

Zaak C-229/24 [Brännelius] ⁱ

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

26 maart 2024

Verwijzende rechter:

Högsta domstolen (Zweden)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 maart 2024

Verzoekende partijen:

TK

OP

Andere partij in de procedure:

Riksåklagaren

[OMISSIS]

PARTIJEN

Verzoekende partijen

1. TK

[OMISSIS]

2. OP

[OMISSIS]

Andere partij in de procedure

Riksåklagaren

ⁱ Dit is een fictieve naam, die niet overeenkomt met de werkelijke naam van enige partij in de procedure.

[OMISSIS]

VRAAGSTUK

Handel met voorwetenschap

[OMISSIS]

VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

Inleidende opmerkingen

1. In het voorjaar van 2018 heeft Umeå kommunföretag AB, een gemeentelijk bedrijf waarin de gemeente Umeå juridisch beslissende invloed had, een aanbestedingsprocedure voor elektrische bussen en laadstations uitgeschreven. Twee bedrijven hebben offertes ingediend. Een daarvan was de beursgenoteerde vennootschap Hybricon Bus Systems AB. Nog eens drie andere bedrijven hadden interesse getoond in de aanbestedingsprocedure, maar kwamen niet in aanmerking om zich in te schrijven.

2. Bij besluit van 14 mei 2018 heeft het gemeentelijk bedrijf de opdracht niet aan Hybricon, maar aan de andere inschrijver gegund. Op dezelfde dag heeft het gemeentelijk bedrijf om 14.34 uur alle vijf bedrijven per e-mail in kennis gesteld van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure.

3. Bij Hybricon werd de e-mail ontvangen door de operationeel directeur, die de hoofdverantwoordelijke was voor de contacten met het gemeentelijk bedrijf betreffende de aanbestedingsprocedure. Kort daarna heeft de operationeel directeur een bericht naar OP gestuurd met het dringende verzoek zijn aandelen in Hybricon te verkopen. OP heeft de informatie doorgestuurd aan TK, die ook aandelen in de vennootschap bezat.

4. TK heeft de opdracht tot verkoop van 73 000 aandelen in Hybricon om 14.37 uur gegeven. Enkele minuten later, om 14.40 uur, heeft OP 31 000 aandelen in de vennootschap verkocht.

5. Om 15.22 uur werd er door de vennootschap een perscommuniqué gepubliceerd waarin werd medegedeeld dat Hybricon niet succesvol was geweest in de aanbestedingsprocedure. Vervolgens vond er een sterke koersdaling van het aandeel Hybricon plaats. Door de aandelen in de vennootschap voordien te verkopen, hebben OP en TK hun verliezen weten te beperken.

Procedure bij de tingsrätt (rechter in eerste aanleg, Zweden)

6. OP en TK zijn onder meer beschuldigd van handel met voorwetenschap in het kader van de aandelenverkoop in kwestie.

7. OP en TK zijn door de tingsrätt ieder veroordeeld tot een voorwaardelijke straf en tot een taakstraf wegens niet-geringe handel met voorwetenschap. Indien in plaats daarvan voor een gevangenisstraf was gekozen, dan zou deze een duur van vier maanden hebben gehad. Als opbrengsten uit misdrijf werd 51 508 SEK van het vermogen van OP en 146 536 SEK van het vermogen van TK in beslag genomen.

8. De tingsrätt oordeelde dat het bericht dat Hybricon geen succes had gehad in de aanbestedingsprocedure, concrete informatie vormde die rechtstreeks betrekking had op Hybricon en die van invloed was op de koers van de aandelen. Bovendien kon deze informatie niet worden geacht openbaar te zijn gemaakt voordat het perscommuniqué door Hybricon was gepubliceerd.

Procedure bij de hovrätt (rechter in tweede aanleg, Zweden)

9. De hovrätt heeft het vonnis van de tingsrätt slechts in die zin gewijzigd dat aan OP en TK ieder een voorwaardelijke straf in combinatie met 150 dagboetes werd opgelegd.

Procedure bij de Högsta domstol (hoogste rechter, Zweden)

10. OP en TK hebben de Högsta domstol verzocht hen vrij te spreken van de aansprakelijkheid voor handel met voorwetenschap. Zij hebben onder andere aangevoerd dat deze informatie vanaf het moment dat het gunningsbesluit was verzonden geen voorkennis meer vormde en aldus een openbaar document was geworden waarvoor geen vertrouwelijkheid gold.

11. Volgens de Riksåklagar (openbaar aanklager, Zweden) dient de uitspraak van de hovrätt te worden bevestigd. De Riksåklagar heeft erkend dat het gunningsbesluit met de verzending ervan een openbaar document was geworden, maar voerde aan dat het besluit nog steeds als vertrouwelijke informatie kon worden aangemerkt. Volgens de Riksåklagaren vormde het besluit hoe dan ook voorwetenschap totdat Hybricon haar perscommuniqué publiceerde.

12. De Högsta domstol heeft het cassatieberoep op grond van de feitelijke vaststellingen van de hovrätt ontvankelijk verklaard.

13. In de onderhavige zaak is de belangrijkste vraag op welk moment de informatie uit het gunningsbesluit betreffende de aanbestedingsprocedure moet worden geacht openbaar te zijn gemaakt en aldus niet langer voorwetenschap vormt.

Toepasselijke bepalingen

Handel met voorwetenschap

14. Krachtens lagen (2016:1307) om straff för marknadmissbruk på värdepappersmarknaden (de wet sancties voor misbruik van de effectenmarkt) wordt degene die over voorwetenschap beschikt en die voor zichzelf of voor een andere persoon de financiële instrumenten waarop de informatie betrekking heeft aankoopt of verkoopt door middel van handel op de effectenmarkt, veroordeeld wegens handel met voorwetenschap (zie hoofdstuk 2, § 1, lid 1). De straf is een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar. Indien het om een ernstig misdrijf gaat, wordt ernstige handel met voorwetenschap bestraft met een gevangenisstraf van ten minste zes maanden en ten hoogste zes jaar. Indien de handeling van geringe betekenis is, wordt geen aansprakelijkheid vastgesteld. De strafrechtelijke aansprakelijkheid vereist dat het feit opzettelijk is gepleegd.

15. De lag om straff för marknadmissbruk zet richtlijn 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (richtlijn marktmisbruik) om in Zweeds recht. Krachtens artikel 3, lid 1, van deze richtlijn moeten de lidstaten de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat handel met voorwetenschap in bepaalde specifieke gevallen, ten minste in ernstige gevallen en indien opzettelijk gepleegd, als strafbaar feit wordt aangemerkt.

16. Krachtens hoofdstuk 1, § 4, van de lag om straff för marknadmissbruk wordt voorwetenschap op dezelfde wijze gedefinieerd als in artikel 7 van de verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (verordening marktmisbruik). De overeenkomstige verwijzing naar de definitie in die verordening is te vinden in artikel 2, lid 4, van de richtlijn marktmisbruik.

17. Op grond van artikel 7, lid 1, onder a), van de verordening marktmisbruik omvat voorwetenschap onder andere niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op een of meer uitgevende instellingen of op een of meer financiële instrumenten en die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een significante invloed zou kunnen hebben op de koers van deze financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Openbaarmaking van voorwetenschap

18. Krachtens artikel 17 van de verordening marktmisbruik maakt een uitgevende instelling voorwetenschap die rechtstreeks betrekking heeft op die uitgevende instelling, zo snel mogelijk openbaar. De uitgevende instelling zorgt ervoor dat de voorwetenschap op een zodanige wijze openbaar wordt gemaakt dat deze snel toegankelijk is en volledig, op correcte wijze en tijdig kan worden

beoordeeld door het publiek, en in voorkomend geval op een specifiek voorgeschreven wijze bekend wordt gemaakt.

19. Wanneer een uitgevende instelling informatie openbaar heeft gemaakt op een wijze die voldoet aan de voorwaarden van artikel 17 van de verordening marktmisbruik, wordt deze informatie geacht openbaar te zijn gemaakt in de zin van artikel 7 van die verordening.

Informatie over de uitkomst van een openbare aanbestedingsprocedure

20. De instantie die een openbare aanbesteding uitschrijft, moet de gegadigden en inschrijvers zo spoedig mogelijk in kennis stellen van besluiten tot gunning van een opdracht of tot sluiting van een raamovereenkomst [zie hoofdstuk 12, § 12, eerste alinea, van lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (wet inzake overheidsopdrachten)]. De instantie moet uiterlijk 30 dagen na de sluiting van een overeenkomst de informatie over de uitkomst van de gunningsprocedure verstrekken (zie hoofdstuk 19, § 7, eerste alinea). Er bestaat geen verplichting om het publiek vóór die datum te informeren.

21. Het gunningsbesluit kan echter een overheidsdocument vormen dat op verzoek openbaar moet worden gemaakt.

Openbaarmaking van overheidsdocumenten

22. De basisbepalingen inzake de openbaarmaking van documenten staan in hoofdstuk 2 van de tryckfrihetsförordning (wet op de persvrijheid). Dit hoofdstuk bepaalt dat eenieder recht heeft op toegang tot overheidsdocumenten, maar dat dit recht onder bepaalde voorwaarden bij wet kan worden beperkt. Een document is een overheidsdocument indien het bij een overheidsinstantie berust en wordt geacht door een overheidsinstantie te zijn ontvangen of door haar te zijn opgesteld. Het document wordt door een overheidsinstantie geacht te zijn opgesteld onder andere wanneer het door haar is verzonden (zie hoofdstuk 2, §§ 1, 2, 4 en 10).

23. Een persoon die een overheidsdocument opvraagt, moet onmiddellijk of zo spoedig mogelijk ter plaatse toegang tot het document krijgen. Op verzoek moet een instantie, waar toepasselijk tegen betaling van een vergoeding, ook een transcriptie of een kopie van het document verstrekken. Een dergelijk verzoek moet door de instantie snel worden behandeld (zie hoofdstuk 2, §§ 15 en 16).

24. In de offentlighets- och sekretesslag (2009:400) (wet inzake de toegang van het publiek tot informatie en vertrouwelijkheid) zijn gedetailleerde bepalingen opgenomen betreffende de officiële procedures voor de openbaarmaking van overheidsdocumenten en de beperkingen van het recht op toegang tot deze documenten. Volgens hoofdstuk 6, § 4, moet een instantie op verzoek van een persoon informatie uit een overheidsdocument verstrekken dat bij de instantie

berust, tenzij de informatie vertrouwelijk is of hiermee het goede verloop van de werkzaamheden in het gedrang zou komen.

25. Het recht op toegang tot overheidsdocumenten geldt onder andere ook ten aanzien van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarin gemeenten een juridisch beslissende invloed uitoefenen. Voor de toepassing van de offentlighets- en sekretesswet moeten deze vennootschappen op dezelfde wijze worden behandeld als de overheidsinstanties (zie hoofdstuk 2, § 3).

26. In het geval van een aanbestedingsprocedure mag de informatie over onder andere een bod in geen geval aan andere personen dan de inschrijver bekend worden gemaakt totdat alle inschrijvingen openbaar zijn gemaakt of het besluit over de leverancier en de inschrijving is genomen of de procedure voordien is afgesloten (zie hoofdstuk 19, § 3, tweede alinea, van de offentlighets- en sekretesswet). De informatie betreffende de aanbesteding kan zelfs nog tot een later moment als vertrouwelijk worden aangemerkt (zie met name hoofdstuk 31, § 16).

27. Gelet op het voorgaande heeft een persoon in beginsel het recht op toegang tot een gunningsbesluit dat is genomen en verzonden door een overheidsinstantie of door een gemeentelijk bedrijf dat met een overheidsinstantie moet worden gelijkgesteld. De termijn waarbinnen een persoon van het besluit of van de inhoud ervan in de praktijk in kennis kan worden gesteld, kan variëren naargelang van de wijze waarop de instantie haar werkzaamheden heeft georganiseerd en andere omstandigheden.

Noodzaak van een prejudiciële beslissing

28. De tingsrätt en de hovrätt hebben geoordeeld dat de informatie uit het gunningsbesluit dat het gemeentelijk bedrijf naar de betrokken bedrijven had verzonden, tot het moment van de bekendmaking van het perscommuniqué door Hybricon voorwetenschap vormde. Deze rechterlijke instanties waren derhalve van oordeel dat de verzending van het gunningsbesluit door het gemeentelijk bedrijf niet betekende dat de informatie openbaar werd gemaakt op de wijze die vereist was opdat deze niet langer als voorwetenschap in de zin van de verordening marktmisbruik zou worden aangemerkt.

29. De belangrijkste vraag voor de Högsta domstol is wanneer de informatie in het gunningsbesluit in de aanbestedingsprocedure moet worden geacht openbaar te zijn gemaakt en dus geen voorwetenschap meer is. De zaak werpt derhalve vragen op over de uitlegging van de term „niet openbaar gemaakt” in artikel 7, lid 1, onder a), van de verordening marktmisbruik.

30. Uit artikel 7, lid 1, onder a), van de verordening marktmisbruik volgt niet dat alle informatie die niet op de in artikel 17 ervan voorgeschreven wijze openbaar is gemaakt, moet worden geacht niet openbaar te zijn gemaakt. Volgens de verklaringen van de Europese Autoriteit voor effecten en markten (Esma) kan

voorwetenschap op een andere wijze openbaar worden gemaakt dan door openbaarmaking overeenkomstig artikel 17, met inbegrip van handelingen van derden (vragen en antwoorden op de verordening marktmisbruik, versie 17, laatstelijk bijgewerkt op 25 november 2022, A5.10).

31. Uit de verordening marktmisbruik blijkt echter niet uitdrukkelijk dat de informatie openbaar kan worden gemaakt door een dergelijke zogenoemde feitelijke openbaarmaking, en bovendien is dit in geen enkele uitspraak van het Hof bevestigd. Er zijn geen andere richtsnoeren met betrekking tot de vereisten die in dergelijke gevallen van toepassing moeten zijn om de informatie niet langer als voorwetenschap te beschouwen.

32. Het is dus niet duidelijk en ook niet opgehelderd hoe de verordening marktmisbruik in dit opzicht moet worden uitgelegd. Derhalve dienen het Hof een prejudiciële vragen te worden gesteld.

Verzoek om een prejudiciële beslissing

33. De Högsta domstol verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Is het noodzakelijk dat openbaarmaking heeft plaatsgevonden op de wijze als bedoeld in artikel 17 van de verordening marktmisbruik, opdat informatie kan worden geacht openbaar te zijn gemaakt overeenkomstig artikel 7, lid 1, onder a), van de verordening?

2. Indien openbaarmaking op een andere wijze mogelijk is, welke omstandigheden moeten dan in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of informatie moet worden geacht openbaar te zijn gemaakt in de zin van artikel 7, lid 1, onder a), van de verordening?