

ECLI:NL:RBROT:2017:3062

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	24-04-2017
Datum publicatie	24-04-2017
Zaaknummer	16/4771 en 16/4772
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	

BC. Boete wegens niet onverwijld openbaar maken van koersgevoelige informatie en het doen van mededelingen waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat. Beroep op gelijkheidsbeginsel bij beboeting feitelijk leidinggevende slaagt.

Of Imtech op 20 juli 2012 beschikte over koersgevoelige informatie die zij ten onrechte niet openbaar heeft gemaakt, vergt een geobjectiveerde beoordeling van de situatie op die datum. De verwachting van Imtech op 20 juli 2012 omtrent het kunnen doorgaan van het AWW-project is daarbij relevant. Geen rechtsregel verplichtte Imtech ertoe informatie over de financiële positie van haar contractspartij onverwijld openbaar te maken indien zij geen gerede twijfel had of moest hebben aan het beschikbaar komen van de financiering van de contractspartij. De AFM heeft niet buiten redelijke twijfel aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 had moeten veronderstellen dat het AWW-project vanwege de financiële problemen bij haar contractspartij niet door zou gaan. Geen concrete informatie op grond van artikel 5:53, eerste lid, van de Wft. Ook heeft Imtech op 20 juli 2012 geen informatie verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging. Geen overtreding 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft. Beroep gegrond.

CEO Imtech heeft evenzeer als CFO Imtech leiding gegeven aan het deponeren van de halfjaarcijfers en uitbrengen van persberichten van Imtech op 31 juli 2012, 30 oktober 2012 en 21 november 2012. CEO was in gelijke mate verantwoordelijk. Omdat alleen aan de CFO een boete is opgelegd, is de boete in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank laat daarbij in het midden of er Imtech met het deponeren van de halfjaarcijfers en de persberichten een overtreding heeft begaan.

De rechtbank herroept de boetebesluiten.

Vindplaatsen	Rechtspraak.nl
--------------	----------------

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummers: ROT 16/4771 en ROT 16/4772

uitspraak van de meervoudige kamer van 24 april 2017 in de zaken tussen

B.R.I.M. Gerner, te [woonplaats], eiser (Gerner),

gemachtigde: mr. S.M.C. Nuyten,

en

Stichting Autoriteit Financiële Markten, verweerster (AFM),

gemachtigden: mr. A.J. Boorsma, mr. M.L. Batting en mr. M.B.C. Kloppenburg.

Procesverloop

Bij besluit van 2 december 2015 (primair besluit 1) heeft de AFM aan Gerner een boete opgelegd van € 600.000,- wegens feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door Royal Imtech N.V. (Imtech). Tevens heeft de AFM besloten primair besluit 1 openbaar te maken door publicatie daarvan.

Bij besluit van 7 juni 2016 (bestreden besluit 1) heeft de AFM het bezwaar van Gerner tegen primair besluit 1 ongegrond verklaard.

Gerner heeft tegen bestreden besluit 1 beroep ingesteld (ROT 16/4771).

Bij besluit van 2 december 2015 (primair besluit 2) heeft de AFM aan Gerner een boete opgelegd van € 750.000,- wegens feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft door Imtech. Tevens heeft de AFM besloten primair besluit 2 openbaar te maken door publicatie ervan.

Bij besluit van 7 juni 2016 (bestreden besluit 2) heeft de AFM het bezwaar van Gerner tegen primair besluit 2 ongegrond verklaard.

Gerner heeft tegen bestreden besluit 2 beroep ingesteld (ROT 16/4772).

De AFM heeft een verweerschrift ingediend.

Op 13 januari 2017 heeft een regiezitting plaatsgevonden in beide zaken. Gerner is verschenen, bijgestaan

door zijn gemachtigde. De AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden Boorsma en Batting.

Bij beslissing van 19 januari 2017 heeft de rechtbank de AFM onder meer verzocht Gerner inzage te verlenen in zijn geschoonde mailbox, de mailboxen van R.J.A. van der Bruggen (Van der Bruggen), [naam 1] ([naam 1]) en [naam 2] ([naam 2]) te doorzoeken op de termen 'garantie' en 'bankgarantie' in relatie tot Adventure World Warsaw (AWW) en deze bestanden aan Gerner ter inzage aan te bieden of met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan de rechtbank over te leggen.

Bij brief van 3 februari 2017 heeft de AFM de gevraagde informatie overgelegd.

Partijen hebben nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft in beide zaken plaatsgevonden op 21 maart 2017. Gerner is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. De AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden.

Overwegingen

Feitenoverzicht

- 1.1 Imtech heeft tot aan haar faillissement op 13 augustus 2015 haar bedrijf gemaakt van het verlenen van technische diensten. Imtech had vestigingen in meerdere Europese landen. De aandelen Imtech waren toegelaten tot de handel op Euronext Amsterdam. De Raad van Bestuur van Imtech bestond in 2012 uit Van der Bruggen als Chief Executive Officer (CEO; bestuursvoorzitter) en Gerner als Chief Financial Officer (CFO; financieel directeur).
- 1.2 Onderdeel van het Imtech-concern waren onder meer Imtech Polska sp.zo.o. (Imtech Polen) en Imtech Deutschland GmbH & Co. KG (Imtech Duitsland). Imtech Polen viel onder de bestuurlijke verantwoordelijkheid van Imtech Duitsland. CEO van Imtech Duitsland was in 2012 [naam 3] ([naam 3]).
- 1.3 Op 20 juli 2011, 26 november 2011 en 13 maart 2012 sluit Imtech Polen overeenkomsten voor het verrichten van diverse werkzaamheden ten behoeve van de realisatie van AWW, een avonturenpark in Polen. De overeenkomsten vertegenwoordigden oorspronkelijk een waarde van respectievelijk € 30 miljoen, € 30 miljoen en € 77 miljoen.

Op 28 maart 2012 sluiten Imtech Polen en Las Palm sp.zo.o. (Las Palm) een contract (het contract), dat inhoudt dat Imtech Polen zal optreden als hoofdaannemer voor de realisatie van AWW (het AWW-project). De oorspronkelijke waarde van dit contract was € 620 miljoen. De Raad van Bestuur van Imtech keurt het contract op 10 april 2012 goed.

Het contract bepaalt dat Imtech een vergoeding ontvangt op basis van de gemaakte kosten plus een marge (cost plus). De betaling zal Las Palm verrichten door vijf vooruitbetalingen. Over de eerste vooruitbetaling is in het contract het volgende opgenomen (waarbij met 'GC' Imtech Polen en met 'Client' Las Palm wordt bedoeld):

" 5.9.1. The first advance payment toward GC's remuneration will be equal to 25% of the costs of the whole Construction Works increased by the value of GC's margin. (...) The first advance payment will be paid to GC on a condition that GC provides the Client with the Advance Payment Guarantee (as defined below) in line with the provisions hereof.

(...)

5.11. The first advance payment towards GC's remuneration will be paid on the 28 June 2012, provided that the Client first receives the Advance Payment Guarantee as they are defined in article 6 below.

(...)

6.1. Latest on the 20th of May 2012, GC will provide to the Contractor an irrevocable, payable at first demand, transferable, bank guarantee of return of the remuneration advance payments under this Contract 5 ("Advance Payment Guarantee"), in the value of 25% of the estimated costs of the Construction Works increased by the value of GC's margin which is to be calculated in line with section 5.9.1. above. The draft of the Advance Payment Guarantee is attached hereto as Attachment No. 5. (...)."

Oprachtgever van alle deelprojecten in verband met de realisatie van AWW is [naam 4] ([naam 4]), die handelt door middel van diverse buitenlandse vennootschappen.

1.4 Op 9 mei 2012 komen partijen overeen dat de termijn voor de vooruitbetaling wordt vervroegd naar 21 juni 2012. Imtech besluit eind mei 2012 geen persbericht te publiceren voordat de eerste vooruitbetaling is ontvangen.

1.5 Vanaf eind mei 2012 voert Imtech Duitsland overleg met twee van haar vaste banken over de inhoud van de op grond van artikel 5.9.1 van het contract te verstrekken bankgarantie.

1.6 Rond 18 juni 2012 is een conceptpersbericht opgesteld over het afsluiten van het contract door Imtech. Op 22 juni 2012 besluiten Van der Bruggen en [naam 3] het persbericht nog niet te publiceren omdat de vooruitbetaling door Las Palm nog niet is voldaan.

1.7 Op 29 juni 2012 komen Imtech en Las Palm overeen dat de eerste vooruitbetaling van € 147,6 miljoen zal plaatsvinden door middel van een wissel naar Pools recht, aangeduid als 'promissory note' of 'wksel wlasny'. Deze zal uiterlijk op 19 juli 2012 worden voldaan.

1.8 Op 7 juli 2012 spreekt [naam 4] met Van der Bruggen over het AWW-project. Zolang niet al het voor AWW benodigde land is verkregen, wil de Saudische financier van AWW niet betalen. Dit kan gevolgen hebben voor de vooruitbetaling door Las Palm aan Imtech Polen. Van der Bruggen verwijst [naam 4] naar [naam 3].

1.9 Op 18 juli 2012 bevestigt [naam 3] namens Imtech Duitsland aan Las Palm de gewijzigde afspraken over de eerste vooruitbetaling. Deze zal plaatsvinden in drie delen. De eerste termijn van € 50 miljoen vervalt op 31 juli 2012, de tweede termijn van € 50 miljoen vervalt op 3 augustus 2012 en de derde termijn van € 47,6 miljoen vervalt op 14 augustus 2012. In verband daarmee zal de 'promissory note' worden vernieuwd en wordt de betalingstermijn van de eerste vooruitbetaling verlengd tot 15 augustus 2012.

1.10 Op 20 juli 2012 organiseert Las Palm een persconferentie over het avonturenpark. Las Palm vermeldt daarbij dat Imtech zal optreden als hoofdaannemer van het AWW-project.

1.11 Op 20 juli 2012 om 12.31 uur publiceert Imtech een persbericht, waarin onder andere wordt vermeld:

" Imtech: order 620 miljoen euro voor Adventure Park in Warschau in Polen

 Grootste Imtech-order ooit

Gouda – Imtech (...) maakt bekend dat het recent een contract heeft getekend met LasPalms, vertegenwoordigd door Peter Jan [naam 4] (CEO van Adventure World Warsaw) en Henk Roodenburg (directeur van Huisman Heavy Construction Equipment) voor de verdere realisatie van het Avonturenpark Adventure World Warsaw in Polen. Het gaat om het complete projectmanagement, alle technische oplossingen en civiele constructie, inclusief het management van betrokken onderaannemers. Dit contract vertegenwoordigt een waarde van 620 miljoen euro. Imtech was in een eerste fase van het park al betrokken bij de aanleg van de technische infrastructuur en bij diverse duurzaamheidsprojecten met een opdrachtsom van 60 miljoen euro. De totale order komt daarmee uit

op 680 miljoen euro, de grootste Imtech opdracht ooit.

René van der Bruggen, CEO Imtech: "Dit projectplan is 'geboren' in Nederland. Peter Jan [naam 4] van Adventure World Warsaw, Henk Roodenburg van Huisman Heavy Construction Equipment en diverse Imtech-divisies (Imtech Nederland, Imtech Deutschland en Imtech Polska) hebben gemeenschappelijk een compleet uitgewerkt project(management)- en financieringsplan tot stand gebracht voor het eerste grootschalige Avonturenpark in Centraal Europa (...). Het project vormt een belangrijke referentie voor Imtech, zowel in het managen van grote projecten als in de specifieke markt van avonturenparken."

- 1.12 Op 31 juli 2012 publiceert Imtech een persbericht over haar financiële prestaties in de eerste helft van 2012 (halfjaarcijfers).
- 1.13 Op 1 augustus 2012 deponeert Imtech haar halfjaarcijfers bij het loket van de AFM. De AFM bericht Imtech op 1 augustus 2012 dat de cijfers niet zijn voorzien van een verklaring omtrent de getrouwheid, zodat de stukken niet geaccepteerd kunnen worden. Op 7 augustus 2012 deponeert Imtech de halfjaarcijfers opnieuw bij de AFM met daarbij een 'Board of Management Declaration' van 3 augustus 2012, ondertekend door Van der Bruggen en Gerner.
- 1.14 Op 30 oktober 2012 publiceert Imtech een persbericht met een 'Trading Update' over het derde kwartaal van 2012, waarin zij onder meer bericht over het ontslag van 900 werknemers en over haar financiële positie.
- 1.15 Op 20 november 2012 publiceert ABN AMRO een analistenrapport over Imtech. ABN AMRO wijzigt het advies ten aanzien van aandelen Imtech van 'kopen' naar 'verkopen'. In reactie op dit rapport publiceert Imtech op 21 november 2012 een herbevestiging van de 'Trading Update' van 30 oktober 2012.
- 1.16 Op 4 februari 2013 publiceert Imtech een persbericht, waarin zij onder meer openbaar maakt dat een forse afwaardering op Poolse projecten wordt verwacht, dat de Raad van Bestuur een forensisch onderzoek instelt naar mogelijke onregelmatigheden bij Imtech Polen, dat het lokale management in Polen op non-actief is gesteld, dat de liquide middelen in de halfjaarcijfers over 2012 anders gerubriceerd moeten worden, dat afwaardering zal leiden tot het niet voldoen aan convenanten met kredietverstrekkers, dat naar verwachting geen dividend zal worden uitgekeerd over 2012 en dat de aandeelhoudersvergadering van 3 april 2013 wordt uitgesteld.
- 1.17 Gerner treedt op 11 februari 2013 af als bestuurder van Imtech, Van der Bruggen op 3 april 2013.
- 1.18 Op 22 maart 2013, 2 juli 2013, 12 september 2013, 18 maart 2014 en 11 juli 2014 verzendt de AFM informatieverzoeken aan Imtech in verband met het persbericht van 4 februari 2013. Het informatieverzoek van 12 september 2013 behelst onder meer het verzoek aan Imtech de mailboxen van Van der Bruggen, Gerner, [naam 1] en [naam 2] ter beschikking te stellen, waaraan Imtech heeft voldaan.
- 1.19 Imtech publiceert op 18 juni 2013 een 'Report to Shareholders', waarin zij verslag doet van haar onderzoek naar de onregelmatigheden bij Imtech Polen en beschrijft welke maatregelen zij heeft getroffen.
- 1.20 Op 23 september 2014 verzendt de AFM een conceptonderzoeksrapport naar Gerner en verzoekt hem om een reactie.
- 1.21 Op 24 april 2015 verzendt de AFM het voornemen tot boeteoplegging samen met het definitieve onderzoeksrapport naar Gerner.

De bestreden besluiten

- 2.1 Aan bestreden besluit 1 heeft de AFM ten grondslag gelegd dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft heeft overtreden omdat zij koersgevoelige informatie niet onverwijld openbaar

heeft gemaakt. Imtech had geen rechtmatig belang bij het uitstellen van deze openbaarmaking. Gerner heeft feitelijk leidinggegeven aan deze overtreding.

- 2.2 Aan bestreden besluit 2 heeft de AFM ten grondslag gelegd dat Imtech op 20 juli 2012, 31 juli 2012, 7 augustus 2012, 30 oktober 2012 en 21 november 2012 artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft heeft overtreden, omdat zij op deze data informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. Gerner heeft feitelijk leidinggegeven aan deze overtredingen.

Het beroep tegen bestreden besluit 1

3. Gerner betwist dat Imtech met de publicatie van het persbericht op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft heeft overtreden. Hij betoogt dat Imtech op 20 juli 2012 de beschikbare koersgevoelige informatie heeft gepubliceerd. Publicatie van de door de AFM als koersgevoelige informatie aangemerkte 'negatieve feiten' zou hebben geleid tot een onjuist en misleidend persbericht op 20 juli 2012.

- 3.1 De AFM meent dat de volgende omstandigheden, in samenhang bezien, koersgevoelige informatie opleveren die Imtech op 20 juli 2012 ten onrechte niet onverwijld heeft gepubliceerd:
- a. a) het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 21 juni 2012 doordat "AWW did not succeed in securing the financing it needed to make the advance payment required from it, although it did suggest that it was close to finalising a financing arrangement with a specified bank";
 - b) het als gevolg daarvan op 29 juni 2012 opstellen van een 'promissory note', op basis waarvan "AWW was required to pay the amount of € 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012";
 - c) de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen, waardoor "the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured" was geblokkeerd;
 - d) de afspraak tussen Imtech Duitsland en AWW dat de betaling van € 147,6 miljoen zal plaatsvinden in drie tranches; en
 - e) het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012.

De AFM heeft deze omstandigheden aangeduid als 'negatieve feiten'. De door de AFM aangehaalde Engelse passages zijn afkomstig uit het 'Report to Shareholders'. De AFM meent dat Imtech deze 'negatieve feiten' uiterlijk bij het persbericht van 20 juli 2012 had moeten publiceren, omdat daaruit blijkt dat er een risico was dat het AWW-project niet door zou gaan. Imtech heeft in het persbericht volgens de AFM ten onrechte alleen de positieve informatie over de stand van zaken met betrekking tot het project vermeld.

Of Imtech op 20 juli 2012 mocht verwachten dat het AWW-project door zou gaan, acht de AFM niet relevant. Volgens haar had Imtech 'de negatieve feiten' op 20 juli 2012 openbaar moeten maken, zodat (potentiële) beleggers zich zelfstandig een oordeel hadden kunnen vormen over het risico dat het project geen doorgang zou vinden.

- 3.2 Op grond van artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft, zoals dit artikel luidde ten tijde van de gestelde overtreding, stelt een uitgevende instelling informatie als bedoeld in de definitie van voorwetenschap in artikel 5:53, eerste lid, die rechtstreeks op haar betrekking heeft, onverwijld algemeen verkrijgbaar.

Op grond van artikel 5:53, eerste lid, van de Wft, zoals dit artikel luidde ten tijde van de gestelde overtreding, wordt – voor zover hier van belang – onder voorwetenschap verstaan: bekendheid met informatie die concreet is en die rechtstreeks of middellijk betrekking heeft op een uitgevende instelling als bedoeld in het vierde lid, onderdeel a, waarop de financiële instrumenten betrekking hebben of omtrent de handel in deze financiële instrumenten, welke informatie niet openbaar is gemaakt en waarvan openbaarmaking significante invloed zou kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Op grond van artikel 1, eerste lid, van Richtlijn 2003/124/EG van de Commissie van 22 december 2003 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6 (Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik) wordt informatie geacht

concreet te zijn indien zij betrekking heeft op een situatie die bestaat of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal ontstaan, dan wel op een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal plaatsvinden, en indien de informatie specifiek genoeg is om er een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van bovenbedoelde situatie of gebeurtenis op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Artikel 5:53, eerste lid, van de Wft is gebaseerd op artikel 1 van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad (Richtlijn marktmisbruik) en artikel 1 van de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik. Op 3 juli 2016 is Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) van toepassing geworden en zijn de Richtlijn marktmisbruik en de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik ingetrokken. Onder meer de artikelen 5:25i en 5:53 van de Wft zijn als gevolg daarvan ingetrokken. Met de inwerkingtreding van de Verordening marktmisbruik is geen materiële wijziging van de volgens de AFM overtreden norm beoogd, zodat de rechtbank uitgaat van de tekst van de hier relevante bepalingen in de Wft zoals deze luidde op 20 juli 2012.

- 3.3 Het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) heeft in zijn arrest van 28 juni 2012 in de zaak *Gelt/Daimler AG* (C-19/11, ECLI:EU:C:2012:397) geoordeeld dat de definitie van voorwetenschap (of koersgevoelige informatie) van artikel 1, punt 1, eerste alinea, van de Richtlijn marktmisbruik vier essentiële bestanddelen bevat. In de eerste plaats betreft het informatie die concreet is. In de tweede plaats is deze informatie niet openbaar gemaakt. In de derde plaats heeft zij rechtstreeks of middellijk betrekking op een of meer financiële instrumenten of de emittenten daarvan. In de vierde plaats zou zij, indien zij openbaar werd gemaakt, aanzienlijke invloed kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. Het eerste en het vierde bestanddeel zijn nader omschreven in lid 1, respectievelijk lid 2 van artikel 1 van de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik.

Informatie wordt geacht concreet te zijn indien is voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, genoemd in artikel 1, eerste lid, van de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik. In de eerste plaats moet de informatie betrekking hebben op een situatie die bestaat of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal ontstaan, of op een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal plaatsvinden. In de tweede plaats moet zij specifiek genoeg zijn om er een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van deze situatie of gebeurtenis op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

In het geval van een in de tijd gespreid proces dat erop gericht is een bepaalde gebeurtenis te doen plaatsvinden, kan niet alleen deze situatie of gebeurtenis, maar kunnen ook tussenstappen van dit proces die verband houden met de verwezenlijking van deze situatie of gebeurtenis concrete informatie als bedoeld in artikel 1, punt 1, van de Richtlijn marktmisbruik en artikel 1, eerste lid, van de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik zijn.

Over de mate van waarschijnlijkheid die is vereist om aan te nemen dat een situatie zal ontstaan of een toekomstige gebeurtenis zal plaatsvinden heeft het Hof in dit arrest overwogen dat per geval de reeds beschikbare gegevens in hun geheel moeten worden beschouwd. Niet hoeft te worden aangetoond dat de mate van waarschijnlijkheid van de bedoelde situatie of gebeurtenis groot is. Informatie over situaties en gebeurtenissen waarvan onwaarschijnlijk is dat deze zullen plaatsvinden, kan niet als concreet worden beschouwd. Uit de formulering "waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen" volgt dat artikel 1, lid 1, van de Uitvoeringsrichtlijn marktmisbruik betrekking heeft op toekomstige situaties en gebeurtenissen waarvan het op basis van een globale beoordeling van de reeds beschikbare gegevens reëel is te veronderstellen dat zij zullen ontstaan of plaatsvinden.

- 3.4 Bij de beoordeling of de AFM de 'negatieve feiten' terecht heeft aangemerkt als koersgevoelige informatie die Imtech op 20 juli 2012 had moeten publiceren, is niet van belang dat later is gebleken dat Las Palm de op 18 juli 2012 overeengekomen afspraken over de vooruitbetaling niet is nagekomen en evenmin dat sprake was van fraude door bestuurders van Imtech Polen en Imtech Duitsland. Hetzelfde geldt voor de onderzoeksbevindingen die zijn neergelegd het 'Report to Shareholders' voor zover daarin op basis van later bekend geworden informatie een oordeel wordt gegeven over het handelen van de Raad van Bestuur van Imtech op 20 juli 2012.

Of Imtech op 20 juli 2012 beschikte over koersgevoelige informatie die zij ten onrechte niet openbaar heeft gemaakt, vergt een geobjectiveerde beoordeling van de situatie op die datum.

3.5 Op 20 juli 2012 had Las Palm in de ochtend tijdens een persconferentie mededelingen gedaan over de rol van Imtech als hoofdaannemer bij het AWW-project. Niet in geschil is dat deze mededelingen koersgevoelige informatie over Imtech bevatten die haar ertoe noopten onverwijld informatie over haar rol bij het AWW-project openbaar te maken.

3.5.1 Gerner voert aan dat Imtech er op 20 juli 2012 van uitging en mocht uitgaan dat Las Palm de financiering van het AWW-project rond had, met dien verstande dat de Saudische financier pas wilde betalen nadat al het benodigde land definitief was verworven. Op 20 juli 2012 was overeenstemming bereikt over de laatste grondaankoop en had de eigenaar van die grond ook een eerste notariële akte ondertekend, maar was de grondaankoop nog niet volledig afgewikkeld. De AFM betwist niet dat dit op 20 juli 2012 de feitelijke situatie was.

Het standpunt van de AFM dat niet relevant is of Imtech op 20 juli 2012 mocht verwachten dat het project doorgang zou vinden, volgt de rechtbank niet. Uit het onder 3.3 vermelde arrest van het Hof volgt dat informatie over een gebeurtenis waarvan niet waarschijnlijk is dat deze zich zal voordoen niet concreet is (in de zin van artikel 5:53, eerste lid, van de Wft). In dit licht bezien is naar het oordeel van de rechtbank relevant of de verwachting van Imtech op 20 juli 2012 redelijk was. Geen rechtsregel verplicht(te) Imtech ertoe informatie over de financiering van het AWW-project door Las Palm – met andere woorden, informatie over de financiële positie van haar contractpartij, niet die van Imtech zelf – onverwijld openbaar te maken indien zij geen gereede twijfel had of moest hebben aan het beschikbaar komen van deze financiering.

3.5.2 Dat Imtech op 20 juli 2012 gereede twijfel had of moest hebben aan de financiering van het AWW-project die noopte tot aanpassing van het persbericht van die datum heeft de AFM naar het oordeel van de rechtbank niet buiten redelijke twijfel aangetoond.

Imtech heeft eerder overeenkomsten gesloten met Las Palm. De AFM heeft niet betwist dat Las Palm aanzienlijke vooruitbetalingen in verband met deze eerdere deelcontracten voor het AWW-project heeft voldaan.

Dat Imtech aanvankelijk had besloten te wachten met het uitbrengen van een persbericht totdat de eerste vooruitbetaling van Las Palm was ontvangen, impliceert niet dat Imtech op 20 juli 2012 vreesde of moest vrezen dat deze betaling zou uitblijven.

De periode tussen 21 juni 2012 (de eerder overeengekomen betaaldatum) en 20 juli 2012 is één maand. Deze periode is naar het oordeel van de rechtbank niet dermate lang dat Imtech alleen al daarom gereede twijfel moest hebben aan de financiering van het project door Las Palm.

Gerner wijst er in dit verband terecht op dat de banken van Imtech niet zonder meer akkoord gingen met de in het contract overeengekomen tekst van de door Imtech te stellen bankgarantie. Uit de stukken volgt dat eind juni 2012 en in elk geval na 21 juni 2012 nog werd gediscussieerd over de precieze bewoordingen van deze bankgarantie, die volgens het contract een voorwaarde was voor de vooruitbetaling door Las Palm. Het argument van de AFM dat het logisch was dat Imtech geen kosten wilde maken voor een bankgarantie als Las Palm toch niet kon (althans ging) betalen, gaat eraan voorbij dat de bankgarantie door Imtech op grond van artikel 6.1 van het contract al op 20 mei 2012 gesteld had moeten worden, ruim voordat de eerste vooruitbetaling door Las Palm moest worden voldaan. Dit hoeft niet te betekenen dat Gerner terecht stelt dat de vooruitbetaling uitbleef omdat Imtech geen bankgarantie stelde, hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank echter wel dat de argumentatie van de AFM op dit punt niet zonder meer overtuigend is.

Begin juli 2012 heeft Las Palm herhaaldelijk te kennen gegeven dat de financiering van het AWW-project rond was, zij het dat deze pas beschikbaar zou komen na de definitieve aankoop van het laatste stuk grond. Over de aankoop van deze grond werd aan Imtech gemeld dat er inmiddels overeenstemming was met de grondeigenaar. Deze afspraken zouden binnen korte tijd gefinaliseerd worden. Van belang is dat Imtech op dit punt moest afgaan op de informatie die Las Palm haar gaf. Het betrof immers niet de financiering of aankopen van Imtech zelf, maar van haar contractpartij. Bovendien heeft de AFM de door Gerner geschetste situatie op 20 juli 2012 niet in twijfel getrokken. Uitgaande van deze situatie heeft Gerner terecht gesteld dat Imtech op

20 juli 2012 mocht menen dat Las Palm beschikte over financiering die op korte termijn, na de afwikkeling van de aankoop van de laatste grond, beschikbaar zou komen. Daarbij mocht Imtech betrekken dat Las Palm de andere benodigde gronden al had verworven en kennelijk ook betaald, althans gefinancierd. Verder stelt Gerner onbetwist dat andere partijen betrokken bij het AWW-project door Las Palm werden betaald.

De afspraak van 18 juli 2012 tussen [naam 3] en [naam 4] dat Las Palm het bedrag van € 147,6 miljoen in drie tranches zou voldoen, kon door Imtech worden gezien in het licht van de nog niet definitief afgeronde laatste landaankoop. Concrete aanwijzingen op 20 juli 2012 voor het niet nakomen van deze afspraak heeft de AFM niet gesteld. Gelet op de informatie waarover Imtech op 20 juli 2012 beschikte, hoefde zij aan het uitblijven van de vooruitbetaling op 19 juli 2012 dan ook niet de conclusie te verbinden dat er een reëel risico bestond dat Las Palm niet op korte termijn alsnog tot betaling zou overgaan.

Dat Imtech Duitsland bij Las Palm aandrang op betaling en dreigde met het incasseren van de 'promissory note' maakt het bovenstaande niet anders, omdat hieruit niet noodzakelijkerwijs volgt dat Imtech op 20 juli 2012 gereede aanleiding had om te twijfelen aan de betalingsmogelijkheden van Las Palm. Deze e-mails kunnen naar het oordeel van de rechtbank niet los worden gezien van de kaspositie van Imtech in die periode en haar belang bij de verwerking van de vooruitbetaling in de halfjaarcijfers. Dat Imtech in het persbericht van 20 juli 2012 over haar eigen kaspositie had moeten berichten, heeft de AFM niet gesteld.

3.5.3 De rechtbank komt tot de conclusie dat Gerner terecht aanvoert dat de AFM niet buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 had moeten veronderstellen dat het risico reëel was dat het AWW-project vanwege financiële problemen bij Las Palm niet door zou gaan. De door de AFM vastgestelde 'negatieve feiten' kunnen daarom niet worden aangemerkt als concrete informatie die Imtech op grond van artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft op 20 juli 2012 openbaar moest maken.

3.5.4 De beroepsgrond slaagt.

4. Het voorgaande betekent dat de AFM niet buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft heeft overtreden en dus ook niet dat Gerner feitelijk leiding heeft gegeven aan een dergelijke overtreding. De rechtbank verklaart het beroep tegen bestreden besluit 1 gegrond en vernietigt dat besluit wegens strijd met artikel 5:25i, tweede lid, van de Wft. De rechtbank zal zelf in zaak ROT 17/4771 voorzien door het bezwaar van Gerner tegen primair besluit 1 gegrond te verklaren, dat besluit te herroepen en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van bestreden besluit 1.

4.1 De rechtbank zal onder 8 ingaan op het standpunt van Gerner dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is overschreden en onder 10 op zijn verzoek de AFM met toepassing van artikel 2, derde lid, van het Besluit proceskosten bestuursrecht (Bpb) te veroordelen in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. De andere beroepsgronden die verband houden met bestreden besluit 1 behoeven naar het oordeel van de rechtbank geen bespreking.

Het beroep tegen bestreden besluit 2

5. Uit 3.5.1 tot en met 3.5.3 van deze uitspraak volgt naar het oordeel van de rechtbank dat de AFM niet buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 met het persbericht informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten en dat Gerner feitelijk leiding heeft gegeven aan een dergelijke overtreding. Het beroep tegen bestreden besluit 2 is in zoverre gegrond.

6. Aan bestreden besluit 2 heeft de AFM mede ten grondslag gelegd dat Imtech op 31 juli 2012, 7 augustus 2012, 30 oktober 2012 en 21 november 2012 artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft heeft overtreden en dat Gerner aan deze overtredingen feitelijk leiding heeft gegeven.

6.1 De rechtbank laat uitdrukkelijk in het midden of de AFM buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat

Imtech deze overtredingen heeft begaan en of Gerner daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.

Gerner voert subsidiair aan dat, als dit het geval zou zijn, de AFM heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel door hem aan te merken als feitelijk leidinggever aan deze overtredingen en hem daarvoor te beboeten, maar Van der Bruggen niet.

- 6.2 Uit de bevoegdheidsverdeling binnen de Raad van Bestuur van Imtech volgt dat Van der Bruggen als CEO primair verantwoordelijk was voor het uitbrengen van persberichten. Dat hij volgens de AFM niet feitelijk leiding heeft gegeven aan de onder 6 gestelde overtredingen omdat deze gestelde overtredingen betrekking hebben op financiële informatie, waarvoor Gerner als CFO primair de verantwoordelijkheid droeg, volgt de rechtbank niet. Uit de beschikbare informatie volgt dat Van der Bruggen actief betrokken is geweest bij de voorbereiding van de persberichten van 31 juli 2012, 30 oktober 2012 en 21 november 2012. Onder de op 7 augustus 2012 bij de AFM gedeponeerde verklaring staat ook zijn naam. Daarnaast heeft Gerner onweersproken aangevoerd dat Van der Bruggen over financiële zaken het woord voerde in het Audit Committee en bij vergaderingen met de Raad van Commissarissen en dat hij op de hoogte was van de discussie over de rubricering van de Poolse wissel. Naar het oordeel van de rechtbank had Van der Bruggen, die als CEO verantwoordelijk was voor de algemene gang van zaken binnen Imtech, een eigen verantwoordelijkheid om na te gaan of de Poolse wissel op juiste wijze was verantwoord in de halfjaarcijfers, mede gelet op het zeer grote belang daarvan voor de kaspositie van Imtech. De rechtbank stelt vast dat de AFM Van der Bruggen niet specifiek heeft bevraagd hoe hij invulling heeft gegeven aan deze verantwoordelijkheid. Naar het oordeel van de rechtbank was het, gelet op het karakter van de Poolse wissel en de op de financiële verantwoording daarvan toepasselijke norm, voor Van der Bruggen evenzeer – of evenmin; de rechtbank laat dit in het midden – als voor Gerner mogelijk zich een eigen oordeel te vormen over de vraag hoe de rubricering van deze wissel in de halfjaarcijfers moest plaatsvinden, een rubricering die doorwerkte in de persberichten van 30 oktober 2012 en 21 november 2012. Het beroep van Gerner op het gelijkheidsbeginsel slaagt dan ook.

- 6.3 Het voorgaande betekent dat het beroep tegen bestreden besluit 2 ook voor het overige gegrond is.

7. De rechtbank vernietigt bestreden besluit 2 wat betreft de gestelde overtreding op 20 juli 2012 wegens strijd met artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wft en wat betreft de andere gestelde overtredingen wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel. De rechtbank zal zelf in zaak ROT 16/4772 voorzien door het bezwaar van Gerner tegen primair besluit 2 gegrond te verklaren, dat besluit te herroepen en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van bestreden besluit 2.

- 7.1 De rechtbank zal onder 8 ingaan op het standpunt van Gerner dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM is overschreden en onder 10 op zijn verzoek de AFM met toepassing van artikel 2, derde lid, van het Bpb te veroordelen in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten. De andere beroepsgronden die verband houden met bestreden besluit 2 behoeven naar het oordeel van de rechtbank geen bespreking.

Redelijke termijn

8. Gerner betoogt dat de redelijke termijn is overschreden. Dit betoog slaagt niet. Anders dan Gerner stelt, is de redelijke termijn pas aangevangen bij het verzenden van het voorgenomen besluit om hem te beboeten. De rechtbank ziet in het gebruik van het woord overtreding in het conceptonderzoeksrapport geen aanleiding daarover anders te oordelen, omdat de AFM pas na bestudering van de reactie van Gerner op dit rapport heeft beslist een voornemen tot boeteoplegging uit te brengen. Dit betekent dat de redelijke termijn in deze zaak is aangevangen op 24 april 2015 en dat de rechtbank op zijn vroegst – de AFM heeft een langere termijn bepleit – twee jaar later, op 24 april 2017, uitspraak moet doen op het beroep. Dat doet de rechtbank, zodat de redelijke termijn niet is overschreden.

Griffierechten

9. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat de AFM aan Gerner het in zaak ROT 16/4771 door hem betaalde griffierecht vergoedt. De rechtbank is van oordeel dat sprake is van samenhangende besluiten als bedoeld in artikel 8:41, derde lid, van de Awb. Dit betekent dat de griffier in strijd met deze bepaling twee maal griffierecht van Gerner heeft geheven.

De rechtbank zal daarom bepalen dat het in zaak ROT 16/4772 geheven griffierecht door de griffier aan Gerner wordt terugbetaald.

Proceskosten

10. De rechtbank veroordeelt de AFM in de door Gerner in bezwaar en beroep gemaakte proceskosten.

10.1 Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de AFM veroordeeld dient te worden in de werkelijke kosten die Gerner heeft gemaakt in deze procedures, zoals hij heeft verzocht. Het in de bijlage bij het Bpb neergelegde vergoedingsstelsel heeft een forfaitair karakter. Indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, kan op grond van artikel 2, derde lid, van het Bpb van dit forfaitaire stelsel worden afgeweken. Zoals blijkt uit de nota van toelichting bij deze bepaling (Stb. 1993, 763) moet het daarbij gaan om uitzonderlijke gevallen, waarin strikte toepassing van dit forfaitaire stelsel onrechtvaardig uitpakt, bijvoorbeeld een geval waarin de burger door gebrekkige informatieverstrekking door de overheid op uitzonderlijk hoge kosten voor het verzamelen van het benodigde feitenmateriaal is gejaagd of waarbij een bestuursorgaan het verwijt treft dat het een beslissing neemt terwijl op dat moment duidelijk is dat die uitspraak in een daartegen ingestelde procedure geen stand zal houden. Daarvan is hier geen sprake. Uit de beslissing van de rechtbank van 19 januari 2017 kan worden afgeleid dat het naar haar oordeel in de rede had gelegen dat de AFM Gerner eerder inzage had verleend in zijn geschoonde mailbox, maar ook dat de AFM naar het oordeel van de rechtbank naar eer en geweten een selectie heeft gemaakt van de volgens haar relevante onderdelen van de mailboxen. De rechtbank acht niet aannemelijk dat de AFM op dit punt of anderszins tegen beter weten in een onjuiste beslissing heeft genomen. Dat sprake is van bewerkelijke en complexe zaken, waarin de kosten van rechtsbijstand hoog kunnen oplopen, is op zichzelf niet uitzonderlijk en geen reden voor toepassing van artikel 2, derde lid, van het Bpb.

10.2 De rechtbank merkt de beroepen aan als samenhangende zaken in de zin van artikel 3 van het Bpb. De proceskosten stelt de rechtbank op grond van het Bpb voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 5.445,- (1 punt voor het indienen van de bezwaarschriften, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van de beroepschriften, 0,5 punt voor de brief van 6 december 2016, 0,5 punt voor het verschijnen ter regiezitting, 0,5 punt voor de brief van 3 maart 2017 en 1 punt voor het verschijnen ter zitting van 21 maart 2017, met een waarde per punt van € 495,- en wegingsfactor 2 gelet op de complexiteit van de zaken).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt de bestreden besluiten;
- verklaart de bezwaren gegrond, herroept de primaire besluiten en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de bestreden besluiten;
- bepaalt dat de AFM aan Gerner het in zaak ROT 16/4771 betaalde griffierecht van € 168,- vergoedt;
- bepaalt dat de griffier aan Gerner het in zaak ROT 16/4772 betaalde griffierecht van € 168,- terugbetaalt,
- veroordeelt de AFM in de proceskosten van Gerner tot een bedrag van € 5.445,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. B. van Velzen, voorzitter, en mr. I.M. Ludwig en mr. M.C. Woudstra, leden, in aanwezigheid van mr. drs. M.L. Bosman-Schouten, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 24 april 2017.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij de het College van Beroep voor het bedrijfsleven.