ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1747

Permanente link:
http://deeplink.rec

Instantie
Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak
02-07-2009
Datum publicatie
07-07-2009
Zaaknummer
AWB 09/ 1623 VBC-T2
Rechtsgebieden
Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken
Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie

Aanwijzing van AFM aan aanbieder van percelen grond anders dan om niet. De vraag of sprake is van het aanbieden van een beleggingsobject ingevolge artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft), in het bijzonder of beheren als bedoeld bij “aanbieden ”op het zelfde ziet als het beheren als bedoeld bij ‘beleggingsobject’, dient te worden beantwoord in een bodemprocedure. Is aanwijzing voor zover die strekt tot het overdragen van overeenkomsten in overeenstemming met artikel 1:75, derde lid, Wft? Gedeeltelijk schorsing van de aanwijzing net als in de uitspraak van 25 november 2008 (LJN: BG5385) en 23 december 2008 (LJN BG8486)

Wetsverwijzingen
Wet op het financieel toezicht
Wet op het financieel toezicht 1:75
Wet op het financieel toezicht 2:55
Vindplaatsen
Rechtspraak.nl
JOR 2009/232 met annotatie van mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol
JONDR 2009, 432
JE 2009, 432

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Voorzieningenrechter

Reg.nr.: AWB 09/1623 VBC-T2

Uitspraak naar aanleiding van het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht

in het geding tussen

[X], gevestigd te [Y], verzoekster,

gemachtigde mr. [], advocaat te ’s-Hertogenbosch,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster,

gemachtigde mr. [ ], advocaat te Amsterdam.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 22 april 2009 heeft verweerster aan verzoekster een aanwijzing als bedoeld in artikel 1:75, eerste lid, Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) gegeven die ertoe strekt dat verzoekster:

- gestopt blijft met het aanbieden van beleggingsobjecten (daaronder niet begrepen het beheren van reeds afgesloten overeenkomsten) voor een nominaal bedrag van minder dan € 50.000,-- per beleggingsobject, tot het moment waarop is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving;

- binnen vijftig werkdagen na dagtekening van de aanwijzing:

i) gestopt is en gestopt blijft met het (laten) beheren van reeds afgesloten overeenkomsten, voor zover deze overeenkomsten zien op beleggingsobjecten die zijn aangeboden voor een nominaal bedrag van minder dan € 50.000,-- per beleggingsobject, tot het moment waarop is voldaan aan de toepasselijke wet- en regelgeving;

ii) aan de AFM schriftelijke stukken verstrekt waaruit blijkt dat zij met dit beheer is gestopt.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft verzoekster bij brief van 15 mei 2009 bezwaar gemaakt. Voorts heeft verzoekster bij brief van 20 mei 2009 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende de schorsing van het tweede onderdeel, aanhef en onder i) en ii) van de aanwijzing (hierna: het tweede onderdeel).

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 18 juni 2009. Verzoekster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en mr. A.J. Peerboom. Voorts was aanwezig [A], directeur van verzoekster Verweerster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, die zich heeft laten vergezellen door [B], werkzaam bij juridische zaken van verweerster.

2 Overwegingen

Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover de daartoe uit te voeren toetsing meebrengt dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter een voorlopig karakter en is dat oordeel niet bindend voor de beslissing op bezwaar of eventueel in de hoofdzaak.

Artikel 1:1 Wft bevat definitiebepalingen van onder meer aanbieden en beleggingsobject.

Onder aanbieden wordt – voor zover hier van belang – verstaan:

het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument of verzekering is of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst.

Onder beleggingsobject wordt – voor zover hier van belang – verstaan:

een zaak, een recht op het al dan niet volledige rendement in geld of een gedeelte van de opbrengst van een zaak, niet zijnde een product als bedoeld in de onderdelen b tot en met h van de definitie van financieel product in dit artikel, welke anders dan om niet wordt verkregen, bij welke verkrijging aan de verkrijger een rendement in geld in het vooruitzicht wordt gesteld en waarbij het beheer van de zaak hoofdzakelijk wordt uitgevoerd door een ander dan de verkrijger.

Ingevolge artikel 2:55, eerste lid, Wft is het verboden in Nederland zonder een daartoe door de Autoriteit Financiële Markten verleende vergunning beleggingsobjecten aan te bieden.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, onderdeel a, onder 4°, en het tweede lid, van de mede krachtens artikel 2:59 Wft vastgestelde Vrijstellingsregeling Wft zijn van artikel 2:55, eerste lid, Wft vrijgesteld aanbieders van beleggingsobjecten voorzover die beleggingsobjecten worden aangeboden voor een nominaal bedrag per beleggingsobject van ten minste

€ 50.000,-- en voorzover de aanbieder bij een aanbod van beleggingsobjecten als bedoeld in het eerste lid, en in reclame-uitingen en documenten waarin een dergelijk aanbod in het vooruitzicht wordt gesteld, vermeldt dat hij voor het aanbieden niet vergunningsplichtig is ingevolgde de wet en niet onder toezicht staat van de AFM.

Ingevolge artikel 1:75, eerste lid, onderdeel a, Wft kan de toezichthouder een financiële onderneming die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald, door middel van het geven van een aanwijzing verplichten om binnen een door de toezichthouder gestelde redelijke termijn ten aanzien van in de aanwijzingsbeschikking aan te geven punten een bepaalde

gedragslijn te volgen. In het derde lid van dat artikel is bepaald dat aan een persoon gegeven aanwijzing niet strekt tot aantasting van overeenkomsten tussen die persoon en derden.

Bij brief van 6 november 2008 heeft verweerster verzoekster medegedeeld over informatie te beschikken op grond waarvan zij het vermoeden heeft dat verzoekster artikel 2:55 Wft overtreedt en heeft verzoekster verzocht om gegevens te verstrekken over haar activiteiten.

Bij brief van 10 november 2008 heeft verzoekster verweerster bericht medewerking te verlenen aan het onderzoek en haar werkzaamheden voorlopig aan te passen aan de Vrijstellingsregeling Wft en dienovereenkomstig de informatie op haar web-site aan te passen en geen percelen onder de € 50.000 meer aan te bieden.

Op de web-site van verzoekster is onder meer het volgende vermeld:

“Introductie

[X]

[X] bemiddelt in aan- en verkoop van gebieden die verkaveld zijn in percelen van minimaal 1000 m2. Deze percelen zijn gelegen in heel Nederland en hebben grote variatie in samenstelling en prijs. Daardoor kunt u al met een relatief laag budget instappen, maar zijn er ook mogelijkheden voor grote beleggingen.

(…).

Wie zijn wij?

[X] is een partij die zich heeft gespecialiseerd in de ontwikkeling van Nederland, op het gebied van aan en verkopen van kavels waarvan de kans bestaat dat er een bestemmingswijziging kan worden doorgevoerd. Met de bij behorende waardevermeerdering.

(…)

We willen dan ook graag onze vakkennis beschikbaar stellen, om voor nieuwe en bestaande cliënten het mogelijk te maken om deze interessante manier van investeren aan hun spaar- of beleggingsportefeuille toe te kunnen voegen.

(…).

Grondbeginsel

Ontwikkeling van grond

Grondbelegging anticipeert op de mogelijke waardevermeerdering van grondgebieden door bestemmingswijziging. Landbouwgrond kan bouwgrond worden, bos kan zich ontwikkelen tot

recreatiegebied, de mogelijkheden zijn legio. Nederland zit nog vol van gebieden die in de toekomst een andere bestemming zullen krijgen. Met bijbehorende waardevermeerdering.

Anticipeer, investeer en profiteer.

Grond is nu nog betaalbaar. En, hoewel de grondprijs in de afgelopen decennia sterk in waarde is gegroeid, blijft de vraag enorm. De bouwnota's van Ruimtelijke Ordening staan telkens bol van nieuwe projecten en plannen. Investeren is daarom nu aantrekkelijk. [X] biedt de mogelijkheid om te investeren in verschillende kavels. Zo vergroot u de kans dat op één van de kavels een bestemmingswijziging wordt doorgevoerd.

Een rekenvoorbeeld

Stel: u koopt 10 percelen van 1000 m2 grond van € 4,50 per m2. Uw investering bedraagt dus € 45.000,--. Op een van de percelen wordt een bestemmingswijziging doorgevoerd naar bouwgrond. Een hele gangbare prijs voor bouwgrond is € 95,-- per m2. Alleen al door de waardevermeerdering van dat ene perceel is uw rendement meer dan 100%.

(…).

DE INVESTERING

(…). Wij zoeken altijd een pachter die de hoogste prijs wil betalen, maar dat blijft een relatief laag bedrag. Het voordeel hiervan is wel dat uw grond kostenneutraal bezit wordt en dat scheelt aanzienlijke belastingen. Pachtovereenkomsten worden voor maximaal twee jaar getekend. Immers, u wilt niet met een pachter opgescheept zitten als u een goede prijs voor uw grond kunt krijgen.

(…).

VERKOOP VAN UW INVESTERING

Wat gebeurt er financieel/juridisch als mijn grond verkocht gaat worden

(…).

Verder begeleidt [Z] u door het gehele financiële en juridische traject

(…).

BESTEMMINGSWIJZIGING

(…).

Hoe groot is de kans dat er inderdaad een bestemmingsplanwijziging zal plaatsvinden?

(…). Wel weten we uit jarenlange ervaring dat de risico/opbrengst verhouding in geen enkele investering zo hoog is als bij grondinvestering."

Tussen de stukken bevinden zich onder meer modelkoopovereenkomsten van verschillende projecten van verzoekster en een model pachtovereenkomst. Voorts bevinden zich in het dossier ondertekende pachtovereenkomsten terzake van het project 'Los Zand', waarbij verzoekster als verpachter is aangemerkt.

Bij e-mailbericht van 13 februari 2009 heeft verzoekster verweerster bericht dat in de tenaamstelling van de pachtovereenkomsten abusievelijk verzoekster is aangemerkt als verpachter, terwijl dit moet zijn de verschillende eigenaren die via verzoekster Agri Vastgoed hiertoe opdracht hebben verstrekt.

In de koopovereenkomsten is een kettingbeding opgenomen. Daarin is onder meer vastgelegd dat de koper zich verplicht, 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 een percentage van de meerwaarde in geval van een bestemmingsplanwijziging In de koopovereenkomsten is een aanbiedingsplicht overeengekomen, waarbij de koper na een bestemmingswijziging gehouden is de grond te koop aan te bieden aan een door verzoekster aan te wijzen bouwbedrijf of projectontwikkelaar.

Voorts is bij de koopovereenkomsten bijgevoegd een Volmacht tot het aangaan van een pachtovereenkomst waarbij de koper van het perceel verzoekster volmachtigt zijn perceel in gebruik te geven aan een agrariër die door verzoekster is geselecteerd en dat verzoekster in naam van de koper met de betreffende agrariër een kortdurende pachtovereenkomst als bedoeld in artikel 7:395 BW aangaat.

3. Beoordeling

Verzoeksters verzoek om voorlopige voorziening ziet op het tweede onderdeel van de aanwijzing. Gelet op de strekking van het tweede onderdeel van de aanwijzing is de voorzieningenrechter van oordeel dat verzoekster spoedeisend belang heeft bij haar verzoek.

Verzoekster stelt zich op het standpunt dat zij artikel 2:55 Wft niet overtreedt dan wel heeft overtreden. De door haar aangeboden percelen grond kunnen niet gekwalificeerd worden als beleggingsobject. Ook is geen sprake van een doorlopende overtreding aangezien zij niet in de zin van de definitie van "aanbieden" beheert. Bovendien is verzoekster van mening dat de aanwijzing van verweerster in strijd is met artikel 1:75, derde lid, Wft. Inhoudende dat een aanwijzing niet mag strekken tot aantasting van overeenkomsten tussen degene aan wie de aanwijzing is gegeven en diens wederpartijen.

Terzake van de vraag of in het onderhavige geval sprake is van het aanbieden van een beleggingsobject ingevolge artikel 1:1 van de Wft overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Zoals ter zitting is besproken zijn de uitspraken van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 25 november 2008 en 23 december 2008, bekend onder LJN BG5385 en LJN BG8468 hierbij van belang.

Vooralsnog gaat de voorzieningenrechter er van uit dat sprake is van een beleggingsobject.

Het beheer van de zaak wordt hoofdzakelijke uitgevoerd door een ander dan de belegger, namelijk door de pachter terwijl normaal gesproken voor het beheer beheerskosten in rekening worden gebracht bij de belegger waarbij de opbrengsten (op een later moment) ten goede komen aan de belegger. De vraag of deze vorm van beheer, waarbij de belegger de pachtsom ontvangt en de (landbouw-)opbrengst niet ten goede komt aan de belegger maar aan de pachter, ook valt onder het beheer als bedoeld in het beheer bij "beleggingsobject" beantwoordt de voorzieningenrechter vooralsnog bevestigend.

Echter, anders dan in de hiervoor genoemde eerdere uitspraken betwijfelt de voorzieningenrechter of het beheren als bedoeld bij "aanbieden" op het zelfde ziet als het beheren als bedoeld bij "beleggingsobject". Dat, zoals is overwogen in LJN BG8468, onder het beheren (van de overeenkomst) bij "aanbieden" ook de situatie moet worden begrepen waarbij het aanbod met zich meebrengt dat de aanbieder er zorg voor draagt dat het perceel wordt onderhouden, kan de voorzieningenrechter niet volgen. Met verweerster ziet de voorzieningenrechter het beheren van de overeenkomst veeleer in de sfeer van het blijven informeren en begeleiden van beleggers tijdens bijvoorbeeld bestemmingsplanprocedures. De overeenkomsten zijn niet voltooid met de levering van het beleggingsobject. Door dit beheren is sprake van een doorlopende overtreding van artikel 2:55 Wft.

Onder verwijzing van de reeds hiervoor vermelde uitspraken ziet de voorzieningenrechter niettemin aanleiding om het tweede onderdeel van het bestreden besluit te schorsen. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande dat verweerster met het tweede onderdeel van de aanwijzing verzoekster verplicht het beheer van de reeds afgesloten overeenkomsten te staken. De aanwijzing heeft aldus rechtstreeks tot gevolg dat verzoekster de overeenkomsten moet openbreken. Dit lijkt op zijn minst genomen op gespannen voet te staan met artikel 1:75, derde lid, van de Wft.

Verzoekster kan de overeenkomsten, zoals door verweerster betoogd, weliswaar overdragen aan een vergunninghouder, maar betwijfelt, althans onvoldoende is door verweerster onderbouwd, of dit binnen de begunstigingstermijn van 50 werkdagen kan worden gerealiseerd. De stelling van verweerster dat verzoekster naar eigen inzicht vorm kan geven aan de aanwijzing treft geen doel, nu gelet op het verhandelde ter zitting onvoldoende duidelijk is hoe verzoekster dan dient te handelen, anders dan door een inbreuk te maken op bestaande overeenkomsten of het overdragen van de overeenkomsten aan een vergunninghouder. Dat verzoekster zou kunnen verzoeken om een ontheffing van de vergunningplicht, zoals door verweerster ter zitting naar voren is gebracht, maakt dit niet anders.

Voorshands is de voorzieningenrechter niet gebleken dat verweerster na afweging van de betrokken belangen in het onderhavige geval in redelijkheid tot het tweede onderdeel van de aanwijzing heeft kunnen komen. Het belang van verzoekster dient hier te prevaleren boven het

belang van verweerster om effectief in te grijpen op een (gereguleerde) markt ter waarborging van zuivere verhouding tussen marktpartijen.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding om het tweede onderdeel van de aanwijzing te schorsen. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding de schorsing op een eerder tijdstip te laten vervallen dan is voorzien bij het tweede lid van artikel 8:85 van de Awb.

De voorzieningenrechter ziet verder aanleiding met toepassing van artikel 8:82, vierde lid, van de Awb te bepalen dat het door verzoekster betaalde griffierecht van € 288,-- door verweerster wordt vergoed.

De voorzieningenrechter ziet ten slotte aanleiding verweerster te veroordelen in de kosten die verzoekster in verband met de behandeling van het verzoek tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De voorzieningenrechter bepaalt de proceskosten op € 644,-- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

4 Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe, in die zin dat het tweede onderdeel van de aanwijzing wordt geschorst.

bepaalt dat verweerster aan verzoekster het betaalde griffierecht van € 297,-- vergoedt,

veroordeelt verweerster tot vergoeding van de proceskosten tot een bedrag van € 644,--.

Aldus gedaan door mr. [ ], voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van mr. [ ], griffier.

De griffier: De voorzieningenrechter:

Uitgesproken in het openbaar op 2 juli 2009.

Afschrift verzonden op: