

Aangetekend verstuurd

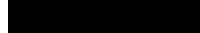
Openbare versie

[Raadsman]



Datum 18 augustus 2010

Ons kenmerk

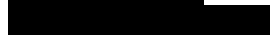


Pagina 1 van 23

Telefoon



E-mail



Betreft Beslissing op bezwaar inzake N.I.B.
Vastgoed B.V.

Geachte [Raadsman],

Bij besluit van 8 juni 2010 (met kenmerk: [redacted], hierna: het Boetebesluit) heeft de AFM aan uw cliënte, N.I.B. Vastgoed B.V. (NIB) een bestuurlijke boete opgelegd van € 24.000,-. De boete is opgelegd wegens het bemiddelen in beleggingsobjecten, een overtreding van artikel 2:80, eerste lid van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Tegen het Boetebesluit heeft u namens NIB bezwaar gemaakt. Het bestuur van de AFM heeft bij vergadering van 16 augustus 2010 besloten het Boetebesluit in stand te laten, met aanvulling van de motivering, zoals opgenomen in deze beslissing op bezwaar.

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf 1 worden de relevante feiten beschreven. Paragraaf 2 bevat een weergave van de door NIB in bezwaar aangevoerde gronden. In paragraaf 3 volgt de beoordeling van die aangevoerde gronden. In paragraaf 4 wordt de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft, bij onherroepelijk worden van deze beslissing op bezwaar, toegelicht en in paragraaf 5 wordt de beslissing op bezwaar gegeven. Tot slot bevat paragraaf 6 de rechtsgangverwijzing en is in **de Bijlage** het verslag van de op 20 juli 2010 gehouden hoorzitting opgenomen.

1. Feiten

Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in de onderzoeksrapportage met kenmerk [redacted] (de Onderzoeksrapportage), die met het boetevoornemen aan NIB is verzonden (zie paragraaf 1.2). De feiten die zijn genoemd in het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

1.1 Het onderzoek

1.1.1 Op de website van NIB¹ wordt onder meer het volgende aangegeven:

“Als u op zoek bent naar een goede belegging voor de middellange termijn, dan is het aankopen van grond misschien wat voor u. Door de jaren heen heeft het bezit van grond bewezen dat dit een solide basis biedt voor een mooie vastgoed portefeuille. Het aantal inwoners in ons land neemt volgens het CBS tot 2034 in elk geval toe en de grond wordt in de toekomst alleen maar schaarser.

NIB Vastgoed biedt beleggers grond vanaf 1000m2 aan, die de potentie hebben een toekomstige bestemmingswijziging te ondergaan. Deze locaties zijn nu nog landbouw- of bosgrond en tegen gunstige condities aan te kopen.(...)”

En:

“NIB Vastgoed is uw partner in het aankopen van strategisch interessante percelen waarvan de kans bestaat dat de bestemming in de toekomst zal veranderen.

Nog meer interessante redenen om aan een investering in grond te denken:(...)”

1.1.2 In de bij brief van 14 januari 2009 aan de AFM verstrekte samenwerkingsovereenkomst van 1 april 2008 tussen [A] en NIB is onder meer opgenomen:

“1. [A] zal zorg dragen dat er steeds minimaal 2 separate, grondposities met agrarische bestemming, voorzien van duidelijk documentatie, voor **NIB Vastgoed B.V. en haar (potentiële) relaties beschikbaar zijn en blijven gedurende het verkoopproces.**

(...)

12. [A] zal steeds zorg dragen voor 1 brochure exemplaar per grondpositie zoals bedoeld in artikel 1, waarin het voorstel en de desbetreffende percelen individueel juist en volledig beschreven worden, uiterlijk twee weken voordat die grondpositie voor bemiddeling of verkoop beschikbaar zal of kan komen en zal tevens zorgdragen dat deze brochure in een pdf. bestand bij **NIB Vastgoed B.V. beschikbaar is, zodat deze dan uitgeprint en/of doorgemailed kan worden naar kandidaat-kopers.”**

1.1.3 In brochures van [A] is onder meer het volgende aangegeven:

“Steden breiden zich uit, industrieën vestigen zich op voormalige landbouwkavels. Er worden nieuwe wegen gebouwd om de snel groeiende bevolking mobiel te houden. Bosgrond wordt recreatiegrond. Landbouwgrond wordt gebruikt voor stedenexpansie. De prijs van uw grond ziet u in een paar jaar exponentieel groeien. (...)

Stel u leeft met het oog op de toekomst, en u bent nog geen grondeigenaar...Dan is dit uw kans. Grond is nu nog betaalbaar. En hoewel de grondprijs de afgelopen decennia sterk in waarde is gegroeid, blijft de vraag enorm. De

¹ Website NIB d.d. 28 oktober 2008, www.nibvastgoed.nl.

bouwnota's van Ruimtelijke Ordening staan telkens weer bol van nieuwe projecten en plannen. [A] is gespecialiseerd in bemiddeling bij het aankopen van kavels waarvan de kans bestaat dat er bestemmingswijzigingen op worden doorgevoerd. Met bijbehorende waardevermeerdering."²

En:

*"**Investeer** in grond, waarin uw vermogen kan groeien*

(...)

***Profiteer** van explosieve waardervermeerdering"*³

1.1.4 In de brochures van [A] zijn concept pachtvolmachten opgenomen, waarin onder meer het volgende is aangegeven: *"Aan de agrariër worden de gebruikelijke verplichtingen opgelegd, waaronder het onderhouden van de sloten. De pachtsom komt toe aan [A]"*⁴

1.1.5 In de brochures van [A] zijn tevens concept koopovereenkomsten opgenomen, waarin onder meer het volgende is aangegeven: *"Koper verplicht zich bij deze jegens een in de akte nader te noemen partij, indien het verkochte of een gedeelte daarvan na heden een onherroepelijke bestemmingsplanwijziging ondergaat, welke bestemmingsplanwijziging een meerwaarde van de grondprijs met zich meebrengt, deze meerwaarde van de grond te verrekenen met een in de akte nader te noemen partij, in dier voege dat deze partij recht heeft op [REDACTED] procent [REDACTED] van deze meerwaarde binnen de eerste [REDACTED] jaar na transport [REDACTED] en [REDACTED] procent [REDACTED] in de - daaropvolgende jaren [REDACTED] en [REDACTED] procent [REDACTED] in de [REDACTED] daaropvolgende jaren [REDACTED] (...)"*⁵

1.1.6 In een e-mail van 12 november 2008 van de AFM aan [A] staat vermeld: *"Indien een consument (de verkrijger) zelf zijn stukje grond mag verpachten, dan is het eigen beheer. Als de aanbieder van de beleggingsobjecten de stukken grond verpacht, dan is het geen eigen beheer."*

1.1.7 De AFM heeft bij brief van 19 december 2008 een informatieverzoek verzonden aan NIB. In dit informatieverzoek heeft de AFM aangegeven dat NIB mogelijk in overtreding is van artikel 2:80 Wft door te bemiddelen in de verkoop van de door [A] aangeboden kavels grond. Bij brief van 22 december 2008 heeft NIB de AFM medegedeeld dat zij, hoewel zij niet van mening is dat zij artikel 2:80, eerste lid, Wft overtreedt, voorlopig aan de Vrijstellingsregeling Wft zal voldoen.

1.1.8 [Raadsman] heeft bij brief van 14 januari 2009, namens NIB, aan de AFM verklaard:

"Van de door de eigenaar gerealiseerde meerwaarde (verschil tussen aankoopsom en verkoopsom bij bestemmingswijziging) dient de eigenaar een bepaald percentage af te staan aan de verkoper."

² Zie bijvoorbeeld de brochure van propositie [REDACTED]

³ Zie bijvoorbeeld de brochure van propositie [REDACTED]

⁴ Zie bijvoorbeeld de brochure van proposities [REDACTED]

⁵ Zie bijvoorbeeld de brochure van proposities [REDACTED]

En:

“Het is evident dat het onderhouden van een perceel agrarische grond een geheel andere bedoeling heeft. Hiermee wordt louter beoogd de groei van overtollig onkruid, struiken et cetera te voorkomen.”

1.1.9 Bij brief van 11 maart 2009 heeft NIB onder meer de volgende documenten overgelegd:

- Een overzicht van 26 investeerders voor wie NIB uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst met [A] bemiddelingswerkzaamheden heeft verricht. Uit dit overzicht blijkt onder meer dat NIB voor deze werkzaamheden in totaal een bedrag van [REDACTED] heeft gefactureerd aan [A] en dat NIB werkzaam is geweest bij de totstandkoming van [REDACTED] overeenkomsten tussen de [REDACTED] investeerders en [A] in de periode vanaf 16 april 2008 tot en met 27 november 2008.
- Een kopie van de dagafschriften van bankrekeningnummer [REDACTED] ten name van NIB vanaf 1 april 2008 tot en met 3 maart 2009. Uit de dagafschriften blijkt onder meer dat NIB van [A] in totaal een bedrag van [REDACTED] heeft ontvangen.

1.2 De boete

De AFM heeft NIB bij brief van 16 september 2009 in de gelegenheid gesteld haar zienswijze te geven ten aanzien van het voornemen van de AFM om aan NIB een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2:55, eerste lid, Wft. Met het voornemen is ook de Onderzoeksrapportage verzonden. NIB heeft genoemde zienswijze gegeven bij brieven van 1 oktober 2009, 2 oktober 2009 en 23 november 2009. Bij besluit van 8 juni 2010 (het Boetebesluit) heeft de AFM aan NIB een boete opgelegd van € 24.000,-.

1.3 Verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening

Bij brief van 14 juni 2010 heeft u namens NIB de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam verzocht een voorlopige voorziening te treffen, ertoe strekkende dat de publicatie van het Boetebesluit wordt geschorst. Bij uitspraak van 15 juli 2010 heeft de voorzieningenrechter het verzoek toegewezen. De voorzieningenrechter oordeelde dat NIB in beleggingsobjecten heeft bemiddeld en dat de AFM de bevoegdheid heeft daarvoor een boete op te leggen. Volgens de voorzieningenrechter is er echter sprake van een wanverhouding tussen de boete van € 24.000,- en de ernst van de overtreding en daarom heeft de voorzieningenrechter de publicatie van het Boetebesluit geschorst. De voorzieningenrechter heeft daartoe onder meer overwogen: *“De voorzieningenrechter is van oordeel dat, ondanks dat de boete in de onderhavige zaak is gematigd, AFM zich ook in de onderhavige zaak in het bestreden besluit onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de omstandigheid dat er onduidelijkheid bestond omtrent de reikwijdte van begrip beleggingsobject.”*⁶

⁶ Zie Rb. Rotterdam, 15 juli 2010 (AWB 10/2258 VBC-T2), ro. 2.9.

1.4 Het bezwaar

Per brief van 14 juni 2010 heeft u namens NIB bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. In de bijlagen bij deze brief zijn onder meer de jaarstukken over 2008 van NIB en “provisie-facturen 2009” toegevoegd. Bij brief van 21 juni 2010 heeft de AFM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd. U bent bij brief van 30 juni 2010 uitgenodigd voor de hoorzitting, te houden op 20 juli 2010.

Het verslag van de op 20 juli 2010 gehouden hoorzitting en de door NIB in dit verband gehanteerde pleitnota zijn opgenomen in de bijlage en maken integraal onderdeel uit van de onderhavige beslissing op bezwaar. Tijdens de hoorzitting is met [REDACTED] (bestuurder NIB) afgesproken dat deze binnen twee weken nadere stukken verstrekt met betrekking tot de financiële positie van NIB. NIB heeft deze stukken niet aan de AFM verstrekt.

2. Gronden van bezwaar

2.1 Geen beleggingsobject

2.1.1 NIB heeft bemiddeld in de verkoop van kavels grond die werden aangeboden door [A]. De kavels grond waarin NIB bemiddelt, kwalificeren, anders dan door de AFM is gesteld, niet als beleggingsobject in de zin van artikel 1:1 Wft. Het artikel kent vier vereisten. Kort weergegeven zijn die vereisten:

- 1) Een (recht op een) zaak;
- 2) dat anders dan om niet wordt verkregen;
- 3) waarbij aan de verkrijger een rendement in geld in het vooruitzicht wordt gesteld; en,
- 4) waarbij het beheer van de zaak hoofdzakelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger.

Over vereisten 1) en 2) bestaat tussen de AFM en NIB geen verschil van inzicht. Met betrekking tot vereisten 3) en 4) is dat wel het geval.

Geen rendement in geld in het vooruitzicht gesteld

2.1.2 Aan de verkrijger van een kavel grond (de zaak) wordt geen rendement in geld in het vooruitzicht gesteld. Potentiële kopers worden slechts gewezen op de mogelijkheid dat de kavel grond in waarde kan stijgen: enerzijds door een algemene waardeinstijging, anderzijds door een wijziging in de bestemming van de kavel grond. Hier worden geen garanties aan verbonden.

2.1.3 De kavel grond wordt direct geleverd aan de belegger, waarbij “het nooit de opzet is dat [A] (of N.I.B. B.V.) ooit een geldbetaling aan de verkrijger van de grond zal doen.” De waardeinstijging van de kavel grond wordt dus niet uitbetaald door [A] of NIB, maar wordt pas gerealiseerd als de kavel grond aan een derde wordt verkocht. Er is derhalve geen sprake van een in het vooruitzicht gesteld rendement *in geld*. Zeker niet nu uit twee citaten uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit element in de definitie van het begrip beleggingsobject, “strikt moet worden toegepast”:

A) “Het element in «een rendement in geld in het vooruitzicht gesteld», wordt strikt gehanteerd in die zin dat daaronder niet wordt begrepen een in vooruitzicht gesteld rendement anders dan in geld (in natura).”⁷

B) “Er is sprake van een rendement in geld indien het product in zich heeft dat het rendement geheel of gedeeltelijk in geld wordt uitbetaald. Indien door bijvoorbeeld de aanbieder van het beleggingsobject de optie wordt geboden om een deel van het rendement in geld uitbetaald te krijgen, dan is er sprake van «rendement in geld», ongeacht of de consument van deze optie gebruik maakt.”⁸

Geen beheer door een ander dan de verkrijger

2.1.4 De mogelijkheid die door [A] aan de verkrijgers van de kavels grond wordt geboden om die kavels te verpachten, maakt geen deel uit van het aanbod van [A] om de kavels te kopen. De verpachting is slechts een optie bij de mogelijkheid om een kavel te kopen: “(...) het gaat om de vraag of [A] een beleggingsproduct heeft aangeboden. Het gaat derhalve om de beoordeling van de eenzijdige rechtshandeling van [A], inhoudend de mogelijkheid om grond te kopen. Bij dat aanbod is het al dan niet verpachten een optie.” Of de verkrijgers kiezen voor verpachting is niet relevant. Dat het aanbod uitdrukkelijk de mogelijkheid openhoudt dat verkrijgers niet kiezen voor verpachting, is wel relevant.

2.1.5 De verpachting van de kavels grond maakt niet dat het beheer van de zaak hoofdzakelijk door een ander dan de verkrijger wordt verricht. De AFM miskent dit deel van de definitie van beleggingsobject. Uit de toelichting op de definitie blijkt namelijk dat het de wetgever niet “voor ogen stond toen de definitie werd vastgesteld” dat al dan niet verpachte gronden als beleggingsobject zouden kwalificeren.⁹ Gezien de voorbeelden van teakplantages en struisvogeleieren, had de wetgever bij beleggingsobjecten “*deelnemingen* [in gedachten] (...) waarbij de consument feitelijk niets in handen kreeg. En waarbij hij volledig moest vertrouwen op de aanbieder voor het rendement, en ook voor het terugontvangen van zijn inleg.”

2.1.6 Het is niet van belang of het beheer feitelijk wordt uitgevoerd door de verkrijger of door een derde. Het is namelijk in de praktijk geen onderscheidend criterium: veel landeigenaren schakelen pachters en/of loonwerkbedrijven in om werkzaamheden op de grond te verrichten. Het relevante criterium is of de beheersmacht of zeggenschap over de zaak bij de verkrijger ligt. Dit is conform de aard en strekking van de Wft. De

⁷ Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 19, p. 362.

⁸ Kamerstukken II, 2003-04, 29 507, nr. 3, p. 68.

⁹ NIB verwijst hierbij naar Kamerstukken II, 2003-04, 29 507, nr. 3, p. 68: “Met de voorwaarde dat het beheer van de zaak hoofdzakelijk door een ander dan de consument wordt uitgevoerd, wordt tot uitdrukking gebracht dat de consument niet zelf de verzorging voor bijvoorbeeld de plantage of de struisvogels op zich neemt. Dit feitelijke beheer voor de zaak wordt bij deze beleggingsobjecten door de financiële dienstverlener of door een derde in opdracht van de financiële dienstverlener of de consument, uitgevoerd.” en naar Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 19, p. 362: “Met de zinsnede «waarbij het beheer van de zaak hoofdzakelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger» wordt tot uitdrukking gebracht dat de verkrijger niet zelf het beheer van bijvoorbeeld de teakplantage of de struisvogels op zich neemt. Dit feitelijke beheer van de zaak wordt bij deze beleggingsobjecten door de aanbieder van het beleggingsobject of door een derde uitgevoerd.”

consumentenbescherming die de Wft beoogt, is namelijk noodzakelijk “indien de consument zelf onvoldoende macht en bevoegdheid heeft om zijn of haar belegging te controleren, en indien de consument afhankelijk is van de betrouwbaarheid en de goede diensten van de aanbieder van het beleggingsobject voor het verkrijgen en behouden van zijn of haar investering.” Nu de verkrijger van de kavel grond zelf eigenaar wordt en niet (zoals dat wel bij bijvoorbeeld teakplantages het geval is) “voor het beheer van de investering volledig is aangewezen op de betrouwbaarheid van degene die het beheer voert”, is toezicht op de verkoop van de kavels niet noodzakelijk en dient ‘het beheer van de zaak’ uitgelegd te worden als “de zeggenschap van de zaak”. Indien de verkrijger zelf het beheer niet kan uitvoeren en daar ook geen invloed op heeft, pas dan is er sprake van beheer door een ander dan de verkrijger in de zin van de definitie van beleggingsobject. Indien de beheersmacht bij de verkrijger ligt, is er geen sprake van een beleggingsobject. Dit is in lijn met de e-mail van de AFM van 12 november 2008. Daarbij komt dat het niet in het belang is van de verkrijgers van de kavels grond dat zij zelf het onderhoud ervan uitvoeren. Om die reden kan de verpachting van de kavels grond niet met zich brengen dat de kavels grond kwalificeren als beleggingsobjecten.

2.1.7 Bovendien heeft het standpunt van de AFM dat verpachte agrarische grond die wordt gekocht met het oog op een waardestijging van die grond, een beleggingsobject is, “grote consequenties voor de gangbare agrarische praktijk.” In genoemde praktijk zijn twee zaken “volstrekt gangbaar:

- dat grondeigenaren/verpachters gronden verwerven en in bezit hebben met het oog op een potentiële waardestijging (uit geciteerd onderzoek blijkt: 1/3 van de verpachters);^[10]
- dat de grondeigenaar of de landbouwer (dit kan overigens ook de pachter zijn) niet zelf de grond bewerkt, maar dit door derden, bijvoorbeeld een loonwerkbedrijf, laten doen.”

Naar het oordeel van de AFM zou de verkoper van het stuk grond, die bij die verkoop de (potentiële) koper erop wijst dat de grond in waarde kan stijgen, een beleggingsobject aanbieden. Deze consequentie kan de wetgever niet voor ogen hebben gehad.

2.1.8 Nu de beheersmacht in casu bij de verkrijger van de kavels grond ligt (de verkrijger is immers niet verplicht tot verpachting) en er geen rendement in geld in het vooruitzicht wordt gesteld, is er geen sprake van een beleggingsobject en mist de boete grondslag. Het Boetebesluit dient daarom te worden vernietigd.

2.2 Legaliteits- en rechtzekerheidsbeginsel

De aan NIB opgelegde boete is een ‘criminal charge’ en ingevolge de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omtrent het legaliteitsbeginsel kan een criminal charge alleen worden opgelegd op grond van een wettelijke bepaling die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. De voornaamste eis die door het

¹⁰ Door NIB wordt verwezen naar een pre-advies van de Vereniging van Agrarisch Recht, “Pacht, stand van zaken en toekomst”, TAR (2008/3). NIB heeft daarnaast verwezen naar een rapport “Grondgebruik, pachtcontracten en pachtprijszettingsmechanismen” van 6 juni 2003 door L.H.G. Slangen e.a., van de Universiteit van Wageningen, pp. 37 – 49. Verder geeft NIB enkele voorbeelden waaruit de consequenties voor de gangbare praktijk zouden moeten blijken.

EHRM wordt gesteld, is dat de wettelijke bepaling “*duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn*”.¹¹ Artikel 1:1 Wft, waarin de definitie van beleggingsobject is gegeven, voldoet niet aan die eis. NIB heeft daarom gerechtvaardigd in de veronderstelling mogen verkeren, dat de onderhavige kavels grond geen beleggingsobjecten waren. Van boeteoplegging dient daarom te worden afgezien.

2.3 Boeteoplegging

2.3.1 De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft in de onderhavige zaak overwogen dat de “(Vroegtijdige) publicatie van het bestreden besluit in het onderhavige geval” evenmin “als in de uitspraak met betrekking tot [A] [voldoet] aan de daarmee beoogde doelen” en daarom de publicatie geschorst.¹² De voorzieningenrechter heeft verder geoordeeld dat “*dat er ten minste sprake is van een ‘verminderde verwijtbaarheid’, maar laat open dat er sprake is van ‘geen verwijtbaarheid’*”. Nu de AFM de boete aan NIB reeds op grond van jurisprudentie van de voorzieningenrechter¹³ had gematigd, is de kernvraag niet of er voldoende is gematigd, maar of het opleggen van een boete is gerechtvaardigd, gegeven de (afwezigheid van de) verwijtbaarheid. Daarbij gaat het er niet zozeer om of er een bevoegdheid tot boeteoplegging is, maar of van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt.

2.3.2 De voorzieningenrechter heeft in de onderhavige zaak zodanige twijfel met betrekking tot de verwijtbaarheid dat van boeteoplegging moet worden afgezien. Dat van boeteoplegging moet worden afgezien, volgt ook uit de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de inzet van het boete-instrument. In de Tweede Kamer bestond veel verzet tegen de vroegtijdige publicatie: er vindt een publieke veroordeling plaats buiten de onafhankelijke rechter om. De vroegtijdige publicatie werd om twee redenen toch ingevoerd: (i) het belang van het vooraf waarschuwen voor instellingen die de Wft overtreden, en (ii) boetes zouden met terughoudendheid worden opgelegd.¹⁴ Het Boetebesluit is in strijd met deze uitgangspunten genomen. Bij de beslissing tot boeteoplegging had de AFM het belang van NIB dat is betrokken bij de publicatie moeten meewegen. Dit volgt uit de wetsgeschiedenis: “De uitspraak bevestigt nogmaals dat de toezichthouder altijd de mogelijkheid dat de schade bij de financiële onderneming kan optreden nadrukkelijk mee moeten wegen in zijn beslissingen die kunnen leiden tot een publicatie.”¹⁵ De AFM heeft dit niet gedaan, zij heeft “standaard” een boete opgelegd, “zonder te overwegen of er in het concrete geval reden is om een boete op te leggen”. De publicatie is niet meegewogen als “contra-indicatie voor het opleggen van een boete, maar juist [als] een belangrijke reden voor de AFM om wel een boete op te leggen.” Dit laatste blijkt uit de wel gepubliceerde boeteoplegging aan [REDACTED]. Die boete is dusdanig laag (€ 6.000,-) dat die boete geen waarde heeft als strafinstrument en dus alleen maar opgelegd kan zijn

¹¹ NIB verwijst hierbij naar de uitspraak van de Rb. 's-Gravenhage van 23 december 1998 (JB 1999, 57), waarin een bestuurlijke boete werd vernietigd, nu de geschonden norm niet bleek uit de letterlijke tekst van de wetbepaling in kwestie.

¹² Zie Rb. Rotterdam, 15 juli 2010, (AWB 10/2558 VBC-T2), ook ro. 2.10: “De voorzieningenrechter zal aldus de opschorting van de beslissing tot vroegtijdige publicatie als bedoeld in artikel 1:97, derde lid, Wft, van de Wft omzetten in een publicatieverbod, door de beslissing tot vroegtijdige publicatie verder te schorsen.”

¹³ De AFM verwees daarbij naar Rb. Rotterdam, 8 april 2010, LJN BM0508.

¹⁴ NIB verwijst hierbij naar *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 32, p. 19 en nr. 37, p. 28.

¹⁵ NIB verwijst hierbij naar *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 37, pp. 28-29.

met het oog op publicatie. Daarnaast heeft de gemachtigde van de AFM ter zitting aan de gemachtigde van [A] (eveneens de gemachtigde van NIB) aangegeven dat de publicatie van even groot belang is voor de AFM als de boeteoplegging zelf.

Gezien het voorgaande moet het Boetebesluit worden vernietigd.

2.4 Hoogte boete

Geen verwijtbaarheid

2.4.1 Ten onrechte heeft de AFM geen gebruik gemaakt van haar bevoegdheid de boete te matigen tot nihil. De hoogte van de boete staat in wanverhouding tot de gestelde overtreding. NIB is niet te verwijten dat zij de vermeende overtreding heeft begaan. Er is geen sprake van een bewuste normschending. Er is immers veel discussie geweest over de vraag of *“het aanbieden van verpachte grond gezien moet worden als een beleggingsobject”*. In de Tweede Kamer is ervan uitgegaan dat dit niet het geval was. De uitspraken van de voorzieningenrechter te Rotterdam, waarin de uitleg van de AFM van het beleggingsobjectenbegrip wordt bevestigd, doen hieraan niets af, aangezien deze nog niet bestonden ten tijde van de vermeende overtreding. Verder blijkt uit jurisprudentie van die voorzieningenrechter dat er sprake was van het aftasten van de markt met betrekking tot de reikwijdte van het beleggingsobjectenbegrip (door zowel de aanbieders als door de AFM). Dat NIB maar contact had moeten opnemen met de AFM om te laten bezien of haar activiteiten vergunningplichtig waren, *“mist de kern van de zaak.”* NIB ging er *“net als aanvankelijk de AFM”* van uit, dat haar handelen was toegestaan.

2.4.2 Verder is van belang dat NIB na het informatieverzoek van 19 december 2008 direct de vermeende overtreding heeft gestaakt. De boete dient daarom te worden gematigd. De omzet die NIB heeft gemaakt, is hierbij niet relevant aangezien het bij *“de omvang van de boete gaat (...) om verwijtbaarheid. Voor het beoordelen van de verwijtbaarheid is de behaalde omzet van geen betekenis.”* Nu de schending van de norm in casu geen gevolgen heeft gehad voor NIB en de verkrijgers van de kavels grond is er, gezien de uitspraak van het CBb van 7 juni 2007 (JOR 2007/185), reden de boete te matigen. Indien de gronden niet waren verpacht, zou er geen sprake zijn geweest van een beleggingsobject. Niet kan worden volgehouden dat die verpachting schade zou hebben toegebracht aan de verkrijgers van de kavels grond, de verkrijgers hebben hier immers zelf voor gekozen. Bovendien heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 25 november 2008 overwogen dat de verkrijgers niet gebaat zijn bij het ingrijpen in het feitelijk beheer van de kavels grond: *“Voorts in het onzeker of de kopers zijn gebaat met een dergelijk ingrijpen door de AFM in de door hen met Investerra reeds aangegane overeenkomsten.”*¹⁶ Overigens heeft de AFM zelf in het Boetebesluit opgenomen dat de verkrijger er geen behoefte aan zal hebben, betrokken te zijn bij het beheer van de kavels.

2.4.3 [A] heeft aan NIB medegedeeld dat ook aan haar een boete is opgelegd van € 24.000,-. Nu [A]:

- degene is die het onderhavige product heeft ontwikkeld;
- de aanbieder is;

¹⁶ NIB verwijst hierbij naar de uitspraak Rb. Rotterdam, 25 november 2008, LJN BG5385.

- langer actief is geweest dan NIB;
- “miljoenen euro's” aan omzet heeft gerealiseerd; en
- wel een aanwijzing heeft gekregen (anders dan NIB),

is het onbegrijpelijk dat aan NIB een boete van gelijke hoogte is opgelegd als de boete die aan [A] is opgelegd. De verwijtbaarheid van NIB is nihil. De boete dient daarom te worden gematigd tot nihil.

Geen financiële draagkracht

2.4.4 De financiële draagkracht van NIB is onvoldoende om een boete van € 24.000,- te kunnen betalen. Na de aanschrijving door de AFM heeft NIB zich genooddaakt gezien haar activiteiten aan te passen, opdat deze vallen onder de Vrijstellingsregeling Wft. Dit heeft tot gevolg gehad dat de omzet aanzienlijk is gedaald. Momenteel wordt er geen omzet gerealiseerd (waar tegenover nog wel aanzienlijke kosten staan) en is NIB een “*slapende vennootschap*”. In 2008 is een omzet gerealiseerd van [REDACTED] en een resultaat van [REDACTED] behaald. In 2009 is een omzet gerealiseerd van [REDACTED] en een “*aanzienlijk verlies*” geleden. In 2010 is tot 14 juni 2010 een omzet gerealiseerd van [REDACTED]

2.5 Publicatie

Van zowel de ‘vroegtijdige’ publicatie (op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft) als van de publicatie bij het onherroepelijk worden van het besluit tot boeteoplegging (op grond van artikel 1:98 Wft) moet worden afgezien. In het onderhavige geval gaat het om een publicatie die een zeer lange tijd (twee jaar) na de gewraakte feiten plaats zou vinden. Een dergelijke publicatie draagt niet bij aan de daarmee beoogde doelen en moet daarom achterwege blijven.

3. Beoordeling gronden van bezwaar

3.1 Geen beleggingsobject

Geen rendement in geld in het vooruitzicht gesteld

3.1.1 Anders dan NIB, is de AFM van oordeel dat NIB een rendement in geld in het vooruitzicht heeft gesteld, gegeven de uitingen die op de website van NIB zijn vermeld (zie paragraaf 1.1.1) en de inhoud van de brochures van [A] (zie paragraaf 1.1.3) die door blijkens de samenwerkingsovereenkomst tussen [A] en NIB door NIB aan (potentiële) verkrijgers werden verstrekt (zie paragraaf 1.1.2). Er kan niet anders worden geconcludeerd dan dat verkrijgers met het oog op een waardevermeerdering van de grond, de kavels aankopen om deze na die waardevermeerdering weer te verkopen. De rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 29 april 2010 in beroep tegen een aanwijzing die aan [A] is opgelegd, met betrekking tot het product van [A] (waarin NIB bemiddelt) eenzelfde redenering gevolgd: “*Een ander ‘gebruik’ van de onderhavige kavels dan ze op enig moment weer te verkopen, ligt reeds gelet op de ligging van de kavels, te midden van andere kavels, in redelijkheid niet*

voor de hand.”¹⁷ Of er al dan niet een rendement wordt *gegarandeerd*, is niet relevant nu een dergelijke eis niet uit de wettekst of de toelichting daarop voortvloeit.

3.1.2 Het rendement wordt uitbetaald in geld en daarom is er sprake van een rendement in geld. Dat het rendement moet worden uitbetaald door een financieel dienstverlener, wil er sprake zijn van een beleggingsobject, blijkt niet uit de wettekst noch uit de toelichtingen daarop.¹⁸ Door wie het rendement wordt uitbetaald, is derhalve niet relevant. Verder blijkt uit de toelichting op de Wet financiële dienstverlening (zie paragraaf 2.1.3, onder B) zelfs dat wanneer het product *“het in zich heeft”* dat het rendement in geld wordt uitbetaald, er sprake is van een in het vooruitzicht gesteld rendement in geld. Een product waarbij wordt geïnvesteerd (zoals NIB het zelf ook benoemt op haar website) in een stuk grond met het oog op een waardestijging van dat stuk grond, heeft het onmiskenbaar in zich dat het rendement van die investering in geld wordt uitbetaald. Dit blijkt overigens ook uit de winstdelingsclausule, die [A] met de verkrijgers overeenkomt (zie paragraaf 1.1.6).

3.1.3 De passage in de toelichting op de Wft (zie paragraaf 2.1.3, onder A), waarbij wordt gezegd dat het onderdeel *“in geld”* strikt moet worden gehanteerd, doet aan het voorgaande niets af. De strikte uitleg wordt namelijk in dezelfde zin in die toelichting direct nader toegelicht met de opmerking: *“dat daaronder niet wordt begrepen een in vooruitzicht gesteld rendement anders dan in geld (in natura).”* Deze toelichting maakt de bewuste zin in de toelichting in wezen zinledig, nu het evident is dat een rendement *“anders dan in geld”*, niet een rendement in geld is. De toegevoegde waarde van de zin in de toelichting lijkt er enkel in gelegen dat wordt aangegeven dat bij een rendement anders in geld, kan worden gedacht aan een rendement in natura.

3.1.4 Gezien het voorgaande, blijft de AFM van oordeel dat [A] een rendement in geld in het vooruitzicht heeft gesteld. Dit standpunt is meermalen bevestigd door de rechter, zowel in de onderhavige zaak¹⁹ als in vergelijkbare zaken.²⁰ Deze grond treft dan ook geen doel.

Geen beheer door een ander dan de verkrijger

3.1.5 Als de AFM NIB goed begrijpt, voert NIB aan dat de verpachting van de gronden niet tot het aanbod behoort en dat er daarom geen beheer van de zaak wordt aangeboden, in de zin van de definitie van beleggingsobject. NIB voert daartoe aan dat bij het aanbod tot het kopen van grond *“het al dan niet verpachten een optie”* is. Dit betoog kan geen stand houden. De AFM betwist niet dat het verpachten een optie is bij het aanbod tot het kopen van grond. Echter, het enkele feit dat het verpachten een optie is bij het aanbod tot het kopen

¹⁷ Zie Rb. Rotterdam, 29 april 2010, *LJN* BM6494, ro. 2.2.

¹⁸ Zie Rb. Rotterdam, 29 april 2010, *LJN* BM6494, ro. 2.2.

¹⁹ Zie Rb. Rotterdam: 2 juli 2009, *LJN* BJ1747; 29 april 2010 *LJN* BM6494; 17 mei 2010, *LJN* BN0741 en 15 juli 2010 (AWB 10/2258 VBC-T2).

²⁰ Zie Rb. Rotterdam, 25 november 2008, *LJN* BG5385; 23 december 2008, *LJN* BG8468; 4 december 2009, *LJN* BK5632 en 8 april 2010, *LJN* BM0508.

van grond, maakt dat die optie deel uitmaakt van dat aanbod. Het gegeven dat het hier om een keuze gaat, doet dan ook geen afbreuk aan die kwalificatie als onderdeel van het aanbod.²¹

3.1.6 De werkzaamheden die de pachter uitvoert (zie paragrafen 1.1.4 en 1.1.8), kwalificeren als beheer van de zaak, zoals bedoeld in de definitie van beleggingsobject.²² Anders dan [A] lijkt te betogen, worden er in de wet noch in de toelichting nadere eisen gesteld aan het beheer van de zaak. Uit geen rechtsregel blijkt dat het beheer moet zijn gericht op waardevermeerdering of dat daarvoor de aanbieder ‘in vertrouwen moet worden genomen’.

3.1.7 Uit de door NIB aangehaalde toelichting (zie paragraaf 2.1.5, noot 3) kan voorts niet worden afgeleid dat de wetgever niet voor ogen had dat het product, waarin NIB bemiddelt, kwalificeert als een beleggingsobject. De voorbeelden die in die toelichting worden genoemd, zijn niet meer dan dat: voorbeelden. Uit die voorbeelden kan geen begrenzing van de reikwijdte van het begrip beleggingsobject worden afgeleid.

3.1.8 Verder blijkt noch uit de wet, toelichting of andere rechtsbron dat de zinsnede uit de definitie van het begrip beleggingsobject “*waarbij het beheer wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger*” aldus moet worden uitgelegd dat het relevante criterium is of de beheersmacht of zeggenschap over de zaak al dan niet bij de verkrijger ligt. Integendeel, de toelichting vermeldt juist dat met deze zinsnede is bedoeld dat de verkrijger niet zelf het *feitelijk beheer* van de zaak op zich neemt.²³ Over beheersmacht of zeggenschap wordt niet gesproken. Van belang is of een ander dan de verkrijger het beheer feitelijk uitvoert. De in paragraaf 1.1.6 aangehaalde e-mail doet hieraan niets af. Die e-mail is verzonden, nadat de onderhavige overtreding is begaan. De e-mail kan daarom voorafgaand aan het begaan van de overtreding niet van betekenis zijn geweest bij de oordeelsvorming van [A] over de toepasselijkheid van de Wft.

Van beheer van de zaak is sprake als het feitelijke beheer in opdracht van de aanbieder of de verkrijger wordt uitgevoerd.²⁴ Daarvan is in het onderhavige geval sprake, hetgeen meermalen door de rechter is bevestigd en zo ook in vergelijkbare zaken.²⁵ Dat het niet in het belang van de verkrijgers is dat zij het onderhoud van de kavels grond zelf uitvoeren (om welke reden dan ook), doet aan de kwalificatie van de verpachting als beheer in de zin van de definitie van het begrip beleggingsobject in artikel 1:1 Wft, niets af.

²¹ De Rb. Rotterdam heeft in haar uitspraak van 29 april 2010 (LJN BM6494) in beroep tegen een aanwijzing die aan [A] is gegeven met betrekking tot hetzelfde product, eenzelfde redenering gevolgd: “*Dat kopers op dit punt een keuze hebben en dat de pachtovereenkomsten tot stand komen door inschakeling van een derde partij, [REDACTED] doet aan het aanbod niet af; (...)*”

²² Zie Rb. Rotterdam, 4 december 2009, LJN BK5632: “*Onder beheer als bedoeld in de definitie van beleggingsobject moet worden begrepen elk onderhoud van de betreffende zaak en het zorgdragen voor eventuele juridische verplichtingen die voortvloeien uit de eigendom van de zaak.*”

²³ Zie de aangehaalde toelichting in noot 9.

²⁴ Idem noot 23.

²⁵ Zie Rb. Rotterdam: 2 juli 2009, LJN BJ1747; 29 april 2010 LJN BM6494; 17 mei 2010, LJN BN0741 en 15 juli 2010 (AWB 10/2258 VBC-T2). Zie ook Rb. Rotterdam, 25 november 2008, LJN BG5385; 23 december 2008, LJN BG8468; 4 december 2009, LJN BK5632 en 8 april 2010, LJN BM0508.

3.1.9 Het betoog dat de kwalificatie van het product waarin NIB bemiddelt als beleggingsobject met zich brengt dat de gebruikelijke handelwijze in de agrarische praktijk onder toezicht van de AFM komt te staan, is niet relevant aangezien het van de concrete feiten en omstandigheden van het geval zal afhangen of die praktijk onder toezicht van de AFM staat. Daarnaast slaagt het verweer niet, nu in de voorbeelden die door NIB worden genoemd, niet duidelijk wordt of:

- het aanbod van de gronden wordt gedaan in de uitoefening van beroep of bedrijf;
- de kopers consumenten zijn in de zin van de Wft; en,
- of het geheel aan afspraken tussen die partijen (hetgeen breder is dan de ‘enkele’ aankoop van de grond²⁶) kwalificeert als een beleggingsobject.

De AFM ziet derhalve in het onderhavige geval (net als de rechter²⁷), waarin overigens niet de gebruikelijke handelwijze in de agrarische praktijk (zijnde de door NIB genoemde voorbeelden) ter discussie staat, maar waarin de activiteiten van NIB onderwerp van geschil zijn, geen aanleiding om haar standpunt omtrent de reikwijdte van het begrip beleggingsobject te wijzigen.

3.2 Legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel

3.2.1 De AFM is van oordeel dat de uitleg die zij aan het begrip beleggingsobject geeft, volledig strookt met de tekst van de wet en de toelichting daarop. De AFM (en ook de rechter²⁸) kan zich dan ook niet vinden in het betoog dat die uitleg in strijd is met de wettekst en de wetsgeschiedenis. Zoals hiervoor ten aanzien van het rendement en het beheer is betoogd, zijn alle vermeende nadere eisen (die volgens NIB zouden gelden) niet terug te voeren op de letterlijke tekst van de definitie van het begrip beleggingsobject in artikel 1:1 Wft, noch op de wetsgeschiedenis.

3.2.2 De ratio van het toezicht op beleggingsobjecten is dat de wetgever een bepaalde mate van bescherming voor consumenten heeft willen bewerkstelligen, in het geval consumenten op een bepaalde manier beleggen. Daarbij is van belang geacht dat consumenten hun vermogen aanwenden ter verwerving van bepaalde beleggingsproducten, waarbij het doel van die verwerving er niet zozeer in is gelegen dat het fysieke product (het aandeel, het stuk grond, etc.) wordt verkregen, maar primair in de omstandigheid dat een waardestijging van het beleggingsproduct rendement zou kunnen genereren voor de consument. Als dit het geval is, heeft de wetgever het beleggingsproduct onder Wft-toezicht willen brengen. Indien het product niet als een ander financieel product kwalificeert, zijn de relevante criteria die bepalen of een product onder Wft-toezicht valt, neergelegd in de definitie van het begrip beleggingsobject in artikel 1:1 Wft. Kort gezegd, zijn deze: (i) een zaak (ii) verkregen anders dan om niet (iii) waarbij een rendement in geld in het vooruitzicht wordt gesteld (iv) en waarbij het beheer wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger. Deze criteria zijn ruim geformuleerd, duidelijk, onduidelijk en kennen geen nadere eisen. De AFM is, gezien het voorgaande, dan ook van oordeel dat de

²⁶ Zie Rb. Rotterdam: 29 april 2010 *LJN* BM6494 en 4 december 2009, *LJN* BK5632.

²⁷ Zie Rb. Rotterdam: 2 juli 2009, *LJN* BJ1747; 29 april 2010 *LJN* BM6494; 17 mei 2010, *LJN* BN0741 en 15 juli 2010 (AWB 10/2258 VBC-T2).

²⁸ Zie Rb. Rotterdam: 2 juli 2009, *LJN* BJ1747; 29 april 2010 *LJN* BM6494; 17 mei 2010, *LJN* BN0741 en 15 juli 2010 (AWB 10/2258 VBC-T2). Zie ook Rb. Rotterdam, 25 november 2008, *LJN* BG5385; 23 december 2008, *LJN* BG8468; 4 december 2009, *LJN* BK5632 en 8 april 2010, *LJN* BM0508.

kwalificatie van het product waarin NIB bemiddelt als beleggingsobject voorzienbaar was ten tijde van de overtreding. Anders dan het geval was bij de uitspraak van de rechtbank te 's-Gravenhage²⁹ volgt die kwalificatie in onderhavig geval wel uit de letterlijke wettekst. Naar het oordeel van de AFM is haar interpretatie van het begrip beleggingsobject dan ook niet zo gezocht en onverwacht dat NIB daar geen rekening mee hoefde te houden. Van strijd met het legaliteitsbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel is geen sprake.

3.3 Boeteoplegging

3.3.1 NIB heeft in de periode van 16 april 2008 tot en met 27 november 2008 artikel 2:80, eerste lid, Wft overtreden, waarmee inkomsten zijn gegenereerd van in ieder geval [REDACTED]. Zoals ook de voorzieningenrechter in onderhavige zaak heeft overwogen, komt de AFM derhalve de bevoegdheid toe een boete op te leggen aan NIB. De AFM heeft van die bevoegdheid gebruik gemaakt, omdat het NIB te verwijten valt dat zij bedoelde overtreding heeft begaan.

De AFM is van oordeel dat NIB zelf verantwoordelijk is voor een deugdelijk onderzoek omtrent de vraag of de door haar voorgenomen activiteiten onder de reikwijdte van de Wft vallen. Van een aanbieder van financiële producten mag worden verwacht dat deze zich zorgvuldig verdiept in de wet- en regelgeving alvorens hij de markt betreedt. De AFM tilt zwaar aan deze eigen verantwoordelijkheid aangezien juist bij illegale activiteiten deze normschending externe werking heeft, niet alleen naar de klanten die benaderd zijn door de aanbieders maar ook naar overige marktpartijen die wel over een vergunning beschikken. NIB heeft zich ten onrechte aan de regels en de administratieve lasten onttrokken die voor onder toezichtstaande instellingen wel gelden. Hierdoor is een ongewenste ongelijke situatie ontstaan tussen onder toezicht staande instellingen en tussen belanghebbenden.

De kavels grond, waarin door NIB is bemiddeld, zijn als aanvulling op de beleggingsportefeuille gepresenteerd aan (potentiële) beleggers. De definitie van het begrip beleggingsobject is zeer ruim geformuleerd. In het licht van deze omstandigheden had NIB zich kunnen en moeten realiseren dat het door haar aangeboden product onder toezicht van de AFM zou kunnen vallen en dus zou kunnen kwalificeren als een beleggingsobject. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft in een kwestie omtrent premieafdracht ten aanzien van sociale verzekeringen overwogen dat de betreffende werkgever zich er bewust van moet zijn welke loonopgave hij moet doen en dat hij in geval van twijfel of onduidelijkheid daaromtrent de verantwoordelijkheid draagt informatie in te winnen bij het ter zake bevoegd gezag; het Uvw.³⁰ Gelet op deze uitspraak had NIB de verantwoordelijkheid uitsluitend te verkrijgen over de vraag of de door haar aangeboden producten kwalificeren als beleggingsobjecten. Dit kon zij doen door het product voorafgaand aan het aanbieden ervan ter beoordeling voor te leggen aan de AFM. Door dit, in de gegeven omstandigheden, na te laten heeft NIB verwijtbaar gehandeld.

Gezien het voorgaande heeft de AFM in redelijkheid kunnen besluiten tot boeteoplegging over te gaan. Hieronder wordt ingegaan op de verschillende argumenten van NIB waarom er van boeteoplegging zou moeten worden afgezien.

²⁹ Zie Rb. 's-Gravenhage, 23 december 1998, *JB* 1999,57.

³⁰ Zie CRvB, 16 april 2010, *LJN* BM3433.

3.3.2 Anders dan NIB, is de AFM van oordeel dat de twijfel van de voorzieningenrechter met betrekking tot de mate van verwijtbaarheid in de onderhavige zaak niet maakt dat van boeteoplegging moet worden afgezien. De twijfel laat immers evident het oordeel open dat er sprake is van verwijtbaarheid. Dat er in het onderhavige geval sprake is van verwijtbaarheid is hierboven gemotiveerd weergegeven.

3.3.3 NIB leidt uit de door haar aangehaalde wetsgeschiedenis af dat van boeteoplegging moet worden afgezien. Parlementsleden hebben namelijk in het kader van de publicatieverplichtingen bij het opleggen van boetes (thans op grond van artikel 1:97 en 1:98 Wft) vragen gesteld omtrent eventuele imagoschade als gevolg van een ten onrechte opgelegde boete en de publicatie daarvan.³¹ De regering heeft daarop aangegeven dat de AFM weinig boetes oplegt en dat er door de AFM zeer prudent met dit handhavingsmiddel wordt omgegaan.³² NIB leidt hieruit af dat er een uitgangspunt heeft te gelden dat de AFM slechts met terughoudendheid boetes mag opleggen, gezien het risico op eventuele imagoschade. Daarnaast leidt NIB uit de haar aangehaalde wetsgeschiedenis de regel af dat de AFM de mogelijkheid van imagoschade nadrukkelijk moet meewegen in haar beslissing om tot boeteoplegging over te gaan.³³

De AFM kan zich niet vinden in dit betoog. In de wetsgeschiedenis wordt weliswaar opgemerkt dat er door de AFM terughoudend en prudent wordt omgegaan met het boete-instrument, maar daaruit kan nog niet een algemene regel worden afgeleid op grond waarvan de AFM slechts met terughoudendheid boetes mag opleggen. Aangezien NIB een illegale instelling is (lees: een instelling zonder de vereiste vergunning) geldt dit temeer in het onderhavige geval nu de wetgever, direct na bedoelde opmerking, de nuance maakt dat veel boetes worden opgelegd aan illegale instellingen en dat er in een dergelijk geval geen sprake is van reputatieschade.³⁴ Uit de in de wetsgeschiedenis aangehaalde “uitspraak”³⁵ kan voorts niet worden afgeleid dat de AFM onder het Wft-publicatieregime nadrukkelijk moet meewegen dat er eventuele imagoschade kan ontstaan bij de betrokken financiële onderneming. Bedoelde uitspraak is namelijk gewezen ten aanzien van het publicatieregime dat gold onder de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995). Op grond van artikel 48m Wte 1995 kon worden besloten tot publicatie. Op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft heeft de AFM echter de *plicht* tot publicatie. Bedoelde

³¹ Zie Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 32, p. 19: “De leden van de CDA-fractie vroegen zich af wat er gebeurt als er tot publicatie wordt overgegaan voordat een beroep- en bezwaarprocedure is afgerond en de instelling in het gelijk wordt gesteld. Zij merkten op dat dit de goede naam van de instelling serieus kan bedreigen en vroegen hoe dit dan wordt rechtgezet en of de toezichthouder dan aansprakelijk is.”

³² Zie Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 32, p. 19: “De regering merkt ten aanzien van deze vragen allereerst het volgende op. De frequentie waarmee de AFM en DNB bestuurlijke boetes opleggen is ten eerste laag, zeker in vergelijking met de inzet van andere handhavingsmiddelen. De AFM en DNB zijn sinds de invoering van het boete-instrumentarium zeer prudent omgegaan met de inzet van dit zware instrument.”

³³ Zie Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 37, pp. 28-29: “De uitspraak bevestigt nogmaals dat de toezichthouder altijd de mogelijkheid dat er schade bij de financiële onderneming kan optreden nadrukkelijk mee moet wegen in zijn beslissingen die kunnen leiden tot een publicatie.”

³⁴ Zie Kamerstukken II, 2005-06, 29 708, nr. 32, p. 19: “Voorts moet de kanttekening worden geplaatst dat een zeer groot deel van de boetes opgelegd wordt aan illegale instellingen. In zo 'n geval is er geen sprake van een instelling met een goed imago dat een deuk kan oplopen.”

³⁵ Met de “uitspraak” is de uitspraak bedoeld van het Hof Amsterdam, 6 oktober 2005, LJN AU7819.

uitspraak is derhalve in het onderhavige geval niet langer één op één van toepassing. Nu er thans sprake is van een publicatieplicht, is er namelijk voor de door NIB bedoelde belangenafweging geen plaats. Dit volgt tevens uit vaste jurisprudentie,³⁶ waarin is geoordeeld dat er met betrekking tot de publicatie van een boetebesluit geen plaats is voor een belangenafweging in de zin van artikel 3:4, tweede lid, Awb. Dat de publicatie voor de AFM van groot belang zou zijn (wat daarvan ook zij), doet hieraan niets af. Deze grond treft dan ook geen doel.

3.4 Hoogte boete

Geen verwijtbaarheid

3.4.1 De AFM heeft met het Boetebesluit de boete gematigd van het standaardtarief (€ 96.000,-) tot € 24.000,-. De AFM heeft zich daarbij rekenschap gegeven van het oordeel van de voorzieningenrechter ten aanzien van een verminderde verwijtbaarheid. De AFM heeft daarbij geen eigen oordeel ten aanzien van de verwijtbaarheid van NIB gegeven. De AFM doet dat alsnog en daarbij zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang:

- A. De markt voor kavels grond, soortgelijk aan de onderhavige, bestond reeds voorafgaand aan het per 1 januari 2006 ingevoerde toezicht op beleggingsobjecten. NIB is in april 2008 opgericht en is vanaf die datum actief op bedoelde markt. Zij bemiddelde daarbij voor [A] die sinds oktober 2007 actief is op bedoelde markt.
- B. De AFM stelt voorop dat zij een beperkte toezichtcapaciteit heeft. Dit geldt in het bijzonder voor de jaren 2006-2007 door de inwerkingtreding van de Wfd en alle vergunningaanvragen die onder het overgangsregime moesten worden afgewikkeld in deze periode. Alhoewel van een onredelijke wijze van aanwending van haar beperkte toezichtcapaciteit³⁷ geen sprake is, kan de AFM niet uitsluiten dat het feit, dat zij eerst eind 2008 haar standpunt (dat bedoelde kavels grond onder de reikwijdte vallen van het begrip beleggingsobject) heeft ingenomen en dat zij ook eerst eind 2008 handhavend heeft opgetreden, kan hebben bijgedragen aan de onduidelijkheid die er kennelijk bestond onder de marktpartijen ten aanzien van de reikwijdte van het toezicht op beleggingsobjecten.
- C. De hierboven onder 1.1.6 genoemde e-mail van 12 november 2008 wekt de, overigens onjuiste, suggestie dat de onderhavige kavels grond niet zouden kwalificeren als beleggingsobjecten. Dit kan weliswaar niet tot herroeping van het Boetebesluit leiden, maar daaruit kan wel worden afgeleid dat medewerkers van de AFM twijfels zouden hebben gehad bij de kwalificatie van de onderhavige kavels grond als beleggingsobjecten.
- D. NIB heeft direct na het eerste informatieverzoek van de AFM (dat eerst 8 maanden na oprichting van NIB is verstuurd) met betrekking tot de onderhavige overtreding het bemiddelen in kavels grond onder de € 50.000,- gestaakt.

Geen van deze feiten en omstandigheden leiden opzichzelfstaand tot het oordeel dat er sprake is van een verminderde verwijtbaarheid. Alles overwegende vormen deze feiten en omstandigheden in samenhang bezien,

³⁶ Zie onder meer voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam, 8 juli 2009, *LJN* BF2797; 28 januari 2010, *LJN* BL1972; en, 12 februari 2010, *LJN* BL3956.

³⁷ Zie CBb, 28 mei 2008, *LJN* BD4033.

echter wel reden voor de AFM om een verminderde verwijtbaarheid aan te nemen en de boete op die grond te matigen van € 96.000,- naar € 24.000,-.

Gezien de hoogte van de behaalde inkomsten [REDACTED] is een boete van € 24.000,- niet onredelijk hoog. Het voorgaande leidt dan ook niet tot verdere matiging van de boete, maar dient als aanvulling op de motivering van het Boetebesluit te worden beschouwd. Ten aanzien van de overige gronden die NIB in dit kader aanvoert, merkt de AFM het volgende op.

3.4.2 Uit de parlementaire geschiedenis, waarnaar door NIB wordt verwezen, kan niet worden opgemaakt dat de Tweede Kamer er vanuit gaat dat de onderhavige kavels grond niet kwalificeren als beleggingsobjecten. Er kan eveneens niet uit worden afgeleid dat de AFM aanvankelijk zelf ook van mening zou zijn geweest dat de onderhavige kavels grond niet kwalificeren als beleggingsobjecten. Uit die parlementaire geschiedenis blijkt immers alleen dat er navraag is gedaan naar die kwalificatie.³⁸ In de reactie op deze navraag is juist aangegeven: *“Op het moment dat grondspeculatie als een beleggingsobject wordt aangeboden door een financiële dienstverlener valt een dergelijk product op basis van de Wet op het Financieel toezicht (Wft) in principe onder het toezicht van de AFM.”*³⁹ De AFM is derhalve nimmer van mening geweest dat het onderhavige product niet als beleggingsobject zou kwalificeren. De AFM erkent dat de e-mail van 12 november 2008 (zie paragraaf 1.1.6) niet-eenduidig is op dit punt en voor verwarring heeft kunnen zorgen. Deze niet-eenduidigheid aan de zijde van de AFM kan echter geen invloed hebben gehad op het wilsbesluit van NIB om de onderhavige activiteiten te verrichten (zonder vooraf deze activiteiten ter beoordeling aan de AFM voor te leggen) en daarmee de onderhavige overtreding te begaan. Dat wilsbesluit lag immers eerder in de tijd dan de niet-eenduidigheid van de AFM. De niet-eenduidigheid doet dan ook geen (volledige, zie paragraaf 3.4.1) afbreuk aan die overtreding.

3.4.3 NIB verwijst verder naar een uitspraak van het CBb van 7 juni 2007 en betoogt dat de boete op grond van die uitspraak zou moeten worden gematigd nu de verkrijgers van de grond niet zijn benadeeld. Dit betoog kan niet slagen. Het CBb heeft in bedoelde uitspraak de boete gematigd, omdat de financiële draagkracht van de overtreder daartoe noopte. Daarnaast heeft het CBb weliswaar overwogen dat er geen cliënten zijn benadeeld, maar dat is louter het geval geweest nu er in het geheel geen cliënten waren: niemand was ingegaan op de betreffende aanbieding. De feiten en omstandigheden in onderhavig geval zijn geheel anders. Er zijn immers wel degelijk consumenten op de bemiddeling van NIB in het aanbod van [A] ingegaan. Dit heeft NIB in ieder geval [REDACTED] aan inkomsten opgeleverd.

3.4.4 Dat de verkrijgers van de kavels grond niet gebaat zijn bij het ingrijpen in het feitelijk beheer van de kavels grond, is bij het opleggen van een punitieve sanctie niet relevant. Het doel van een punitieve sanctie is immers gelegen in leedtoevoeging achteraf en niet in het herstel van een huidige illegale situatie. De verwijzing door NIB naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 25 november 2008⁴⁰ treft dan ook geen doel, nu die overweging enkel verband houdt met de door de AFM in dat kader opgelegde herstelsanctie.

³⁸ Zie *Kamerstukken II*, 2007-08, 28 325, nr. 83, p. 2: *“Klopt het dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) van oordeel is dat deze beleggingen geen beleggingsobjecten zijn zoals bedoeld in de Wet op het financieel toezicht?”*.

³⁹ Zie *Kamerstukken II*, 2007-08, 28 325, nr. 88, p. 1.

⁴⁰ Zie Rb. Rotterdam, 25 november 2008, *LJN* BG5385.

3.4.5 NIB vergelijkt het Boetebesluit met de boete die is opgelegd aan [A] en komt tot de conclusie dat het onbegrijpelijk is dat aan NIB een even zo hoge boete is opgelegd als aan [A] (zie paragraaf 2.4.3). De AFM volgt dit betoog niet. De omstandigheden dat [A] de aanbieder is en dat zij het product heeft ontwikkeld, zijn namelijk omstandigheden die bij nagenoeg elke casus spelen waarbij zowel wordt aangeboden als bemiddeld. De wetgever heeft er desondanks voor gekozen het zonder vergunning verrichten van beide activiteiten beboetbaar te stellen met hetzelfde bedrag: € 96.000,-. Naar het oordeel van de AFM kunnen de omstandigheden dat GVSN de aanbieder is en de ontwikkelaar van het product er dus niet toe leiden dat aan NIB een lagere boete dan aan [A] zou moeten worden opgelegd.

Voorts brengen de omstandigheden dat [A] langer actief is geweest en meer omzet heeft behaald, in beginsel niet met zich mee dat de boete aan NIB moet worden gematigd. NIB dient ten aanzien van haar eigen activiteiten te worden beoordeeld. De AFM acht de overtreding in verminderde mate verwijtbaar en heeft daarom de boete met 75% verlaagd van € 96.000,- tot € 24.000,-. De inkomsten die met de overtreding zijn behaald [REDACTED] en de duur van de overtreding (ruim 7 maanden), zijn naar het oordeel van de AFM niet dusdanig dat een boete van € 24.000,- daarmee in wanverhouding zou staan. Voor een verdergaande matiging dan genoemde 75%, is naar het oordeel van de AFM, dan ook geen aanleiding.

Tot slot is de omstandigheid dat aan [A] een aanwijzing is opgelegd, niet relevant voor de boete die de AFM aan NIB heeft opgelegd. Zoals in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam valt te lezen, is aan [A] een aanwijzing gegeven om gestopt te *blijven* met het actief aanbieden van beleggingsobjecten.⁴¹ [A] was derhalve al gestopt met het actief aanbieden alvorens de aanwijzing was gegeven. De aanwijzing zag verder op het staken van het beheren van de reeds afgesloten overeenkomsten inzake de beleggingsobjecten, hetgeen GVSN wel nog deed ten tijde van het opleggen van de aanwijzing. Nu NIB: (i) direct na het eerste informatieverzoek van de AFM heeft aangegeven haar bemiddeling onder de Vrijstellingsregeling Wft voort te zetten (zie paragraaf 1.1.7) en (ii) niet zelf actief heeft aangeboden, en dus zeker niet overeenkomsten heeft beheerd in de zin van de definitie van aanbieden in artikel 1:1 Wft, zou een aanwijzing aan NIB, strekkende tot staking van haar illegale bemiddelingsactiviteiten, haar doel missen. De illegale activiteiten waren immers, in tegenstelling tot het geval inzake [A], al gestaakt. De vergelijking met [A] gaat derhalve niet op.

Gezien het voorgaande treft deze grond geen doel.

Geen financiële draagkracht

3.4.6 Tijdens de hoorzitting van 20 juli 2010 is aan NIB aangegeven dat de gegevens die zij aan de AFM heeft overgelegd onvoldoende zijn om een oordeel te vormen over haar financiële draagkracht. Bedoelde gegevens zijn eenzijdig: ze zien alleen op behaalde omzet, winst of verlies en op vorderingen van derden op NIB. De gegevens geven daardoor geen volledig, actueel, beeld van de bezittingen en schulden van NIB. NIB heeft ter hoorzitting aangegeven binnen twee weken alsnog stukken te overleggen waaruit wel een oordeel kan worden gevormd met betrekking tot de actuele financiële draagkracht van NIB. Tot op heden heeft de AFM dergelijke stukken niet

⁴¹ Zie Rb. Rotterdam, 29 april 2010, *LJN* BM6494, ro. 1.

ontvangen. De AFM kan daarom geen oordeel geven over de actuele financiële draagkracht van NIB. Deze grond treft dan ook geen doel.

3.5 Publicatie

Algemeen

3.5.1 Artikel 1:97, eerste lid, Wft verplicht de AFM tot publicatie van een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete, opgelegd wegens overtreding van artikel 2:80 Wft. Alleen indien publicatie in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, blijft deze achterwege. De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 15 juli 2010 de publicatie van het Boetebesluit geschorst. De AFM oordeelt dat de publicatie van het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar tot op de dag van verzending van deze beslissing op bezwaar niet in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. De AFM heeft derhalve, bij verval van genoemde schorsing, voorsnog de verplichting het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar te publiceren op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft.

De voorzieningenrechter heeft de publicatie van het Boetebesluit geschorst, zonder daarbij een vervalt termijn te bepalen. De schorsing vervalt derhalve op grond van artikel 8:85, tweede lid, onder c, Awb in ieder geval nadat de rechtbank in eventueel ingesteld beroep uitspraak heeft gedaan. Nadat die uitspraak is gewezen, zal de AFM besluiten (bij ongegrond verklaring van het beroep) of er zich vanaf de dag van bekendmaking van deze beslissing op bezwaar omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat publicatie van het Boetebesluit en deze beslissing op bezwaar in strijd is of zou kunnen komen met de doelstelling van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Als dat naar het oordeel van de AFM (nog steeds) niet het geval is, zal zij alsnog publiceren en uit oogpunt van zorgvuldigheid NIB voorafgaand daaraan in de gelegenheid stellen om binnen vijf werkdagen een eventuele (nieuwe) voorlopige voorziening aanhangig te maken.

Geen definitief verbod

3.5.2 Naar het oordeel van de AFM brengt het publicatieregime van artikelen 1:97 en 1:98 Wft niet met zich mee dat de schorsing van het besluit tot publicatie van het Boetebesluit (het Publicatiebesluit) een definitief publicatieverbod inhoudt.

De AFM begrijpt het betoog van de voorzieningenrechter in een andere, met betrekking tot het Publicatiebesluit, soortgelijke zaak⁴² aldus, dat uit het publicatieregime, dat is neergelegd in artikelen 1:97 en 1:98 Wft, volgt dat als een publicatie op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft is “voorkomen”⁴³ door de toewijzing van een verzoek tot schorsing van die publicatie, dit tot gevolg heeft dat de publicatieplicht van genoemd artikel niet langer geldt. Er rest slechts nog de publicatieplicht op grond van artikel 1:98 Wft. De AFM begrijpt verder dat de voorzieningenrechter hierbij kennelijk van belang heeft geacht dat artikel 1:97, eerste lid, Wft alleen de ‘eerste’ of

⁴² Zie Rb. Rotterdam, 28 januari 2010, *LJN* BL1972 en 6 juli 2010, *LJN* BN0764.

⁴³ Zie Rb. Rotterdam, 28 januari 2010, *LJN* BL1972.

‘vroegtijdige’ publicatie regelt, direct na bekendmaking van het boetebesluit aan de belanghebbende en verder dat het artikel (in de leden 2 en 3) alleen voor die situatie (de ‘vroegtijdige’ publicatie) rechtsbescherming regelt. Verder in de tijd reikt het artikel niet, aldus de voorzieningenrechter. In artikel 1:97, tweede lid, Wft is bepaald dat de openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet eerder geschiedt dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan de betrokken persoon is bekendgemaakt. Indien de AFM na een eventueel ongegrond verklaard beroep, alsnog besluit te publiceren op grond van 1:97, eerste lid, Wft, wordt er alleen een besluit genomen over de vraag of die publicatie in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Ten aanzien van dit ‘latere’ besluit over de ‘vroegtijdige’ publicatie is geen rechtsbescherming geregeld in artikel 1:97 Wft. De AFM begrijpt de voorzieningenrechter aldus, dat hij hieruit afleidt dat de publicatieverplichting ex artikel 1:97, eerste lid, Wft daarom niet langer geldt.

De AFM kan zich niet vinden in dit betoog. De letterlijke tekst van artikel 1:97, eerste lid, Wft verplicht de AFM immers een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens een ernstige inbreuk⁴⁴ op financiële toezichtwetgeving openbaar te maken. Indien in beroep is komen vast te staan dat publicatie van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft, is daarmee eveneens komen vast te staan dat de AFM de verplichting heeft op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft alsnog ‘vroegtijdig’ te publiceren, mits zich vanaf de dag van bekendmaking van deze beslissing op bezwaar geen omstandigheden hebben voorgedaan die maken dat de ‘vroegtijdige’ publicatie in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht. Deze verplichting volgt simpelweg uit de letterlijke tekst van bedoeld artikellid. Verder is in de Wft noch in de Awb een bepaling opgenomen, waaruit blijkt dat de verplichting tot ‘vroegtijdige’ publicatie teniet zou zijn gedaan met een schorsing van de voorzieningenrechter als de onderhavige. Dat er in het artikel geen rechtsbescherming is geregeld ten aanzien van deze ‘vroegtijdige’ publicatie in ‘tweede instantie’ doet hieraan niets af. Een analoge toepassing van die rechtsbescherming is immers goed mogelijk en ligt dan ook voor de hand. De AFM stelt de belanghebbende dan ook in de gelegenheid om in een dergelijk geval binnen vijf werkdagen een eventuele (nieuwe) voorlopige voorziening aanhangig te maken.

Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de ‘vroegtijdige’ publicatie het doel heeft partijen op financiële markten te waarschuwen en dat het daarom noodzakelijk is dat “*op korte termijn publicatie van de boete plaatsvindt*”.⁴⁵ De wetgever heeft dus voor ogen gehad dat de marktpartijen zo snel mogelijk worden gewaarschuwd. Hierbij is expliciet overwogen dat het belang van de vroegtijdige publicatie prevaleert boven dat van de betrokken (rechts)persoon.⁴⁶ Naarmate er meer tijd verstrijkt na het opleggen van de boete en het moment van publicatie, blijven marktpartijen langer verstoken van de gewenste waarschuwing. Gegeven de bedoeling van de wetgever (een snelle waarschuwing) neemt met het verstrijken van de tijd het belang van publicatie zeker niet af. Daarnaast neemt dit belang zeker niet af als de beslissing op bezwaar en het besluit tot publicatie daarvan beide rechtmatig zijn bevonden door de rechter in beroep. Dit gedachtegoed en deze bedoeling van de wetgever laten het oordeel niet toe dat de schorsing van het Publicatiebesluit met zich brengt dat de publicatieverplichting ex artikel

⁴⁴ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

⁴⁵ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 48.

⁴⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

1:97, eerste lid, Wft teniet is gedaan. Hiermee wordt immers de gewenste snelle waarschuwing van het publiek onmogelijk gemaakt.

3.5.3 Anders dan in voorgaande paragraaf is aangegeven, kan uit de onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter ook worden afgeleid dat de schorsing van het Publicatiebesluit een definitieve schorsing inhoudt en dat er daardoor sprake zou zijn van een definitief publicatieverbod. De voorzieningenrechter lijkt hierbij van belang te hebben geacht dat er in artikel 1:101 Wft wordt afgeweken van de in artikel 8:81 e.v. Awb geregelde voorlopigevoorzieningprocedure en dat het woord ‘publicatieverbod’ wordt gebezigd in eerstgenoemd artikel. De AFM kan zich niet vinden in dit betoog. De voorzieningenrechter miskent hiermee namelijk het voorlopige karakter van de voorlopige voorziening. De voorzieningenrechter lijkt een verdergaande bevoegdheid aan te nemen dan de voorzieningenrechter in werkelijkheid heeft.

In artikel 1:97, derde lid, Wft wordt uitdrukkelijk verwezen naar de in artikel 8:81 Awb neergelegde procedure inzake de voorlopige voorziening. In artikel 1:101 Wft, worden aan die procedure nadere voorschriften verbonden. Naar ook uit de toelichting op deze bepaling⁴⁷ blijkt, bevat deze bepaling uitsluitend voorschriften over het openbaarheidsregime voor de hoorzitting en de zitting bij de rechtbank. Deze voorschriften hebben dus geen betrekking op de situatie die ontstaat, nadat de rechtbank uitspraak heeft gedaan op een beroep tegen een besluit tot het opleggen van een boete en het openbaarmaken daarvan. Een andere afwijking van de procedure ex artikel 8:81 Awb e.v. blijkt noch uit andere artikelen in de Wft, noch uit de toelichting daarop. Verder blijkt noch uit artikel 1:101 Wft, noch uit enige andere rechtsregel dat het de voorzieningenrechter is toegestaan een voorziening te treffen die op een met artikel 8:85 Awb strijdig tijdstip vervalt, of zelfs, zoals in onderhavig geval, in het geheel niet zou vervallen. Het voorlopige karakter gaat daarmee immers in het geheel verloren.

Bovendien kan uit het in artikel 1:101 Wft gebezigde woord ‘publicatieverbod’ niet worden afgeleid dat daarmee een definitief publicatieverbod is bedoeld. De wetgever heeft een dergelijke lezing niet voor ogen gehad: een publicatieverbod is een verbod op publicatie, zolang de getroffen voorziening niet is vervallen. Verder reikt het ‘publicatieverbod’ niet. Het vindt zijn begrenzing in de bevoegdheden die de voorzieningenrechter op grond van artikel 8:81 e.v. Awb heeft. Het uitgangspunt van de publicatieverplichting op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft is immers dat een boetebesluit vroegtijdig (vóór een beslissing op bezwaar, uitspraak in beroep, etc.) wordt gepubliceerd. Dit blijkt alleen al uit het feit dat er ook een publicatieverplichting geldt voor de AFM als een boetebesluit onherroepelijk is geworden. Er is derhalve uitdrukkelijk voor gekozen om de toezichthouder te verplichten om boetes, opgelegd wegens specifiek bij wet vastgelegde “*ernstige inbreuk[en] op de financiële toezichtwetgeving*”⁴⁸, “*automatisch en in een vroeg stadium te publiceren*”⁴⁹. Overtreding van artikel 2:80, eerste lid, Wft is als een dergelijke ernstige inbreuk aangemerkt. Bij deze automatische publicatie is expliciet van belang geacht dat in het geval van bedoelde ernstige inbreuk het belang van de publicatie prevaleert boven dat van de betrokken financiële onderneming.⁵⁰

⁴⁷ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 52, pp. 1-2.

⁴⁸ Zie *Kamerstukken II*, 2005-06, 29 708, nr. 41, p. 65.

⁴⁹ Idem noot 48.

⁵⁰ Idem noot 48.

Het zou in strijd met dit systeem en gedachtegoed (automatisch en in vroeg stadium publiceren) zijn als het de AFM op grond van een voorlopige voorziening verboden wordt, aan haar plicht tot publicatie te voldoen, nadat zij in een voorkomend geval in het gelijk wordt gesteld door de rechter in beroep.

Tijdsverloop

3.5.4 Het tijdsverloop dat door NIB wordt geschetst (zie paragraaf 2.5), doet aan het hetgeen hiervoor met betrekking tot de publicatie is overwogen geen afbreuk. Het Boetebesluit is binnen de verjaringstermijn van drie jaar genomen. De AFM heeft de verplichting deze boete te publiceren op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft. NIB heeft, als belanghebbende, de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te verzoeken. Gegeven dit tijdsbestek, bestaat er dus in alle gevallen de mogelijkheid dat er pas na drie jaar (gerekend vanaf datum overtreding) en ongeveer anderhalve maand (de duur van procedure bij de voorzieningenrechter) een uitspraak beschikbaar is op grond waarvan de AFM niet weerhouden wordt te voldoen aan haar publicatieverplichting. Dit mogelijke tijdsverloop is inherent aan het systeem van de Wft. Daarnaast geldt dat het besluit tot het opleggen van de boete moet worden gepubliceerd als het onherroepelijk is geworden (artikel 1:98 Wft). Deze publicatie kan tot vijf jaar of later na het moment van overtreding plaatsvinden. Dit tijdsverloop is eveneens inherent aan het systeem van de Wft en daarnaast een direct gevolg van de rechtsbeschermingwaarborgen uit de Awb. Juist dit tijdsverloop heeft ertoe geleid dat de wetgever bij een ernstige inbreuk op financiële toezichtwetgeving de vroegtijdige publicatie verplicht heeft gesteld.

Gezien het voorgaande, brengt een wetsystematische uitleg met zich mee dat het tijdsverloop tussen moment van overtreding en moment van publicatie (op grond van artikel 1:97 of 1:98 Wft) niet relevant kan zijn bij de vraag of een dergelijke publicatie (van een binnen de vervaltermijn, rechtmatig, opgelegde boete) in strijd is of zou kunnen zijn met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Deze grond treft dan ook geen doel.

4. Publicatie op grond van artikel 1:98 Wft

Op grond van artikel 1:98 Wft heeft de AFM de plicht het besluit tot opleggen van de onderhavige boete openbaar te maken als de onderhavige beslissing op bezwaar onherroepelijk is geworden, tenzij die openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Van een dergelijke strijd is tot op de dag van bekendmaking van deze beslissing op bezwaar naar het oordeel van de AFM geen sprake, zodat vooralsnog niet van openbaarmaking op grond van artikel 1:98 Wft kan worden afgezien.

Datum 18 augustus 2010
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 23 van 23

5. Beslissing op bezwaar

Op grond van het vorenstaande handhaaft de AFM het Boetebesluit, met aanvulling van de motivering, zoals opgenomen in de onderhavige beslissing op bezwaar.

NIB dient het totale boetebedrag van € 24.000,-, onder vermelding van “*boete inzake N.I.B.Vastgoed B.V., dossier [REDACTED], factuurnummer [REDACTED]*”, over te maken naar bankrekeningnummer [REDACTED] bij [REDACTED] te Amsterdam, ten name van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (er wordt geen aparte factuur nagezonden).

6. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen het in deze brief vervatte besluit beroep instellen. Daartoe dient binnen zes weken na dagtekening van deze brief een beroepschrift te worden ingediend bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

Was getekend
Hoofd
Juridische Zaken

Was getekend
Bestuurslid