

Openbare versie

Hoff Advocaten N.V.

Mr. G.T.J. Hoff

Postbus 404

2000 AK HAARLEM

Datum 12 juni 2012

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Pagina 1 van 15

Telefoon

E-mail

Betreft Beslissing op bezwaar R. Homburg

Geachte heer Hoff,

Bij besluit van 21 december 2011 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aan de heer R. Homburg (de heer Homburg) een bestuurlijke boete opgelegd van € 96.000,- (het Besluit) wegens overtreding van artikel 5:58, eerste lid, onder d, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Tegen het Besluit heeft u namens de heer Homburg bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Besluit in stand te laten. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar en in paragraaf IV geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar. In paragraaf V staat het besluit van de AFM. Tot slot bevat paragraaf VI de rechtsgangverwijzing. Het verslag van de hoorzitting is opgenomen in bijlage 1 en maakt integraal onderdeel uit van deze beslissing op bezwaar. Daarnaast is een geschoonde versie van deze beslissing op bezwaar opgenomen als bijlage 2.

I. Procedure

1. Bij besluit van 21 december 2011 ([REDACTED]) heeft de AFM aan de heer Homburg een bestuurlijke boete van € 96.000,- opgelegd. De boete is opgelegd, omdat de heer Homburg in de op 6 juni 2009 opgenomen en een dag later uitgezonden aflevering van het televisieprogramma RTL Business Class informatie heeft verspreid waarvan een onjuist en misleidend signaal uitging met betrekking tot de koers van het aandeel Homburg Invest Inc. (HII); terwijl de heer Homburg redelijkerwijs moest vermoeden dat

die informatie onjuist en misleidend was. De heer Homburg heeft zich schuldig gemaakt aan deze informatiemanipulatie, door in antwoord op een vraag van de heer Mens te suggereren dat er op 12 juni 2009, voorafgaand aan de jaarvergadering van HII, een persbericht met positief nieuws voor de aandeelhouders van HII zou worden uitgebracht, terwijl hij redelijkerwijs moest vermoeden dat dit persbericht door beleggers negatief zou worden ontvangen, omdat het de mededeling zou bevatten dat het dividend in 2009 niet werd uitgekeerd.

2. Bij brief van 29 december 2011 heeft de heer Homburg bezwaar gemaakt tegen het Besluit.
3. De heer Homburg heeft naast het indienen van zijn pro forma-bezwaar tevens een verzoekschrift tot schorsing van de publicatie bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam ingediend.
4. Op 30 december 2011 heeft de AFM een ontvangstbevestiging gestuurd en de heer Homburg een termijn gesteld om de gronden van bezwaar aan te vullen binnen 2 weken nadat de voorzieningenrechter uitspraak zou hebben gedaan ([REDACTED]).
5. Op 23 februari 2012 heeft de mondelinge behandeling van de voorlopige voorziening plaatsgehad. De voorzieningenrechter heeft op 8 maart 2012 het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen.
6. Op 9 maart 2012 heeft publicatie van de boete plaatsgevonden met dien verstande dat aan het persbericht is toegevoegd dat de heer Homburg met ingang van 22 maart 2011 is teruggetreden als bestuurder van HII.
7. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 20 maart 2012 aangevuld.
8. Op 23 maart 2012 heeft de AFM de ontvangst van het aanvullende bezwaarschrift bevestigd en de heer Homburg in de gelegenheid gesteld om over zijn bezwaar gehoord te worden ([REDACTED]).
9. De heer Homburg heeft op 29 maart 2012 per fax zijn beschikbare data doorgegeven.
10. Op 6 april 2012 is de heer Homburg uitgenodigd voor de hoorzitting ([REDACTED]).
11. Op 26 april 2012 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat is bijgevoegd bij dit besluit (zie bijlage 1). Op deze datum heeft de AFM tevens de wettelijke beslistermijn met 6 weken verdaagd tot 12 juni 2012.

II. Feiten en omstandigheden

12. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten zoals die zijn opgenomen in het Besluit. De feiten die zijn genoemd in het Besluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

2-10-2014

13. HII is een Canadese vennootschap, waarvan de aandelen zijn genoteerd aan NYSE Euronext Amsterdam en (in 2009) ook waren genoteerd aan de Toronto Stock Exchange. In 2009 was de heer Homburg *Chairman* en *CEO* van de *Board of Directors* van HII, *Chairman* van het *Executive Committee* van HII, alsmede grootaandeelhouder van HII.
14. Op zondag 7 juni 2009 werd een op 6 juni 2009 opgenomen aflevering van het televisieprogramma RTL Business Class uitgezonden. Onderdeel van het programma was een interview van de heer Homburg door de heer Mens. Aan het eind van het interview brengt de heer Mens de beurskoers van HII ter sprake, wat leidt tot het volgende gesprek (zoveel mogelijk letterlijk weergegeven):

De heer Mens:

"Ik krijg natuurlijk mailtjes als jij komt en dan zeggen mensen, vraag nou eens wanneer die beurskoers nou weer eens een beetje omhoog gaat van die Homburg."

De heer Homburg:

"Nou, we hebben onze jaarvergadering op 12 juni in Canada en dan zal ik zeggen 5 minuten voor de vergadering uh sturen we een persbericht de wereld in met uh nogal wat aankondigingen zodat we er in de vergadering over kunnen praten dan zou ik zo zeggen, Harry, 12 juni komt een persbericht aan heel veel wat aankondigingen instaan die denk ik heel interessant zijn voor de aandeelhouders om te horen."

De heer Mens:

"12, 12 juni?"

De heer Homburg:

"12 juni ja"

De heer Mens:

"juli"

De heer Homburg:

"juni"

De heer Mens:

"juni"

De heer Homburg:

"ja"

De heer Mens:

"Dan wordt het D-day."

2-10-2014

De heer Homburg:

"Dat is uh weekje na D-day maar, uh hier kan ik verder niets over zeggen, dat begrijp je."

De heer Mens:

"OK nou ja kijk je zegt het mij te relaxt dus het zal misschien wel meevallen, we gaan brunchen."

De heer Homburg:

"Goed."

15. De daaropvolgende week, van maandag 8 juni 2009 tot en met donderdag 11 juni 2009, stijgt de koers van het aandeel HII met uiteindelijk 38,49%, ten opzichte van de slotkoers van 5 juni 2009, van € 5,17 naar € 7,16. In die periode wordt geen ander relevant nieuws over HII gepubliceerd.

16. Op 12 juni 2009 voorbeurs brengt HII een persbericht uit, voor zover relevant, inhoudend:

"Richard Homburg, Bestuursvoorzitter en CEO van Homburg Invest Inc. ("Homburg" ofwel "de Onderneming") (TSX: HII.A & HII.B en NYSE Euronext Amsterdam: HII) heeft vandaag namens de Onderneming een nieuwe strategische richting aangekondigd waarbij de focus van de activiteiten uitsluitend zal liggen op inkomstengenererend vastgoed. Homburg Invest heeft een speciaal comité benoemd ter beoordeling van het plan om het ontwikkelingsvastgoed en niet-inkomstengenererend vastgoed (landbank) van de Onderneming af te stoten aan aandeelhouders. Het speciale comité zal, als onderdeel van de nieuwe strategische richting, ook een plan in overweging nemen om de vermogensstructuur van Homburg om te vormen door één klasse gewone aandelen te creëren waarbij ieder aandeel één stemrecht en hetzelfde dividendrecht heeft. De voorwaarden van het voorstel tot herstructurering van de vermogensstructuur inclusief de conversieverhouding, die behoudens goedkeuring van aandeelhouders is, worden de komende maanden bekend gemaakt."

Tevens maakt Homburg bekend in 2009 geen dividend te zullen uitkeren. Zoals eerder gemeld, zal de Onderneming in de toekomst een jaarlijks dividend aankondigen dat afhankelijk is van de prestaties van de Onderneming en marktomstandigheden. Het dividend zal in juni worden aangekondigd en in juli worden uitbetaald."

17. Op 12 juni 2009 daalt de koers van het aandeel HII met 14,25%, van € 7,16 naar € 6,14. De daaropvolgende dagen zet de daling door. Op 17 juni 2009, vier handelsdagen na verschijning van het persbericht, sluit het aandeel HII op € 5,09. Dat is lager dan de koers voorafgaand aan de uitzending op zondag 7 juni 2009. De daling ten opzichte van het slot op 11 juni 2009 bedraagt hiermee 28,91%.

2-18-2014

III. Bezwaar

18. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het bezwaarschrift de volgende gronden:

- A. De heer Homburg heeft niet voldaan aan de vereisten van het verbod op marktmanipulatie op grond van artikel 5:58, eerste lid, sub d, Wft. Er is geen sprake van verspreiding van bepaalde informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal is uitgegaan of te duchten is geweest. Evenmin is er sprake van dat de verspreider ook heeft geweten of redelijkerwijs had behoren te weten dat de verspreide informatie onjuist of misleidend was.
- B. De handeling die de heer Homburg wordt verweten is het doen van een neutrale mededeling en het vermeend misleidende karakter van de informatie is buiten zijn macht om daaraan toegevoegd. De heer Homburg heeft geprobeerd een zo neutraal mogelijke uitlating te doen en de vermeende overtreding kan de heer Homburg niet worden verweten. Op grond van artikel 5:41 Awb zou er dan ook geen plaats zijn voor het opleggen van een boete.
- C. Het Besluit is genomen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zijn niet (voldoende) in acht genomen en er is sprake van strijd met het verbod op willekeur. De vereiste belangenafweging ontbreekt ten aanzien van de boete oplegging, de hoogte van de boete en de beslissing tot publicatie.
- D. De heer Homburg is van oordeel dat publicatie van het Besluit achterwege had moeten blijven, omdat publicatie geen enkel toezichtdoel dient. Er is geen sprake van preventie en het aanmerkelijk tijdsverloop is niet dienstbaar aan de doelen van de Wft. Daarnaast heeft de AFM zelf het publiek misleid door het Besluit gebrekkig te motiveren en de AFM heeft daardoor mede schade berokkend aan Homburg. Evenmin kan publicatie enig redelijk doel meer dienen nu de heer Homburg geen *acting CEO* meer is.
- E. Het Besluit is in strijd met de wet, in het bijzonder met de Algemene wet bestuursrecht (Awb), meer in het bijzonder met de Wft en daarop gebaseerde regelgeving, althans met enig ander algemeen verbindend voorschrift, althans met enig gecodificeerd en/of in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

19. Op de uitwerking van de bezwaren van de heer Homburg zal onder paragraaf IV nader in worden gegaan.

20. De heer Homburg verzoekt de AFM het Besluit te heroverwegen in die zin dat de bezwaren gegrond worden verklaard en het Besluit wordt herroepen. Daarnaast verzoekt de heer Homburg de AFM de reeds gepubliceerde openbaarmaking van het Besluit in te trekken en een rectificatie te plaatsen. Tot slot verzoekt de heer Homburg de AFM de kosten van de bezwaarprocedure te vergoeden.

IV. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m E

A. Verbod op marktmanipulatie

21. De heer Homburg heeft niet voldaan aan de vereisten van het verbod op marktmanipulatie op grond van artikel 5:58, eerste lid, sub d, Wft. Er is geen sprake van verspreiding van bepaalde informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal is uitgegaan of te duchten is geweest. Evenmin is er sprake van dat de verspreider ook heeft geweten of redelijkerwijs had behoren te weten dat de verspreide informatie onjuist of misleidend was.

Reactie AFM

22. Op grond van artikel 5:58, eerste lid, onder d, Wft is het verboden om informatie te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van (onder meer) aan NYSE Euronext Amsterdam genoteerde aandelen, terwijl de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de informatie onjuist of misleidend is.
23. De motivering van het Besluit als opgenomen op bladzijde 6 tot en met 10 daarvan moet hier als herhaald en ingelast worden beschouwd.

Informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is

24. De AFM is van mening dat van de door de heer Homburg gedane uitlatingen op 6 juni 2009 tijdens het interview met de heer Mens in het televisieprogramma RTL Business Class dat een dag later is uitgezonden een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was. Het betreft het antwoord van de heer Homburg op de vraag van de heer Mens *'wanneer die beurskoers nou weer eens een beetje omhoog gaat van die Homburg'*. De heer Homburg heeft gesuggereerd dat er op 12 juni 2009, voorafgaand aan de jaarvergadering van HII, een persbericht met positief nieuws voor de aandeelhouders van HII zou worden uitgebracht, terwijl de heer Homburg redelijkerwijs moest vermoeden dat dit persbericht door beleggers negatief zou worden ontvangen, omdat het de mededeling zou bevatten dat het dividend in 2009 niet werd uitgekeerd. De uitlatingen van de heer Homburg staan niet op zichzelf. Deze dienen in haar context beoordeeld te worden. HII stond tot het betreffende persbericht bekend om haar hoge dividendrendement, in maart 2009 had HII aangekondigd dat uit te keren dividenden voortaan in juli in contanten zouden worden uitbetaald en het interview vond nog geen week voor de jaarvergadering van HII plaats. Deze feiten brachten met zich dat het aannemelijk was dat de beleggers vermoedden dat de heer Homburg met zijn opmerking over het persbericht *'waarin heel wat aankondigingen staan die denk ik heel interessant zijn voor de aandeelhouders om te horen'* doelde op een dividenduitkering. Uiteindelijk bleek het tegendeel het geval. In het persbericht was opgenomen dat het dividend in 2009 niet zou worden uitgekeerd. Van deze mededeling mocht zonder meer een negatief effect op de koers van het aandeel HII worden verwacht, terwijl het persbericht geen mededelingen bevatte die dit slechte nieuws zou kunnen compenseren.

2-10-2014

Datum 12 juni 2012
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 7 van 15

25. Van de door de heer Homburg verspreide informatie is naar het oordeel van de AFM een onjuist of misleidend signaal uitgegaan, dan wel was hiervan een onjuist of misleidend signaal te duchten. Het signaal was onjuist, omdat het antwoord positief nieuws voor de aandeelhouders suggereerde, waar in werkelijkheid sprake was van een negatief bericht. En voor zover het signaal niet als onjuist zou kunnen worden bestempeld was het signaal in ieder geval misleidend, omdat de heer Homburg zinspeelde op een koersstijging en daarbij cruciale informatie voor het publiek (geen dividend in 2009) achterhield. Ten overvloede geldt dat er al sprake is van het overtreden van het verbod op marktmanipulatie op het moment dat er een misleidend of onjuist signaal te duchten is.

26. De voorzieningenrechter heeft in zijn uitspraak van 8 maart 2012 – in de procedure tot schorsing van publicatie van het Besluit – overwogen dat: *“de informatie die gevat is in het antwoord van de heer Homburg in combinatie met de vraag waarop dit antwoord betrekking heeft als misleidend is te kwalificeren. Door op deze manier te antwoorden op de vraag wanneer de beurskoers van Homburg nu eindelijk weer eens omhoog gaat, is van het antwoord de suggestie uitgegaan dat het persbericht positief voor de beurskoers zou zijn. Daarbij gaat het naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet om het woord ‘interessant’. Het woord interessant houdt niet per se in ‘gunstig’ of ‘positief’ en kan zeker ook een negatieve connotatie inhouden, zoals betoogd door Homburg. In plaats van een antwoord te geven dat de inhoud van de vraag zou neutraliseren, heeft Homburg de vraag over het omhoog gaan van de koers door zijn antwoord bevestigd. Van deze informatie gaat dus een misleidend signaal uit, te meer vanwege de door AFM geschetste geschiedenis waarin HII steeds hoge dividenden heeft uitgekeerd. Dat de beurskoers ook door andere omstandigheden kan zijn gestegen acht de voorzieningenrechter in dit verband niet van belang. AFM heeft in de stijging van de beurskoers een bevestiging mogen zien van haar oordeel dat van de door Homburg verspreide informatie een misleidend signaal uitging”.*

27. De voorzieningenrechter overweegt dat door de manier van antwoorden, van het antwoord de suggestie is uitgegaan dat het persbericht positief voor de beurskoers zou zijn en de voorzieningenrechter concludeert – evenals de AFM – dat er sprake is van een misleidend signaal.

28. De voorzieningenrechter heeft geen overwegingen gewijd aan de vraag of de door de heer Homburg verspreide informatie ook onjuist is. De voorzieningenrechter gaat niet in op de stellingen die de heer Homburg en de AFM in de voorlopige voorzieningenprocedure met betrekking tot dat element naar voren hebben gebracht. Naar de mening van de AFM kan hieruit niet geconcludeerd worden dat de voorzieningenrechter hiermee impliciet erkent dat er geen sprake is van een onjuist signaal zoals de heer Homburg in zijn bezwaarschrift betoogt. De AFM is van oordeel dat de voorzieningenrechter heeft vastgesteld dat er in ieder geval sprake is van een misleidend signaal en dat in het midden is gelaten of van de verspreide informatie al dan niet een onjuist signaal uitging of te duchten was. De voorzieningenrechter heeft dit blijkbaar voldoende geacht en dit komt de AFM niet onjuist voor, omdat er sprake dient te zijn van ofwel een onjuist ofwel een misleidend signaal.

29. De AFM volgt de heer Homburg in zijn stelling dat ‘onjuist’ begrepen moet worden als ‘in strijd met de werkelijkheid’, maar is het niet eens met de opvatting van de heer Homburg dat zijn uitlating inhoudsloos was. Zoals in het bovenstaande reeds is gesteld stond de uitlating van de heer Homburg niet op zichzelf.

Daarnaast geldt dat de heer Homburg zijn uitlatingen deed tijdens een interview. De heer Mens en de heer Homburg voerden een gesprek en de uitlating van de heer Homburg was een reactie op een vraag van de heer Mens. Vraag en antwoord kunnen in dit geval niet los van elkaar beoordeeld worden en in samenhang bekeken heeft de heer Homburg met zijn uitlating – zoals hierboven betoogd – een onjuist signaal gegeven.

30. Verwijzend naar de uitspraak van de voorzieningenrechter concludeert de heer Homburg dat hij dan de vraag van de heer Mens had moeten neutraliseren en hij vraagt zich af op welke wijze hij dat dan had moeten doen. De AFM herhaalt haar standpunt dat de gehele context van het interview van belang is en op het moment dat een bepaalde uitlating ertoe leidt dat er een onjuist of misleidend signaal wordt afgegeven of te duchten is dan had die uitlating achterwege moeten blijven om te voorkomen dat het verbod op marktmanipulatie zou worden overtreden. Dat het antwoorden van 'geen commentaar' op de door de heer Homburg aangedragen bezwaren zou stuiten, volgt de AFM niet. De AFM ziet niet in waarom een dergelijk antwoord ongeleefd zou zijn en argwaan zou kunnen wekken bij het belegend publiek. Ook andere antwoorden waren overigens mogelijk geweest. In feite had de heer Homburg van alles kunnen en mogen zeggen behalve voor zover er van het antwoord een onjuist of misleidend signaal uit zou gaan of te duchten was. Vanzelfsprekend kan de heer Homburg ook geen koersgevoelige informatie delen en moet hij zich voorts rekenschap geven van de overige marktmisbruikbepalingen. De AFM acht hier ook van belang dat de heer Homburg destijds CEO was van een beursgenoteerde onderneming en zich temeer bewust had moeten zijn van zijn positie en zijn uitstraling bij het geven van antwoorden tijdens een uitzending waarvoor tijd was ingekocht door Homburg participaties B.V. en welke uitzending is voorbesproken en van te voren is opgenomen.

Koersfluctuatie

31. In het Besluit heeft de AFM aangegeven dat haar conclusie, dat van het door de heer Homburg gegeven antwoord een onjuist of misleidend signaal is uitgegaan, werd ondersteund door het koersverloop van het aandeel HII na de uitzending van RTL Business Class op 7 juni 2009. Daarnaast heeft de AFM aangegeven dat het feitelijk koersverloop na het verspreiden van de informatie niet beslissend is, maar wel kan dienen ter verificatie van het oordeel dat van die informatie een onjuist of misleidend signaal is uitgegaan en dat in dit geval het feitelijke koersverloop dat oordeel heeft bevestigd. Niet meer dan dat.
32. De heer Homburg stelt – kort weergegeven – dat de AFM het koersverloop als belangrijke pijler gebruikt om tot haar conclusie te komen dat de heer Homburg het verbod op marktmanipulatie heeft overtreden en dat de AFM nu zij dit koersverloop hiervoor gebruikt ook het causale verband tussen de uitlating van de heer Homburg en het koersverloop zal moeten bewijzen.
33. De AFM is van mening dat zij haar Besluit voldoende gemotiveerd en onderbouwd heeft. In het koersverloop vindt de AFM slechts een bevestiging van haar bevindingen en causaal verband tussen de uitlatingen van de heer Homburg en het koersverloop hoeft niet te worden bewezen. Dit volgt niet uit de wet en dit volgt ook niet uit het feit dat de AFM dit gebruikt zou hebben om de overtreding vast te stellen. Dit laatste is ook niet het geval geweest.

2-10-2014

34. De heer Homburg trekt om verschillende redenen in twijfel dat er een causaal verband zou bestaan tussen de uitlating van de heer Homburg en het koersverloop. Als gesteld hoeft de AFM geen causaal verband aan te tonen. De AFM zal dit dan ook niet doen en derhalve zal de AFM niet nader ingaan op de door Homburg gestelde feiten hieromtrent.
35. Weliswaar hoeft er door de AFM geen causaal verband aangetoond te worden, maar wel heeft de AFM in het koersverloop een indicatie gezien van marktmanipulatie en een verificatie van het oordeel dat van die informatie een onjuist of misleidend signaal is uitgegaan, omdat er in de betreffende periode geen ander nieuws over HII werd gepubliceerd en er geen andere factoren bekend waren die op de koers van invloed zouden kunnen zijn geweest.
36. De heer Homburg voert ter zake aan dat de koersschommelingen evenzogoed het gevolg kunnen zijn geweest van de zogenaamde *free ride* voorafgaand aan een ava of van het algehele herstel van de koersen op NYSE Euronext. Dit zijn omstandigheden die in zijn algemeenheid kunnen leiden tot herstel van de koers van een bepaald aandeel en wellicht ook dit maal in het aandeel HII. Het is echter niet aannemelijk dat dit verklaringen zijn voor de grote koersuitslagen en bijbehorende grote volumes in die mate waarin zij zich voordeden in de week van 8 tot en met 12 juni 2009. Althans niet voor de gehele afwijkende koersuitslagen en volumes in die periode. Het is onaannemelijk dat het koersverloop in die extreme mate – uitslag naar boven en later naar beneden – het gevolg is van het algemene herstel op NYSE Euronext¹ en de AFM vindt het voorts onaannemelijk dat de zogenoemde *free riders* een dergelijk extreem koersverloop hebben veroorzaakt in het aandeel HII. De AFM is van mening, naast deze en mogelijk andere factoren, in het koersverloop de verificatie van haar oordeel te hebben mogen zien.
- Weten of redelijkerwijs moeten vermoeden dat de informatie onjuist of misleidend is*
37. De heer Homburg heeft op de vraag van de heer Mens naar een stijging van de koers van het aandeel HII zonder voorbehoud geantwoord dat er voorafgaand aan de ava op 12 juni 2009 een persbericht zou worden uitgebracht met heel wat aankondigingen die, denkt hij, voor de aandeelhouders heel interessant zijn om te horen. Hieruit blijkt naar het oordeel van de AFM dat de heer Homburg op dat moment op de hoogte was van de inhoud van het persbericht. Bovendien is uit het onderzoek door de AFM vast komen te staan dat de heer Homburg nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming over het niet uitkeren van het dividend en dat hij reeds voor 4 juni 2009 op de hoogte was van het concrete voorstel om het dividend over 2009 niet uit te keren.
38. Weliswaar moest op het moment van de uitlating door de heer Homburg het besluit om het dividend niet uit te keren nog worden genomen en bestond er derhalve een (kleine) kans dat dit niet door zou gaan; maar dit is niet relevant voor de vraag of sprake is van overtreding van het verbod op marktmanipulatie.

¹ Ter illustratie: de AEX vertoonde op maandag 8 juni 2009 een licht negatief sentiment van -1,70% tegenover een positief sentiment van het aandeel HII van 6,38%. Op woensdag 10 juni vertoonde de AEX voor die week het meest positieve sentiment van 1,49% tegenover het meest positieve sentiment van het aandeel HII op donderdag 11 juni met 11,88%. Op 11 juni vertoonde de AEX een licht positief sentiment van 0,43%. Dit staat niet in verhouding tot de ontwikkelingen in het aandeel HII.

2-10-2014

De AFM verwijt de heer Homburg niet dat hij wist dat de door hem verspreide informatie misleidend of onjuist was, maar dat hij redelijkerwijs moest vermoeden dat dit onjuist of misleidend was, hetgeen naar het oordeel van de AFM het geval was.

39. De voorzieningenrechter oordeelt ook dat de heer Homburg *'redelijkerwijs moest vermoeden dat van de door hem verstrekte informatie een misleidend signaal uitging nu hij op de hoogte was van het concept-persbericht en de daarin opgenomen informatie. Daar doet niet aan af dat er formeel gezien nog een besluit door de Board of Directors genomen moest worden over het niet uitkeren van het dividend.'*
40. De heer Homburg stelt dat het verre van onmogelijk was dat alsnog besloten zou worden tot het uitkeren van dividend over 2009 en dat hij dus ook niet met zekerheid wist wat er in het persbericht van 12 juni 2009 zou komen te staan.
41. De heer Homburg gaat hier uit van een onjuiste maatstaf. Als gesteld is niet vereist dat de heer Homburg met zekerheid wist wat er in het persbericht zou komen te staan. Het hebben van een redelijk vermoeden dat de informatie onjuist of misleidend was, is afdoende. De heer Homburg betwist overigens niet dat hij op dat moment een redelijk vermoeden had dat de informatie onjuist of misleidend was. Evenmin zet de heer Homburg uiteen op grond waarvan het verre van onmogelijk was dat er alsnog tot uitkering van dividend zou worden overgegaan. Op grond van de informatie waarover de heer Homburg op dat moment beschikte, moest hij naar de mening van de AFM redelijkerwijs vermoeden dat de informatie die hij verspreide onjuist of misleidend was. De heer Homburg had op dat moment namelijk rekening moeten houden met het feit dat het dividend niet zou worden uitgekeerd. De AFM volgt de heer Homburg vervolgens dan ook niet in zijn stelling dat hij niet kon weten dat hij de feiten – een neutrale mededeling – foutief weergaf, omdat hij niet met zekerheid zou weten wat de correcte feiten waren.

B. Verwijtbaarheid

42. De handeling die de heer Homburg wordt verweten is het doen van een neutrale mededeling en het vermeend misleidende karakter van de informatie is buiten zijn macht om daaraan toegevoegd. De heer Homburg heeft geprobeerd een zo neutraal mogelijke uitlating te doen en de vermeende overtreding kan de heer Homburg niet worden verweten. Op grond van artikel 5:41 Awb zou er dan ook geen plaats zijn voor het opleggen van een boete.

Reactie AFM

43. De AFM volgt de heer Homburg niet in zijn stelling dat de overtreding de heer Homburg niet verweten kan worden. De heer Homburg was ten tijde van de overtreding *acting CEO* van HII en hij had zich bewust moeten zijn van zijn eigen positie, de positie waarin HII zich bevond en het feit dat hij in een televisieprogramma op vrijwillige basis een interview zou afleggen met de heer Mens. De heer Homburg moest in deze context in staat worden geacht om een ander antwoord te geven waardoor hij niet een marktmisbruikbepaling zou schenden. Als eerder gesteld is de AFM van mening dat een 'geen commentaar' heel goed tot de mogelijkheden behoorde en dat het wel degelijk mogelijk was de vraag van

de heer Mens op andere wijze te neutraliseren. De AFM betwist dan ook dat de overtreding van de heer Homburg hem niet verweten kan worden.

C. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en Belangenafweging

44. De heer Homburg is van mening dat het Besluit genomen is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zijn niet (voldoende) in acht genomen en er is sprake van strijd met het verbod op willekeur.
45. Het is de heer Homburg onduidelijk waarom hij als privépersoon een boete opgelegd heeft gekregen verwijzend naar het dossier Fortis waar de AFM een boete heeft opgelegd aan Fortis voor door Votron gedane uitlatingen en niet aan Votron zelf.
46. De vereiste belangenafweging ontbreekt ten aanzien van de boeteoplegging, de hoogte van de boete en de beslissing tot publicatie.

Reactie AFM

Verbod op marktmanipulatie richt zich tot eenieder

47. Zoals de heer Homburg zelf terecht vaststelt richt het verbod op marktmanipulatie zich tot eenieder en de AFM heeft in het onderhavige geval de boete opgelegd aan de persoon die de uitlatingen gedaan heeft, de heer Homburg zelf. De AFM kan geen informatie delen met de heer Homburg uit andere – vertrouwelijke – onderzoeksdossiers waaronder het Fortis dossier waar de heer Homburg naar verwijst. De AFM kan in dit kader wel verwijzen naar de openbare uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 23 september 2011 waarin tevens een boete voor marktmanipulatie voor het verspreiden van informatie aan een privépersoon voorligt.² Het is dan ook niet zo dat de AFM slechts voor dit ene specifieke geval ervoor heeft gekozen om een privépersoon aan te spreken.
48. Overtreding van het verbod op marktmanipulatie wordt door de wetgever gelet op het toepasselijke boetetarief als zeer ernstig gekwalificeerd en boeteoplegging was in het onderhavige geval naar de mening van de AFM dan ook passend en geboden. Het opleggen van een boete past ook binnen het handhavingsbeleid van de AFM en levert geen strijd op met het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel of het verbod op willekeur.

Lengte onderzoeksperiode

49. De heer Homburg verwijst naar het aanmerkelijke tijdsverloop in de onderhavige zaak. De AFM betwist dat de behandeling van deze kwestie onnodig veel tijd in beslag heeft genomen. Een onderzoek naar marktmanipulatie vergt een gedegen en zorgvuldig onderzoek en kost daarmee tijd. De AFM heeft

² 23 september 2011, Rechtbank Rotterdam, LJN BT2712

overigens niet slechts informatie opgevraagd bij HII, maar ook bij de Canadese toezichthouder. Daarnaast volgt uit het verloop van de zaak – geschetst op pagina 2 van het Besluit – dat de AFM diverse malen (om dezelfde) informatie heeft verzocht aan HII en dat het uiteindelijk tot het voornemen van een last onder dwangsom heeft moeten komen alvorens HII de verzochte informatie heeft verstrekt. Een deel van de verstreken tijd is dan ook terug te voeren op de handelwijze van HII. Niettemin heeft de AFM het Besluit tijdig genomen.

50. Bovendien doet het enkele tijdsverloop niet af aan de ernst van de door de AFM geconstateerde feiten waardoor boeteoplegging achterwege zou moeten blijven of zou moeten leiden tot het verlagen van de boete. Evenmin is van belang dat de heer Homburg inmiddels geen CEO meer is.

51. De heer Homburg verwijst naar de zaak [REDACTED] en is van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel in de onderhavige procedure is geschonden.³ In die zaak betrof het een overduidelijke overtreding van het mededelingsverbod: “Er komt belangrijk positief nieuws”. Dit in tegenstelling tot deze zaak waarin Homburg een neutrale mededeling heeft gedaan op een niet-neutrale vraag. Daarnaast is de boete in de [REDACTED] zaak sterk verlaagd van EUR 96.000 naar EUR 11.400.

52. De AFM deelt de mening van de heer Homburg niet dat hier sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Er zijn elementen op te maken uit beide zaken die vergelijkbaar zijn, maar het zijn niet gelijke of gelijksoortige zaken. Het betreft overtredingen van verschillende verbodsbepalingen en de feitencomplexen in beide zaken zijn wezenlijk verschillend. In de zaak [REDACTED] is de opgelegde boete door het CBb gematigd op verschillende gronden. Het CBb neemt in haar beoordeling mee dat de zaak [REDACTED] – die openbaar is geworden door onbedoelde herleidbaarheid van de uitspraak van de voorzieningenrechter – onevenredig veel (negatieve) aandacht van de pers heeft gekregen, dat [REDACTED] weinig voordeel kon behalen met zijn email en dat hij daarmee ook geen enkel voordeel heeft behaald en tot slot dat [REDACTED] de overtreding heeft begaan in het kader van een kredietovereenkomst en dat de aard van die relatie een omstandigheid vormde die leidde tot een verminderde ernst van de begane overtreding.

53. In de onderhavige kwestie heeft de voorzieningenrechter publicatie niet geschorst en is er geen sprake van onevenredig veel (negatieve) aandacht van de pers die van belang zou kunnen zijn voor de evenredigheidstoets van de op te leggen boete.
54. Met betrekking tot het behalen van voordeel geldt het volgende. In deze kwestie is niet vast komen te staan dat de heer Homburg weinig voordeel kon behalen. Niet vast is komen te staan dat de heer Homburg zelf heeft gehandeld waarmee voordeel is behaald. In het algemeen heeft een CEO er echter wel belang bij om het aandeel van zijn onderneming op peil te houden. Wanneer de correctie door het slechtnieuwsbericht had plaatsgevonden zonder dat eerst de koers omhoog was gegaan, dan was het aandeel waarschijnlijk op een lager niveau terecht gekomen dan nu na 12 juni 2009 het geval was.

³ 24 april 2012, CBb, LJN BW3574

Daarnaast is het zeer goed mogelijk dat beleggers door de koersfluctuaties schade hebben geleden. Dit alles kan dan ook naar de mening van de AFM niet leiden tot het matigen van de boete.

55. Tot slot is er in deze kwestie geen sprake van een bijzondere hoedanigheid in welke de heer Homburg zijn uitspraak heeft gedaan die kan leiden tot matiging van de boete.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

56. De AFM is van oordeel dat bij het nemen van het Besluit alle door de AFM in acht te nemen beginselen van behoorlijk bestuur zijn toegepast en de bezwaren van de heer Homburg kunnen op dit punt dan ook niet slagen.

D. Publicatie

57. De heer Homburg is van oordeel dat publicatie van het Besluit achterwege had moeten blijven, omdat publicatie geen enkel toezichtdoel dient. Er is geen sprake van preventie en het aanmerkelijk tijdsverloop is niet dienstbaar aan de doelen van de Wft. Daarnaast heeft de AFM zelf het publiek misleid door het Besluit gebrekkig te motiveren en de AFM heeft daardoor mede schade berokkend aan Homburg. Evenmin kan publicatie enig redelijk doel meer dienen nu de heer Homburg geen *acting CEO* meer is.

Reactie AFM

58. Van openbaarmaking van het Besluit (en de beslissing op bezwaar) nadat het Besluit onherroepelijk is geworden, kan de AFM slechts afzien als die publicatie in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de AFM uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Van dat laatste is naar het oordeel van de AFM geen sprake en wordt overigens ook niet betoogd door de heer Homburg. Van openbaarmaking na het onherroepelijk worden van het Besluit kan daarom niet worden afgezien.
59. In het onderhavige geval is er geen aanleiding om van publicatie af te zien. Het feit dat de overtreding in het verleden ligt en het feit dat de heer Homburg is teruggetreden als *CEO* brengt niet met zich dat publicatie in strijd zou komen met het doel van het toezicht.
60. De heer Homburg stelt dat in het onderhavige geval publicatie het doel van preventie niet dient en verwijst daarvoor naar de uitspraak van de voorzieningenrechter in deze zaak. De voorzieningenrechter heeft ter zake overwogen dat anderen door de publicatie gewaarschuwd worden voorzichtig te zijn met het doen van uitlatingen met betrekking tot de beurskoers. Volgens de heer Homburg heeft hij geen uitlatingen gedaan over de beurskoers en er valt uit dit geval dan ook geen redelijk algemene les voor het publiek te trekken.
61. De AFM verschilt van inzicht met de heer Homburg over de kwalificatie van de feiten en daardoor ook over de publicatie. De heer Homburg is van mening geen overtreding van het verbod op marktmanipulatie te hebben begaan en hij ziet vervolgens geen redelijk te dienen toezichtdoel in publicatie van het Besluit.

De AFM ziet nu juist wél duidelijk een overtreding waarvoor de AFM tot boeteoplegging is overgegaan en acht de AFM het – evenals de voorzieningenrechter in het onderhavige geval – vanuit het oogpunt van preventie juist dienstig om tot openbaarmaking over te gaan.

62. De AFM betwist het publiek misleid te hebben door een gebrekkige motivering van het Besluit en daardoor de heer Homburg schade berokkend te hebben. Voor zover in de media de inhoud van het persbericht van de AFM onnauwkeurig is weergegeven, houdt dat nog geen verband met de motivering van de AFM. Dat kan niet aan toedoen door de AFM worden toegeschreven en kan ook geen reden zijn waarom er niet tot publicatie kan worden overgegaan. Daarnaast is de AFM van mening dat haar Besluit wel degelijk goed is gemotiveerd. Verwezen wordt hier naar bladzijde 6 tot en met 10 van het Besluit. Ook is daarbij van belang dat de AFM ook in heroverweging geen reden ziet om op haar Besluit terug te komen.
63. De AFM trekt de reeds gepubliceerde openbaarmaking van het Besluit dan ook niet in en de AFM zal ook niet overgaan tot het plaatsen van een rectificatie. Evenmin ziet de AFM aanleiding om af te zien van publicatie op grond van artikel 1:98 Wft.
64. De AFM zal na het definitief worden van het boetebesluit, aan haar verplichting tot publicatie op grond van artikel 1:98 Wft uitvoering geven door aan het eerdere persbericht de volgende update toe te voegen: *“Update [datum waarop de update op de site verschijnt]: Het besluit van de AFM is inmiddels definitief geworden en kan door belanghebbenden niet meer ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.”*
65. Bijlage 2 bij dit besluit bevat de volledige tekst van de beslissing op bezwaar die op de website van de AFM openbaar zal worden gemaakt, geschoond van vertrouwelijke informatie. Mocht de heer Homburg van mening zijn dat er desondanks vertrouwelijke tekst in staat die geschoond zou moeten worden, dan verneemt de AFM dat graag zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk binnen 3 werkdagen nadat dit besluit definitief is geworden. Nadat dit besluit definitief is geworden, zal geen nadere aankondiging plaatsvinden alvorens tot de tweede publicatie zal worden overgegaan.
66. Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.

E. Strijd met de wet en het ongeschreven recht

67. De heer Homburg stelt dat het Besluit in strijd is met de wet, in het bijzonder met de Awb, meer in het bijzonder met de Wft en daarop gebaseerde regelgeving, althans met enig ander algemeen verbindend voorschrift, althans met enig gecodificeerd en/of in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

Datum 12 juni 2012
 Ons kenmerk [REDACTED]
 Pagina 15 van 15

Reactie AFM

68. De AFM deelt het oordeel van de heer Homburg niet. De AFM is in het bovenstaande ingegaan op de bezwaargronden onder A tot en met D en is op alle concrete bezwaargronden van de heer Homburg ingegaan. Deze bezwaargrond van de heer Homburg is niet nader onderbouwd en daarmee dermate onbepaald dat de AFM daarop niet in kan gaan.

V. Besluit

69. De AFM heeft besloten het Besluit in stand te laten. De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen. De AFM wijst het verzoek van de heer Homburg aan de AFM om de kosten van bezwaarprocedure te vergoeden af.

VI. Rechtsgangverwijzing

70. Iedere belanghebbende kan tegen deze beslissing op bezwaar beroep instellen door binnen zes weken na bekendmaking ervan een beroepschrift in te dienen bij de rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet wel beschikt worden over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden. Voor het instellen van beroep wordt een griffierecht geheven.

Hoogachtend,
 Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]

[was getekend]

2-10-2014