot de beslissing op bezwaar of het nieuwe besluit.⁷³ De AFM zal dus niet direct na deze beslissing op bezwaar overgaan tot publicatie.
222. In deze beslissing op bezwaar heeft de AFM de grondslag van de boete gewijzigd in artikel 4:19, tweede lid, en artikel 4:20, eerste lid, Wft. Dit heeft tot gevolg dat de AFM in het kader van de heroverweging van het publicatiebesluit ook de grondslag van het publicatiebesluit dient te wijzigen. Het is immers niet mogelijk om een boete wegens overtreding van Wft-bepalingen te publiceren op grond van artikel 3.4a

⁷¹ Rb. Rotterdam 17 oktober 2014, ECLI:NL:RBOT:2014:9271.

⁷² Rb. Rotterdam 24 november 2014, ECLI:NL:RBOT:2014:9454.

⁷³ ABRvS (vzr.) 9 juni 1994, AB 1994/600; ABRvS (vzr.) 10 augustus 1995, AB 1996/307.

Whc. De AFM heeft dan ook besloten om de grondslag voor publicatie van de boete te wijzigen in artikel 1:97 Wft.

223. In Boetebesluit 2 heeft de AFM besloten om het boetebesluit te publiceren tezamen met een begeleidend persbericht. Naar het oordeel van de AFM geeft de inhoud van het in Boetebesluit 2 opgenomen persbericht geen actuele weergave van de boete die de AFM heeft opgelegd. Gelet daarop heeft de AFM besloten om het persbericht te wijzigen. Het gewijzigde persbericht luidt als volgt:

“AFM-boete voor bestuurder Regeluitvaart.nu

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 23 april 2015 een boete opgelegd van € 62.500 aan de heer M.J. Snels. De heer Snels was bestuurder en beleidsbepaler van Verenigde Financieel Adviseurs BV die handelde onder de naam Regeluitvaart.nu. Regeluitvaart.nu gaf advies en bemiddelde in uitvaartverzekeringen. Inmiddels is Regeluitvaart.nu gestopt met haar activiteiten. Regeluitvaart.nu wordt verweten dat klanten niet juist werden geïnformeerd over advieskosten. Bovendien werd niet duidelijk dat Regeluitvaart.nu slechts bemiddelde voor één uitvaartverzekeraar.

Onvolledige informatie

Volgens de AFM heeft Regeluitvaart.nu tijdens de adviesgesprekken geen correcte informatie verstrekt over de aard van de kosten die zij in rekening bracht bij klanten voor haar advies- en bemiddelingswerkzaamheden. Zo noemde ze in de adviesgesprekken bijvoorbeeld “afsluitkosten” en “van bruto naar netto” en daaruit konden de klanten niet opmaken dat de kosten zagen op de advies- en bemiddelingswerkzaamheden.

Ook heeft de AFM geconstateerd dat in (een deel van) de klantdossiers misleidende informatie is verstrekt over de aanleiding van het adviesgesprek. De consumenten ontvingen een aankondigingsbrief waarin stond dat Regeluitvaart.nu contact zou opnemen voor een indexatie van de huidige polissen. VFA nam echter contact op met het doel om de consumenten te laten oversluiten naar de gelieerde uitvaartverzekeraar om op deze wijze de advies- en bemiddelingskosten in rekening te kunnen brengen. Bovendien heeft Regeluitvaart.nu niet verteld dat zij slechts voor één uitvaartverzekeraar bemiddelde.

Aansprakelijkheid Snels

De heer Snels heeft als bestuurder en beleidsbepaler van Regeluitvaart.nu feitelijk leiding gegeven aan de verboden gedragingen van Regeluitvaart.nu. en is daarom aansprakelijk. De heer Snels was op de hoogte van de overtredingen en heeft geen maatregelen ter verdere voorkoming of beëindiging daarvan genomen. Hij was namelijk de bedenker van en verantwoordelijk voor de procedure die de telefonisch adviseurs van Regeluitvaart.nu moesten volgen om klanten te adviseren over hun verzekering. Hij heeft deze adviesprocedure zodanig ingericht dat de overtredingen hieruit voortkwamen.

Boete

Voor overtreding geldt een basisbedrag van € 500.000. De AFM heeft de boete voor de heer Snels vastgesteld op € 62.500. Daarbij heeft de AFM in aanmerking genomen dat hij als feitelijk leidinggever verhoogd verwijtbaar is. De AFM heeft vastgesteld dat Snels een boete van € 62.500 moet kunnen dragen.

Stand van zaken

De AFM had bij besluit van 23 april 2015 aan de heer Snels een boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding door VFA van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) juncto de artikelen 6:193b, eerste, tweede en derde lid, aanhef en onder a, en 6:193d, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft echter geoordeeld ernstige twijfel te hebben aan de bevoegdheid van de AFM om handhavend op te treden op grond van de Whc. Mede als gevolg daarvan heeft de AFM in het kader van de heroverweging in bezwaar de juridische grondslag van de boete gewijzigd in de artikelen 4:19, tweede lid, Wft en 4:20, eerste lid, Wft. De AFM heeft de boete gematigd van € 75.000 naar € 62.500.”

224. Het persbericht bevat niet langer (het merendeel van) de door de heer Snels in zijn bezwaarschrift aangehaalde passages die naar zijn oordeel onjuist en tendentieus zouden zijn. De AFM noemt in het persbericht wel dat de heer Snels op de hoogte was van de overtredingen door VFA en dat hij de procedure zodanig heeft ingericht dat de overtredingen hieruit konden voortvloeien. De AFM verwijst hiertoe naar haar beoordeling van bezwaargrond D.
225. Het persbericht bevat voorts niet langer de naam [A]. De AFM heeft voorts besloten de naam [A] in de geschoonde versie van Boetebesluit 2 te anonimiseren.
226. Onder bepaalde omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft anoniem plaats te vinden. Dit is het geval indien voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking:
- voor zover de boete wordt opgelegd aan een natuurlijk persoon, bekendmaking van persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn;
 - 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.
227. Het besluit om over te gaan tot openbaarmaking van het persbericht is getoetst aan de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn, waaronder de feiten en omstandigheden die door de heer Snels in zijn bezwaarschrift kenbaar zijn gemaakt. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat de bekendmaking van de gegevens als opgenomen in het boetebesluit onevenredig zou zijn, of dat de heer Snels of eventuele andere betrokken partijen door niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. De AFM sluit niet uit dat de belangen van de heer Snels worden geschaad als gevolg van publicatie van het persbericht. Voor zover sprake is van schade door de

openbaarmaking van de aan de heer Snels opgelegde boete, valt deze schade veeleer toe te schrijven aan de overtreding van de norm door de heer Snels, dan aan het geven van bekendheid aan de voor de overtreding opgelegde sanctie.

228. De AFM heeft de maatschappelijke taak om de markt te informeren of waarschuwen voor door haar geconstateerd schadelijk gedrag van marktpartijen. Publicatie van de boete zal ertoe bijdragen dat consumenten en de markt worden geïnformeerd over het feit dat de heer Snels aan de overtreding van VFA feitelijk leiding heeft gegeven en dat de AFM hiertegen handhavend optreedt. Het belang van informatie en waarschuwing van de markt is groot in deze zaak, waarin het adviesproces van VFA zodanig was ingericht dat daaruit vijf ernstige overtredingen op het gebied van informatieverstrekking konden voortvloeien.
229. Gelet op voorgaande ziet de AFM juist redenen om de naam van de heer Snels te noemen in het persbericht. De overtredingen die VFA heeft begaan zijn ernstig en de heer Snels heeft als bestuurder en beleidsbepaler feitelijk leiding gegeven aan deze overtredingen. De heer Snels was de bedenker van en verantwoordelijk voor de procedure die de telefonisch adviseurs van VFA moesten volgen om consumenten te adviseren over hun uitvaartverzekering. Hij heeft de adviesprocedure zodanig ingericht dat de overtredingen daaruit konden voortvloeien.
230. Daarnaast acht de AFM het in onderhavige zaak noodzakelijk om ook meer specifiek de door VFA benaderde consumenten te informeren over de overtredingen die VFA heeft begaan en het feit dat de heer Snels aan deze overtreding feitelijk leiding heeft gegeven. VFA heeft de benaderde consumenten misleid door relevante informatie voor de beoordeling van de dienstverlening niet te verstrekken en door het verstrekken van niet correcte en misleidende informatie. Naar het oordeel van de AFM moeten deze consumenten op de hoogte worden gesteld van deze praktijken.
231. Daar komt bij dat met een geanonimiseerd persbericht de kans bestaat dat ook andere ondernemingen die de adviseren over en bemiddelen in uitvaartverzekeringen geschaad kunnen worden, zonder dat zij zich schuldig maken aan deze overtredingen. Hierdoor bestaat het risico dat de gehele uitvaartbranche in een negatief daglicht komt te staan doordat niet te achterhalen is welke onderneming de overtredingen heeft begaan en wie aan die overtredingen feitelijk leiding heeft gegeven.
232. 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.
233. Gelet op voorgaande ziet de AFM geen reden om de openbaarmaking in anonieme vorm plaats te laten vinden. Er is geen sprake van één van de bovengenoemde omstandigheden die aan openbaarmaking in de weg staat. Van openbaarmaking kan daarom niet worden afgezien.
234. Het beleid van de AFM bij de publicatie van een bestuurlijke boete is om het boetebesluit en een begeleidend persbericht op haar website te plaatsen. Daarnaast wordt van het persbericht een Engelse vertaling opgenomen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-

nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst⁷⁴ en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁷⁵ en een news-alert⁷⁶. Bij het persbericht wordt een hyperlink opgenomen naar een eventuele uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl. De AFM kan daarnaast het besluit publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke en/of regionale dagbladen.

235. Gelet op het verbod van reformatio in peius heeft de AFM besloten om van bovenstaande als bedoeld in randnummer 234 af te zien. De AFM zal, na het vervallen van de schorsing van de publicatiebesluit, Boetebesluit 2 tezamen met bovenvermeld persbericht op haar website publiceren. Voorts zal de AFM na het vervallen van de schorsing een voornemen aan de heer Snels sturen tot publicatie van de op dat moment huidige stand van zaken van de juridische procedure. Hierbij zal de heer Snels in de gelegenheid worden gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken.
236. De AFM zal na het definitief worden van Boetebesluit 2 aan haar verplichting tot publicatie op grond van artikel 1:98 Wft uitvoering geven.

V.2 Besluit

De AFM heeft besloten het bezwaar tegen Boetebesluit 1 niet-ontvankelijk te verklaren. De AFM heeft voorts besloten de (juridische) grondslag van Boetebesluit 2 te wijzigen in de artikelen 4:19, tweede lid, Wft en 4:20, eerste lid, Wft. De grondslag van de publicatie van Boetebesluit 2 heeft de AFM gewijzigd in artikel 1:97 Wft. De AFM heeft het boetebedrag gematigd tot € 62.500. De AFM heeft voorts besloten om de inhoud van het persbericht te wijzigen en de naam van [A] in de publicatie te anonimiseren. De AFM laat Boetebesluit 2 voor het overige in stand. De motivering van Boetebesluit 2 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, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

⁷⁴ Het bericht op Twitter bestaat uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

⁷⁵ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁷⁶ Persbureaus en andere instellingen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via zogenaamde 'news-alerts'.

Ons kenmerk



Pagina

58 van 63

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Bestuurslid

[was getekend]
Plaatsvervangend Hoofd
Juridische Zaken

Bijlage: Verslag hoorzitting

Verslag hoorzitting Verenigde Financieel Adviseurs B.V. (VFA) en de heer M.J. Snels (de heer Snels) inzake het bezwaar van 15 mei 2015 tegen de besluiten van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van 23 april 2015 met kenmerk [REDACTED] en [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED]. De besluiten met kenmerk [REDACTED] en [REDACTED] betreffen het opleggen van een bestuurlijke boete.

Bezwaar is namens VFA en de heer Snels ingediend.

Amsterdam, 12 oktober 2015, 11.30 uur op het kantoor van de AFM.

Aanwezig

Namens bezwaarmakers:

mr. C.A. Doets, gemachtigde.

Namens de AFM:

[REDACTED], extern onafhankelijk voorzitter hoorcommissie.
[REDACTED], afdeling Marktintegriteit en Handhaving.
[REDACTED], afdeling Juridische Zaken.
[REDACTED], afdeling Juridische Zaken (tevens verslag).

Hoorzitting

[REDACTED] **(de Voorzitter)** opent de hoorzitting, heet iedereen welkom en geeft een korte inleiding. Hij omschrijft de functies die hijzelf, mevrouw [REDACTED], mevrouw [REDACTED] en de heer [REDACTED] vervullen. Voorts geeft hij aan dat van de hoorzitting een verslag zal worden gemaakt dat bij de beslissing op bezwaar zal worden gevoegd. Het bestuur van de AFM zal mede op grond van het bezwaarschrift en het verslag van de hoorzitting het primaire besluit heroverwegen.

De Voorzitter bevestigt ten behoeve van de aanwezigen de aanleiding van de hoorzitting, verleent de cautie en vraagt aan de heer Doets of deze een pleitnota zal hanteren. **De heer Doets** geeft te kennen dat hij geen pleitnota heeft.

De heer Doets geeft aan gedurende deze hoorzitting enkele accenten te willen leggen. De heer Snels heeft er zelf voor gekozen om niet aanwezig te zijn bij de hoorzitting. Na al het voorgevallene wenst hij niet meer bij de hoorzitting aanwezig te zijn. De heer Doets merkt op dat hij zich niet kan vinden in de aanwezigheid van een bij het onderzoek betrokken zijnde toezichthouder. Dit is naar zijn mening een onjuiste gang van zaken. Er is een strikte functie-scheiding gedurende de boeteprocedure. Het is de heer Doets niet duidelijk waarom hier in de bezwaarfase van af wordt geweken. De bemoeienis van een bij het onderzoek betrokken toezichthouder komt hem

onlogisch voor en lijkt strijdig met de geboden rechtsbescherming.

De Voorzitter vat samen dat allereerst in het bezwaar de bevoegdheid wordt betwist van de AFM om op te treden, vervolgens is bezwaarde van mening dat er geen sprake is van een overtreding van de Wft, meer subsidiair is naar de mening van de heer Doets het optreden van de AFM in strijd met enige algemene beginselen van behoorlijk bestuur; voor wat betreft de boete opgelegd aan de heer Snels wordt ontkend dat hij als feitelijk leider gekwalificeerd kan worden en tenslotte meer subsidiair indien de AFM boetoplegging handhaaft dient deze in sterke mate gematigd te moeten worden.

De voorzitter begrijpt de beredenering omtrent de aanwezigheid van de toezichthouder, en voegt toe dat de aanwezigheid van een toezichthouder hem zelf voorkomt als wenselijk in het kader van het checken van feiten. **De heer Doets** geeft aan dat de huidige wijze van hoorzittingen ongewenste beïnvloeding met zich mee kan brengen. De toezichthouder schijnt ook te blijven na het vertrek van de gehoorde partij. Dezelfde functiescheiding als bij de boeteprocedure lijkt hier gewezen. De minister zal hier nog naar kijken, evenals naar de mogelijkheid om een onafhankelijke bezwaarcommissie aan te stellen. Op de vraag van **De Voorzitter** daartoe geeft mevrouw [REDACTED] aan niet met deze omstandigheid bekend te zijn. **De heer Doets** geeft aan dat hij vindt dat hier nog naar moet worden gekeken. De bezwaarfase lijkt onvoldoende effectief te zijn. **De Voorzitter** stelt dat DNB dezelfde wijze van behandelen van het bezwaar hanteert. **De heer Doets** geeft aan dat DNB veel bevoegdheden heeft moeten afstaan aan de ECB, terwijl de ECB een systeem hanteert met een onafhankelijke bezwaarcommissie.

De heer Doets vervolgt met een meer inhoudelijk pleidooi. Concreet gesteld loopt deze zaak al erg lang. De aanleiding voor de AFM om onderzoek te doen lijkt bij [REDACTED] te liggen. Deze partij is boos geworden door de activiteiten van VFA. [REDACTED] heeft in reactie daarop zelf agressieve behoudpraktijken ingezet om te voorkomen dat klanten overstappen. Er lijkt een strijd te zijn tussen [REDACTED] en [A]. Dit geschil is naar de mening van VFA en de heer Snels de aanleiding geweest voor het onderzoek van de AFM. De AFM moet derhalve beschikken over een klacht van [REDACTED]. Deze stukken heeft de AFM niet toegevoegd aan het inzagedossier. In tegenstelling tot het oordeel van de voorzieningenrechter moeten deze stukken wel degelijk aan het dossier worden toegevoegd.

De heer Doets vervolgt dat de AFM een onderzoek naar VFA heeft gestart. Daarbij heeft de AFM de Whc als uitgangspunt gekozen voor handhaving. Het gaat hier om een onder toezicht gestelde onderneming. De AFM had daarom niet voor de Whc mogen kiezen. De voorzieningenrechter heeft VFA en de heer Snels gevolgd in deze redenering. Volgens de voorzieningenrechter voorziet de Wft in regelgeving ter bescherming van dezelfde norm als de Whc. De heer Doets hoopt dat de AFM het roer omgooit naar aanleiding van de uitspraak van de voorzieningenrechter. Het staat de AFM niet vrij om de grondslag van het boetebesluit te wijzigen omdat het hele onderzoek is gebaseerd op de Whc. Het onderzoeksrapport ziet daarom ook op een andere overtreding. De AFM kan niet zomaar schakelen tussen de haar ter beschikking staande ‘sets’ handhavingswetten. De Whc is in eerste instantie geen vangnet voor de toezichthouder. Hier komt nog bij dat toepassing van die wet in dit geval ook niet nodig was, nu de Wft al voorzag in regelgeving met betrekking tot dit onderwerp.

Mocht het zo zijn dat de AFM in bezwaar een andere route kiest, geeft **de heer Doets** aan dat er geen sprake is van een overtreding, dan wel dat de overtreding minder omvangrijk is dan door de AFM wordt gesteld in de

boetebesluiten. De klanten zijn bij VFA gekomen via de website van de bemiddelaar. Zij zijn niet onheus benaderd. Overigens volgt uit de uitspraak van de voorzieningenrechter dat VFA wel degelijk duidelijk is geweest over de kosten van de adviesdienstverlening. Daarnaast stelt **de heer Doets** dat de adviseurs van VFA wel degelijk duidelijk waren over de hoedanigheid waarin zij belden. Consumenten zijn derhalve duidelijk geïnformeerd.

Na het ontvangen van de indexatiebrief was het duidelijk voor consumenten dat er zou worden overgestapt naar [A]. Bij het aangaan van de overeenkomst was het in elk geval voldoende duidelijk, ze waren voldoende geïnformeerd. Daarnaast werd de omstandigheid dat uitsluitend voor [A] werd bemiddeld op andere plaatsen (zoals website) voldoende vermeld. Is de AFM dan van mening dat het vaker moest worden vermeld?

De heer Doets geeft verder aan dat zelfs indien de AFM vindt dat er sprake is van een overtreding, zij goed zal moeten overwegen hoe zij hier tegen optreedt. De redelijkheid van de bestraffing moet mede in overweging worden genomen. Waarom worden zowel VFA als de leidinggevende beboet? Het bestraffen op een dergelijke manier is bedoeld voor de aanpak van illegalen. In dit geval is hier geen sprake van, daarom is er hier sprake van een zeer indringende bestraffing. Net als een strafrechter dient de AFM in dit geval alle feiten en omstandigheden mede in haar overweging te betrekken. Ook de opportuniteit van de boeteoplegging dient door de AFM te worden heroverwogen. In dit kader merkt **de heer Doets** op dat de heer Snels niet meer op de financiële markten actief is. Daarnaast heeft VFA haar vergunning ingeleverd. Deze omstandigheden moeten worden meegenomen bij de heroverweging, zeker in het kader van de ex-nunc toetsing van het bezwaar.

Dit geldt temeer nu moet worden getwijfeld aan het door de heer Snels feitelijk leidinggeven aan de overtreding. De AFM moet kijken naar de Slavenburg criteria, voornamelijk het nalaten maatregelen te nemen. De AFM stelt dat de genomen maatregelen feitelijk onvoldoende waren om een overtreding te voorkomen. **De heer Doets** stelt dat een dergelijke benadering inhoudt dat de feitelijk leidinggever *altijd* kan worden aangesproken door de toezichthouder. Dit komt onlogisch voor omdat een feitelijk leidinggever nooit zal beogen om een overtreding te begaan. Er is in dit geval eerder sprake van een onvermogen om de bedrijfsvoering te beheersen. Indien de AFM ervoor kiest om de heer Snels hierop aan te spreken, zou dit hoogstens gevolgen moeten hebben voor zijn geschiktheid en/of betrouwbaarheid.

De heer Doets geeft verder aan dat het onderzoek van [] er wel degelijk toe heeft geleid dat er maatregelen zijn genomen ter voorkoming van de overtreding. Dit houdt in dat er nog steeds niet wordt voldaan aan de Slavenburg criteria. De AFM kan in redelijkheid niet komen tot het opleggen van een boete in privé.

De Voorzitter vraagt of de heer Doets een beroep doet op de 5% regeling indien de AFM tot boeteoplegging over zou gaan. **De heer Doets** geeft aan dat VFA is opgeheven en dat de enige reden dat de onderneming nog bestaat is om het einde van de onderhavige procedure af te wachten. Dit houdt ook in dat de boete niet kan worden voldaan. De AFM meent dat er onterecht een schuld aan een groepsmaatschappij is voldaan door VFA. Echter, in tegenstelling tot wat de AFM stelt is er geen sprake van een dividenduitkering, maar van aflossing van een schuld. De schuld is nog voor het versturen van het voornemen tot boeteoplegging afgelost. De Hoge Raad heeft ook al overwogen dat gekeken moet worden naar de draagkracht ten tijde van het boetebesluit.

De heer Doets geeft aan dat het lastig is verder in te gaan op de bezwaargrond met betrekking tot de publicatie, nu de voorzieningenrechter de publicatie heeft geschorst totdat de rechtbank uitspraak in beroep heeft gedaan. Wat betreft de inhoud van het persbericht lijkt de AFM een extra sausje over de inhoud te willen gieten. Er wordt een accent gelegd dat misleidend is. Er is met klem gevraagd te anonimiseren, het is onduidelijk welk doel wordt gediend door de heer Snels met naam te noemen in het persbericht.

Wat betreft het bezwaar van [A], stelt **de heer Doets** dat de vermelding van deze partij onrechtmatig is. Aan [A] wordt onnodige schade berokkend bij openbaarmaking. De heer Doets geeft aan het hier bij te willen laten.

De heer Doets merkt op dat de Raad van State een ongevraagd advies heeft uitgebracht met betrekking tot het (bestuursrechtelijke) sanctiestelsel. Dit dateert van juli []: september⁷⁷] 2015. De conclusie is dat er een ander niveau van rechtsbescherming moet komen, de realiteit van de bestuurlijke boete is gewijzigd. De hoogte van door bestuursorganen op te leggen boetes moet worden gewijzigd tot maximaal 81.000 euro. Dit maximum zou een bestuursorgaan moeten aanhouden. Daarnaast zou een bestuursorgaan, net als een strafrechter, de redelijkheid van bestraffing mede in haar overweging moeten betrekken. Dit benadrukt de reeds aangevoerde bezwaren.

De Voorzitter vat het voorgaande samen, en merkt op dat de omstandigheid dat de heer Snels niet meer werkzaam in de financiële sector is nieuwe informatie is, alsook de omstandigheid dat VFA is gestopt met haar werkzaamheden. Daarnaast is het advies van de Raad van State nieuwe informatie. Ook geeft de heer Doets aan dat hij het slechts deels eens is met het oordeel van de voorzieningenrechter. Het oordeel van de voorzieningenrechter dat het voor consumenten onvoldoende duidelijk dat VFA uitsluitend adviseerde over en bemiddelde in verzekeringen van [A], delen VFA en de heer Snels niet.

De Voorzitter wijst op het ontbreken van een accountantsverklaring bij de jaarrekening van VFA. **De heer Doets** geeft hierop aan dat een aanvullende controle tot de mogelijkheden behoort. **De Voorzitter** geeft aan dat de AFM het zal laten weten indien zij het noodzakelijk acht dat een aanvullende controle wordt uitgevoerd. **Mevrouw** [] beaamt dit.

De heer Doets merkt op dat dit kan worden toegezonden. De heer Snels heeft nog wel een belang in VFA. Hij beschikt op het moment over een VVGB van DNB. Verder speelt hij geen rol van betekenis meer bij VFA. [A] staat inmiddels in de verkoop. De VVGB zal uiteindelijk komen te vervallen. De boete heeft gevolgen voor de VVGB. Dit heeft de heer Snels gemerkt in het gesprek met DNB met betrekking tot de VVGB in het kader van een hertoetsing. De boete werd daar als een relevante omstandigheid meegenomen. **De heer Doets** heeft het gevoel dat de AFM veel “in the lead” is bij die gesprekken en probeert de suggestie van een overtreding te wekken. Desondanks is de VVGB verkregen. Dit soort gevolgen van beboeting in privé moet ook worden meegenomen bij de heroverweging.

⁷⁷ Staatscourant 2015, nr. 30280,

Mevrouw [REDACTED] vraagt of de bezwaren van VFA en de heer Snels zich beide richten tot beide boetebesluiten. **De heer Doets** antwoordt bevestigend.

Mevrouw [REDACTED] vraagt voorts, [REDACTED]
[REDACTED]. **De heer Doets** licht toe dat op dit moment de publicatie is geschorst tot een rechtbank zich over de kwestie heeft gebogen. De overdracht van de portefeuille is nog niet zeker. [REDACTED]

Afsluitend

Op de vraag van **de Voorzitter** daartoe, geeft **Mevrouw** [REDACTED] aan, zonder dat zij daarmee een toezegging doet, dat zij ernaar streeft dat uiterlijk 9 november de beslissing op bezwaar wordt genomen.

In een reactie op de vraag van **de Voorzitter** daartoe, geven **de aanwezigen** aan dat zij van mening zijn dat zij in deze zitting in voldoende mate zijn gehoord.

Tot slot wijst **de Voorzitter** erop dat tegen de uiteindelijke beslissing op bezwaar beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam.

Omstreeks 12.30 uur sluit **de Voorzitter**, onder dankzegging voor ieders bijdrage, de hoorzitting.