

Openbare versie
Aangetekend verstuurd
De heer R.J.A. van der Bruggen

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 1 van 70
Kopie aan DLA Piper Nederland N.V.
t.a.v. mr. L.E.J. Korsten
Telefoon -----
E-mail -----@afm.nl
Betreft Besluit tot het opleggen van een
bestuurlijke boete

Geachte heer Van der Bruggen,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten aan u een bestuurlijke boete van € 500.000,- op te leggen omdat u op 20 juli 2012 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) door Royal Imtech N.V. (**Imtech**). Imtech heeft op 20 juli 2012 heeft nagelaten te voldoen aan haar verplichting tot het onverwijld openbaar maken van koersgevoelige informatie (**KGI**). Dit is een overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft. De AFM heeft vastgesteld dat u aan deze overtreding feitelijk leiding heeft gegeven.

Hieronder wordt het besluit verder toegelicht. In paragraaf 1 vindt u de weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan het besluit. Paragraaf 2 geeft een beoordeling van de feiten, waarbij ook uw zienswijze aan bod komt. Paragraaf 3 bevat het besluit en in paragraaf 4 staat hoe u bezwaar kunt maken.

1. Feiten

1.1 Verloop van het proces

Op 22 maart 2013 heeft de AFM per brief in het kader van haar toezicht op de naleving van hoofdstuk 5.4 (Regels ter voorkoming van marktmisbruik en voor het optreden op markten in financiële instrumenten) van de Wft een informatieverzoek aan Imtech verstuurd.

Op 8 april 2013 heeft Imtech per e-mail gereageerd op dit informatieverzoek.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 2 van 70

Op 9 april 2013 heeft Imtech per e-mail een insiderlijst verstrekt. Imtech gaf hierbij aan dat de eerdere versie van de insiderlijst, die op 8 april 2013 aan de AFM was verstrekt, nog niet volledig was en derhalve niet als verzonden diende te worden beschouwd.

Op 2 juli 2013 heeft de AFM per brief een aanvullend informatieverzoek verzonden aan Imtech.

Op 31 juli 2013 heeft Imtech per brief gereageerd op de vragen 1 tot en met 9 van het aanvullend informatieverzoek van 2 juli 2013.

Op 9 augustus 2013 heeft Imtech per brief gereageerd op de vragen 10 tot en met 17 van het aanvullend informatieverzoek van 2 juli 2013.

Op 20 augustus 2013 heeft de AFM Imtech per e-mail gevraagd of zij notulen die eerder nog niet beschikbaar waren inmiddels aan de AFM kon verstrekken. Het ging hierbij om de notulen van de vergadering van de Audit Committee van Imtech (**AC**) van 11 en 13 juni 2013 en de notulen van de vergadering van de Raad van Commissarissen van Imtech (**RvC**) van 3, 11, 17 en 27 juni 2013.

Op 26 augustus 2013 heeft Imtech per brief de ontbrekende notulen aan de AFM verstrekt.

Op 12 september 2013 heeft de AFM per brief een aanvullend informatieverzoek verzonden aan Imtech. Aan Imtech is onder meer de elektronische correspondentie gevraagd met betrekking tot de periode van 1 juni 2012 tot en met 1 maart 2013 van en naar de heren Van der Bruggen en [B] ([B]), [REDACTED], [REDACTED] ([REDACTED]), [C] ([C]) ([REDACTED])¹ en [REDACTED] ([REDACTED]).

Op 17 september 2013 heeft Imtech per brief gereageerd op het aanvullend informatieverzoek van 12 september 2013, waarbij Imtech zich vooralsnog beperkte tot het onderdeel ten aanzien van de gevraagde inzage in de elektronische correspondentie van de heren Van der Bruggen, [B], [C] en [REDACTED].

Op 19 september 2013 heeft de AFM de elektronische correspondentie ten kantore van Imtech opgehaald.

Op 11 oktober 2013 heeft Imtech per brief gereageerd op de vragen 1 tot en met 3 en 5 tot en met 8 van het aanvullend informatieverzoek van de AFM van 12 september 2013.

Op 10 december 2013 heeft Imtech per brief gereageerd op vraag 4 van het aanvullend informatieverzoek van de AFM van 12 september 2013.

Op 18 maart 2014 heeft de AFM per brief een aanvullend informatieverzoek verzonden aan Imtech.

¹ [C] is [REDACTED] tot en met 30 april 2012, en wel verantwoordelijk voor Q2 2012. Tot 1 maart 2013 is [C] [REDACTED].

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 3 van 70

Op 16 april 2014 heeft Imtech per brief gereageerd op het aanvullend informatieverzoek van 18 maart 2014.

Op 11 juli 2014 heeft de AFM per brief een aanvullend informatieverzoek verzonden aan Imtech.

Op 25 juli 2014 heeft Imtech per brief gereageerd op het aanvullend informatieverzoek van 11 juli 2014.

Op 23 september 2014 heeft de AFM per brief een concept onderzoeksrapport aan de heer Van der Bruggen verzonden.

Op 7 november 2014 heeft de heer Van der Bruggen per brief zijn zienswijze op het concept onderzoeksrapport gegeven.

Op 24 april 2015 heeft de AFM per brief het definitieve onderzoeksrapport (hierna: het onderzoeksrapport) en een voornemen tot boeteoplegging (hierna: het voornemen) aan de heer Van der Bruggen gezonden. Hierbij heeft de AFM de heer Van der Bruggen in de gelegenheid gesteld op uiterlijk 19 mei 2015 een mondelinge en/of schriftelijke zienswijze te geven op het voornemen.

Op 6 mei 2015 heeft [REDACTED] namens de gemachtigde van de heer Van der Bruggen, telefonisch verzocht om de termijn voor het geven van een mondelinge en/of schriftelijke zienswijze met zes weken te verlengen gerekend vanaf 19 mei 2015.

Op 7 mei 2015 heeft [REDACTED] namens de gemachtigde van de heer Van der Bruggen, in vervolg op voornoemd telefoongesprek op 6 mei 2015 per e-mail onder meer verzocht om de termijn voor het geven van een mondelinge en/of schriftelijke zienswijze te verlengen tot 30 juni 2015.

Op 11 mei 2015 en 13 mei 2015 vindt telefonisch contact plaats tussen [REDACTED] en de AFM onder meer inzake het verzoek tot uitstel van de termijn voor het geven van een mondelinge en/of schriftelijke zienswijze.

Op 15 mei 2015 heeft de gemachtigde van de heer Van der Bruggen per e-mail verzocht om inzage in het onderliggende dossier.

Op 18 mei 2015 heeft de gemachtigde van de heer Van der Bruggen verzocht om een index van alle op de zaak betrekking hebbende stukken. De AFM verstuurt diezelfde dag per e-mail een kopie van Bijlage III bij het onderzoeksrapport, dat een overzicht betreft van alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Tevens heeft de AFM in de e-mail uitstel verleend aan de heer Van der Bruggen, voor het geven van een schriftelijke en/of mondelinge zienswijze tot en met uiterlijk 11 juni 2015.

Op 19 mei 2015 heeft de gemachtigde van de heer Van der Bruggen inzage verkregen in het onderliggende dossier. Tijdens de inzage stelt de gemachtigde van de heer Van der Bruggen een aantal vragen betreffende het onderliggende dossier. De AFM beantwoordt deze vragen per e-mail van 22 mei 2015.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 4 van 70

Op 20 mei 2015 heeft [REDACTED], mede namens de gemachtigde van de heer Van der Bruggen, per brief verzocht om nader uitstel voor het geven van een zienswijze tot ten minste 30 juni 2015.

Op 21 mei 2015 heeft de AFM per e-mail aan de gemachtigde van de heer Van der Bruggen nader uitstel verleend voor het geven van een schriftelijke en/of mondelinge zienswijze tot en met uiterlijk 19 juni 2015.

Op 19 juni 2015 heeft de heer Van der Bruggen bij de AFM schriftelijke zienswijze ingediend en tevens mondeling zijn zienswijze toegelicht.

Op 15 juli 2015 heeft de AFM op verzoek van 19 juni 2015 van de gemachtigde van de heer Van der Bruggen per brief een kopie van de zoektermen die de AFM gebruikt heeft ten behoeve van de zoekacties in de elektronische correspondentie van Imtech verstuurd.

Op 11 augustus 2015 heeft de gemachtigde van de heer Van der Bruggen de AFM per brief een aantal vragen gesteld met betrekking tot de digitale brondata.

Op 12 augustus 2015 heeft de gemachtigde van de heer Van der Bruggen per brief verzocht rekening te houden met de financiële positie van Imtech en de mogelijkheid van een faillissement in verband met een vrijwaring door Imtech ten gunste van de heer Van der Bruggen.

Op 24 augustus 2015 heeft de AFM per brief gereageerd op de brief van 11 augustus 2015.

Op 24 augustus 2015 heeft de AFM per e-mail de heer Van der Bruggen in de gelegenheid gesteld een aanvullende zienswijze te geven naar aanleiding van de recente ontwikkelingen en het daarop gevolgde faillissement van Imtech.

Op 28 augustus 2015 heeft de heer Van der Bruggen per brief zijn aanvullende zienswijze ingediend.

1.2 Feiten die aanleiding vormen voor het besluit

In juli 2011 sluit Imtech een eerste contract voor een nieuw project in Polen. Het project betreft de realisatie van een nieuw avonturenpark in Polen, Adventure World Warsaw (AWW). De betrokkenheid van Imtech bij de realisatie van het avonturenpark bestaat uiteindelijk uit vier projecten, elk met een apart contract.² Twee van de contracten zien op AWW en twee op biologische afvalverwerkingsfabrieken.³ De vier contracten zijn door één en

² De contracten zijn regelmatig gewijzigd. De AFM is uitgegaan van de oorspronkelijke contracten.

³ Deze informatie is gebaseerd op de daadwerkelijke contracten en wijkt af van hetgeen Imtech in het persbericht van 20 juli 2012 heeft opgenomen: 'drie projecten voor Adventure World Warschau en een project betreffende energieopwekkende biocentrales'.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 5 van 70

dezelfde opdrachtgever, [D] ([D])⁴, aan Imtech Polska Sp.zo.o (**Imtech Polska**)⁵ toebedeeld. [D] vertegenwoordigt contractspartijen [X] ([X]), [REDACTED] en [REDACTED]. In onderstaande tabel wordt de datum van de ondertekening van de vier contracten weergegeven en het moment waarop Imtech voor het eerst informatie hierover openbaar maakt.

Datum contract	Aard van contract	Eerste openbaarmaking
20 juli 2011	Een eerste contract inzake AWW wordt afgesloten tussen [X] en Imtech Polska. Het contract (' <i>Contract commissioning M&E Engineering Services and executions for Adventure World of Warsaw</i> ') heeft een oorspronkelijke projectwaarde van € 30 miljoen.	25 juli 2011
26 november 2011	Een contract wordt afgesloten tussen [REDACTED] en Imtech Polska. Het contract (' <i>Turnkey Construction Works Contract</i> ') heeft een oorspronkelijke projectwaarde van € 30 miljoen.	16 november 2011
13 maart 2012	Een contract wordt afgesloten tussen [REDACTED] en Imtech Polska. Het contract (' <i>Turnkey Construction Works Contract</i> ') heeft een projectwaarde van € 77 miljoen.	4 januari 2012
28 maart 2012	Een contract wordt afgesloten tussen [X] en Imtech Polska. Het contract (' <i>Adventure World Warsaw Construction Works Contract</i> ') heeft een oorspronkelijke projectwaarde van € 620 miljoen.	20 juli 2012

Op 28 maart 2012 tekent Imtech Polska⁶ een vierde en laatste contract (hierna: het contract van 28 maart 2012) met [X].⁷ Het grootste deel van de AWW-order vloeit voort uit het contract van 28 maart 2012. De totale AWW-order vormt voor Imtech de grootste order uit de geschiedenis van de onderneming. Het project is niet alleen qua

⁴ Voor een verduidelijking van de namen en functies van (rechts)personen verwijst de AFM naar Bijlage I bij het onderzoeksrapport, *Overzicht met betrokken personen*.

⁵ Imtech Polska wordt ook wel aangeduid met Imtech Polen.

⁶ Ten aanzien van de verwijzingen naar de contractspartij Imtech Polska merkt de AFM het volgende op. De AFM sluit in dit besluit aan bij de bewoording van Imtech in haar persberichten (zie bijvoorbeeld het persbericht van 20 juli 2012), waarin Imtech aangeeft dat contracten zijn gesloten door Imtech. Imtech Polska valt onder de verantwoordelijkheid van Imtech Deutschland GmbH & Co. KG (Imtech Deutschland, ook wel aangeduid met Imtech Duitsland) en is een 100% deelneming van Imtech. Imtech Polska en Imtech Deutschland zijn zelfstandige entiteiten en vallen onder de divisie Germany & Eastern Europe. Imtech Polska rapporteert financiële resultaten als onderdeel van de Imtech divisie Germany & Eastern Europe.

⁷ Ten aanzien van de verwijzingen naar de contractspartij [X] merkt de AFM het volgende op. In verschillende documenten wordt niet naar [X] verwezen als contractspartij, maar wordt (ook) AWW of [D] genoemd. [REDACTED]

[REDACTED]. De AFM zal hierna verwijzen naar AWW als contractspartij nu dat het onderliggende project betreft en Imtech zelf, bijvoorbeeld in haar Report to Shareholders, ook verwijst naar AWW als partij die de vooruitbetaling moest voldoen. Waar nodig zal de AFM dit verduidelijken met de naam van [D] of [X].

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 6 van 70

omvang bijzonder, maar ook vanwege het feit dat Imtech de rol van general contractor zal vervullen, in plaats van de gebruikelijke rol van onderaannemer.⁸ In het persbericht van 20 juli 2012 geeft Imtech hierover aan:

'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. Imtech vervult de rol van 'general contractor' en verzorgt het complete projectmanagement voor de realisatie van het volledige park.'

Met het contract van 28 maart 2012 zijn verschillende vooruitbetalingen gemoeid. Een eerste (aanzienlijke) vooruitbetaling van € 147,6 miljoen, zal op basis van dit contract door Imtech op 28 juni 2012 moeten zijn ontvangen.⁹

De AFM stelt vast dat openbaarmaking door Imtech van informatie met betrekking tot de eerste drie contracten vóór, of in de dagen na ondertekening van een contract plaatsvindt. Het contract van 28 maart 2012 vormt hierop echter een uitzondering. Publicatie van informatie over dit grootste contract met betrekking tot AWW vindt bijna vier maanden later plaats, op 20 juli 2012.

Op 10 april 2012 vindt schriftelijke goedkeuring van het AWW-project plaats op bestuursniveau binnen Imtech.

Uit een e-mail van 9 mei 2012 van [E] ([E]) ([REDACTED]) aan de heer Van der Bruggen met een kopie aan onder meer [B] blijkt dat de uiterste termijn voor de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen is vervroegd van 28 naar 21 juni 2012. Ook blijkt uit de e-mail dat met de publicatie van informatie omtrent het contract van 28 maart 2012 wordt gewacht totdat de betaling is ontvangen.

Op 22 mei 2012 vindt een vergadering plaats van de RvB en het management van Imtech Deutschland. Ook uit de notulen van de vergadering blijkt dat Imtech er op dat moment van uitgaat dat uiterlijk 21 juni 2012 de vooruitbetaling inzake AWW zal worden ontvangen.¹⁰ Die betaling per 21 juni 2012 blijft uit, omdat de opdrachtgever er niet in slaagt de financiering van het project rond te krijgen.

Uit de e-mail van 18 juni 2012 van [F] ([F]) ([REDACTED]) aan de heer Van der Bruggen blijkt dat reeds op 18 juni 2012 een concept persbericht inzake AWW is opgesteld door Imtech.

Op 22 juni 2012 verstuurt [F] per e-mail een aangepaste versie van het concept persbericht inzake AWW van Imtech en een concept persbericht van AWW d.d. 3 mei 2012 naar de heren [E], [REDACTED] en Van der Bruggen.¹¹ De e-mail heeft de volgende inhoud: *'Hallo [E], René and you decided to postpone the Adventure*

⁸ Daadwerkelijke activiteiten werden vooral door Imtech Polska en Imtech Deutschland verricht.

⁹ De AFM heeft vastgesteld dat dit bedrag in meerdere interne en externe stukken van Imtech op verschillende manieren wordt weergegeven en afgerond (bijvoorbeeld € 146 miljoen of € 150 miljoen). De AFM gaat uit van het contractueel bepaalde bedrag van € 147,6 miljoen.

¹⁰ En dus niet 28 juni 2012 zoals in het contract van 28 maart 2012 stond vermeld.

¹¹ Voor een verduidelijking van de namen en functies van (rechts)personen verwijst de AFM naar Bijlage I bij het onderzoeksrapport, *Overzicht met betrokken personen*.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 7 van 70

World Warsaw press release because not all final payments were received. I understand that these payments will come soon. That is why I send to you an improved version of the release, based on a discussion with René implementing the following improvements: more emphasis on the co-operation with [D] and [REDACTED], emphasis on a more European plan of approach, less emphasis on Poland, not mentioning the subject of risk management and no attention for partners. (...)

Op 29 juni 2012 komen Imtech en AWW overeen dat de vooruitbetaling zal plaatsvinden door middel van een promissory note op basis waarvan ‘AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012’, omdat AWW de vooruitbetaling niet kon verrichten. In het ‘Report to Shareholders’ d.d. 18 juni 2013 wordt hierover gemeld:

‘On 29 June 2012, Imtech Germany entered into credit facility agreements with the two German banks referred to under "Bank guarantees" above. The purpose of these credit facility agreements was to enable Imtech Germany to provide for the issuance of the advance payment bank guarantees referred to above. However, 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.

To solve the issue, on 29 June 2012, an amendment to the Construction Works Contract was concluded providing that the prepayment of EUR 147.6 million was to be paid by way of a promissory note. On the same day, AWW issued the promissory note to Imtech Poland. Under the promissory note, AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012. According to the Former CEO, the idea of a promissory note had been introduced by the Former German CEO, possibly at the suggestion of AWW.’

De betaling wordt echter eerder verwacht: ‘The Parties expect to have the Promissory Note paid in cash even before 19 July 2012, (...).’¹²

Op 29 juni 2012 stuurt [G] ([G]) ([REDACTED]) per e-mail aan [B]:

‘De situatie is dat we komende week een beperkte outflow kunnen faciliteren, tot het moment dat de Adventure World cash beschikbaar is. (...).’

Op 4 juli 2012 stuurt [G] per e-mail aan [B]:

‘Ter info, we hebben met [REDACTED] (toevoeging AFM: [REDACTED]) contact gehad over zijn cash behoefte. We hebben hem kunnen accommoderen door voldoende funding over te boeken. Daarnaast zal hij de out-flow tot een minimum beperken, tot de funds van Adventure World tot onze beschikking staan.’

In reactie hierop stuurt [B] diezelfde dag per e-mail aan [G], met een kopie aan de heer [REDACTED]:

‘Wanneer komt nu die adventure funds?’

¹² Annex No. 5 bij het contract van 28 maart 2012.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 8 van 70

De heer [REDACTED] reageert op 4 juli 2012 op de e-mail van [B]:
'[B], [REDACTED] gesproken. Zij komt met een update.'

In reactie hierop stuurt [B] diezelfde dag per e-mail aan de heer [REDACTED]:
'Zou ook pas volgende week kunnen komen houden we het zolang uit of moeten we de 25 van [REDACTED] even gebruiken?'

Op 5 juli 2012 stuurt [B] een e-mail aan [H] ([H]):
'We need to know when we can expect the cash, we are getting short of cash and need to borrow coming days (the vienna money would also help) Please communicate with [REDACTED].'

Op 7 juli 2012 informeert [D] de heer Van der Bruggen, bij een evenement van [REDACTED], over problemen met betrekking tot de aankoop van land ten behoeve van het AWW-project. Daarbij doet [D] het verzoek om dientengevolge de termijn voor betaling op basis van de promissory note voor het bedrag van € 147,6 miljoen uit te stellen. De heer Van der Bruggen verwijst hem door naar Imtech Deutschland.

Op 9 juli 2012 informeert [D] [E] over het feit dat de aankoop van land ten behoeve van het AWW-project vertraging had opgelopen en dat hij niet tot uitbetaling kon overgaan vanwege het feit dat hij er dientengevolge niet in geslaagd was om de financiering van het project rond te krijgen.

Op 17 juli 2012 verstuurt [I] ([I]) ([REDACTED]) een e-mail aan [J] ([J]) ([REDACTED]), met een kopie aan [E], waarin hij AWW verzoekt over te gaan tot uitbetaling van het bedrag van € 147,6 miljoen. Op 17 juli 2012 zijn zowel de heer Van der Bruggen als ook [B] geïnformeerd over negatieve ontwikkelingen inzake de financiering van het AWW-project. Voornoemde e-mail en de reactie hierop van [J] worden door [E] op 17 juli 2012 aan de heren Van der Bruggen en [B] doorgestuurd. In de e-mailwisseling is onder meer opgenomen:

'(...) At this time, Mr. René van der Bruggen was informed by [D] about the situation that involves one landowner in Grodzisk (Mr [REDACTED]) who had prolonged and still prolongs buy-out of his property by Adventure World Warsaw organization. This situation impacted the anticipated date of the payment of the promissory note that you refer to.

Even though the talks with the landowner are now finalized and result in expectation to have a land deal concluded with Mr [REDACTED] at the beginning of next week, the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured is now blocked, short term wise, by land acquisition difficulties.

(...) Adventure World Warsaw has now received proposals regarding bank loan bridging finance that is suitable to be paid out to Adventure World Warsaw latest at the end of July and I know that [D] intended to discuss with [E] the twist of the relevant events tomorrow which as I understand is occasioned by the visit of [E] to Warsaw.'

De heer Van der Bruggen verstuurt op 17 juli 2012 in reactie hierop per e-mail aan [E]:

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 9 van 70

*'Dear [E]
I did not approve anything.
I sent him back to you with his request.
René'*

Op 18 juli 2012 stuurt [E] aan de heren Van der Bruggen en [B]:

'(...) As I told you I will be in Warsaw today for having a meeting with [D] and his lawyer (...). Also I will try to clarify the situation particularly I will try to clarify the situation regarding the Bill of Exchange and the situation "[REDACTED]". I hope to get satisfying and reliable answers..... (...).'¹³

In vervolg op de e-mailwisseling van 17 juli 2012 van de heren [I] en [J], stuurt [J] op 18 juli 2012 een e-mail aan [I], met een kopie aan [E]. [E] stuurt deze e-mail door aan de heren Van der Bruggen en [B]. In de e-mail is onder meer opgenomen:

'(...) At the meeting the gentlemen mainly focussed on the discussion of the main problem with the purchase of land that is owned by [REDACTED].

[D] proposed to prolong the payment of the promissory note as a result of the difficulties in the land purchase. Mr Rene van der Bruggen understood the problem however he could not promise anything at that moment and clearly instructed [D] to discuss the matter with [E]. Mr Rene van der Bruggen could then only offer that he would support Adventure World Warsaw wherever he could.

Given that the above information was directly provided to me today at my request to [D] that he confirms the contents of the email that I sent you last night, please treat my previous e-mail as not full accurate as to the details that are covered in this e-mail.'

Op 18 juli 2012 bevestigt Imtech Deutschland per brief aan AWW, de op die dag tussen de heren [E] en [D] gemaakte afspraken.¹⁴ In de brief is onder meer opgenomen:

- '(...)*
- 2. Advance Payment for AWW in the amount of 147.560 T€ will be done in three tranches, as follows:*
 - 1. tranche 50 mio € SWIFT Friday 27th July 2012, payment Tuesday 31st July 2012 at the latest*
 - 2. tranche 50 mio € SWIFT Friday 3rd August 2012, payment Tuesday 7th August 2012 at the latest*
 - 3. tranche 47.6 mio € SWIFT Friday 10th August 2012, payment Tuesday 14th August 2012 at the latest*
- (...)*
- 4. Promissory note will be newly issued, wording and content will be agreed on today between [J] und - [REDACTED] (Imtech). New date is 15th August 2012.*

¹³ Voor een overzicht van de e-mails verwijst de AFM naar hoofdstuk 10 bij het onderzoeksrapport, *Uitgebreide chronologie*.

¹⁴ De brief is door de heer Van der Bruggen overgelegd bij de schriftelijke zienswijze op 19 juni 2015 en is toegevoegd aan het dossier. De brief is eerder door de AFM per abuis niet geselecteerd uit de door Imtech ter beschikking gestelde stukken.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 10 van 70

(...)

At the same time, I should like to emphasize that the absolute precondition for this is the strict compliance with the now commonly fixed schedule.'

Op 19 juli 2012 verloopt de deadline van de betaling op basis van de promissory note zonder dat het bedrag wordt ontvangen door Imtech.

Op 20 juli 2012 wordt door AWW een persbericht gepubliceerd. Het door AWW gepubliceerde bericht ziet met name op hoe het avonturenpark er uiteindelijk uit komt te zien:

'With much anticipation a 1/16th model of Poland's first large-scale theme park and resort was revealed today showcasing the most exciting new venture in Central Eastern Europe defining Warsaw as a new entertainment destination, announced [D], [REDACTED].'

In het persbericht wordt met betrekking tot de rol van Imtech aangegeven:

'The project's creative team is comprised of such world-renown companies as [REDACTED], Imtech, [REDACTED] -- all of which have exceptional experience in the field of theme parks and resort development.'

Op 20 juli 2012 verstuurt mevrouw [REDACTED] ([REDACTED]) namens [F] onder meer aan de heer Van der Bruggen en [B] de volgende e-mail:

*'Rene van der Bruggen just decided that we will distribute the **Warsaw Adventure Park** press release right now. Please find enclosed the relevant documents which have been approved by [E].'*

Imtech publiceert op 20 juli 2012 in verband met de berichtgeving van AWW zelf ook een persbericht inzake het AWW-project. In dat persbericht wordt onder andere het volgende gemeld:

*'Imtech: order 620 miljoen euro voor Adventure Park in Warschau in Polen.
Grootste Imtech-order ooit.'*

Gouda - Imtech (IM-AE, technische dienstverlening in en buiten Europa) maakt bekend dat het recent een contract heeft getekend met [X], vertegenwoordigd door [D] ([REDACTED]) en [REDACTED] ([REDACTED]) 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.(...)

(...) Imtech vervult de rol van 'general contractor' en verzorgt het complete projectmanagement voor de realisatie van het volledige park.(...)'

Imtech geeft verder aan dat de order een belangrijke referentie vormt voor de onderneming, zowel in het managen van grote projecten als in de specifieke markt van avonturenparken. In het persbericht wordt met betrekking tot de financiering aangegeven:

[REDACTED] 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.’

Na bekendmaking door Imtech - tijdens beurs om 12.31:18 uur¹⁵ - gaat de koers binnen 20 minuten van € 19,84 naar € 20,77, om die dag te eindigen op € 20,30.

Op 24 oktober 2012 vindt een vergadering plaats van de RvC waarbij – blijkens de notulen – gesproken wordt over het publicatiemoment van het persbericht inzake AWW d.d. 20 juli 2012:

‘Eén van de problemen is dat het persbericht door de opdrachtgever veel te vroeg naar buiten is gebracht, waardoor Imtech met een bericht moest volgen. Recent zijn pas de laatste kavels grond en benodigde vergunningen verkregen. Er is nog steeds een discussie over de tekst van de bankgarantie van [REDACTED] ten behoeve van (de bank van) de opdrachtgever. [REDACTED] waarschuwt hiervoor, aangezien de andere bank allerlei onereuze voorwaarden stelt, die niet acceptabel zijn. Gezien deze discussie is het werk voorlopig opgeschort. Een andere optie is het contract op te zeggen, dan krijgt Imtech 10 miljoen. Hierover moet voor het jaareinde duidelijkheid bestaan, omdat óf de wissel moet worden vernieuwd (de eerste vooruitbetaling van 150 miljoen euro op basis van deze wissel is in de halfjaarcijfers verwerkt) óf het contract beëindigd. In het laatste geval heeft het effect op het werkkapitaal.’

Op 4 februari 2013 publiceert Imtech om 7:30 uur¹⁶ een persbericht waarin onder meer de volgende informatie openbaar wordt gemaakt:

- *‘Zeer forse afwaardering op Poolse projecten verwacht: tenminste 100 miljoen euro*
 - *Raad van Bestuur¹⁷ stelt forensisch onderzoek in naar mogelijke onregelmatigheden*
 - *Lokaal management in Polen op non-actief gesteld*
 - *Herrubricering van liquide middelen in halfjaarcijfers 2012*
 - *Afwaardering zal leiden tot het niet voldoen aan convenanten kredietverstrekkers*
 - *EBITA 2012, vóór afwaardering van Poolse projecten en reorganisatielast, hoger dan in 2011*
 - *Naar verwachting geen dividend over 2012*
 - *Aandeelhoudersvergadering 3 april 2013 uitgesteld*
- (...)

¹⁵ Bron: Bloomberg.

¹⁶ Bron: Bloomberg

¹⁷ Op dat moment bestaat de RvB uit de heren [A] ([REDACTED]), [B] ([REDACTED]) en [REDACTED]. De heer [REDACTED]

In het persbericht wordt naast de onregelmatigheden met betrekking tot Poolse projecten meer specifiek ingegaan op de herrubricering van liquide middelen in de halfjaarcijfers 2012:

‘De Raad van Bestuur heeft bovendien vastgesteld dat een in de halfjaarcijfers 2012 onder geldmiddelen en kasequivalenten verantwoorde wissel en geblokkeerde rekeningen met betrekking tot het project Adventure World Warschau ter waarde van circa 200 miljoen euro volgens IFRS moet worden geherrubriceerd onder vlottende financiële activa. Dit bedrag was grotendeels als vooruitbetaling verwerkt op het onderhanden werk voor de vier betrokken projecten. Deze vooruitbetaling was aanzienlijk hoger dan de bestede kosten. Zoals hierboven aangegeven zijn de vooruitbetalingen niet ter beschikking van Imtech gekomen. Het effect hiervan is begrepen in de verwachte afwaardering van tenminste 100 miljoen euro.’¹⁸

De slotkoers van Imtech op 4 februari 2013 bedraagt € 10,20, hetgeen neerkomt op een daling van 48,09% ten opzichte van het slot van de vorige dag.

2. Beoordeling

2.1 Wettelijk kader

Voor een volledig overzicht van het wettelijk kader verwijst de AFM naar Bijlage I. De AFM volstaat hier met een deel van het wettelijke kader.

Wet op het financieel toezicht

Artikel 5:25i

1. In dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt, in afwijking van artikel 1:1, onder uitgevende instelling verstaan: rechtspersoon, vennootschap of instelling:

- a. die financiële instrumenten of andere instrumenten heeft uitgegeven die met haar instemming zijn toegelaten, of waarvoor met haar instemming verzocht is om toelating, tot de handel in Nederland op:
 - 1°. een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, is verleend; of

¹⁸ De AFM heeft vastgesteld dat AWW, met betrekking tot de twee aan AWW gelieerde contracten van 20 juli 2011 en 26 november 2011, in december 2011 vooruitbetalingen aan Imtech moest verrichten ten bedrage van € 21 miljoen en € 37,3 miljoen. Toen AWW in december 2011 niet kon voldoen aan de betalingsverplichting is gebruik gemaakt van een constructie met verpande rekeningen. In het Report to Shareholders van 18 juni 2013 wordt hierover gemeld: *‘The effect of this structure was that, although in form AWW and its affiliate appeared to have made advance payments to Imtech Poland with an amount of EUR 21 million and EUR 37.3 million (or EUR 58.3 million in aggregate), in substance no advance payments had been made or received, as the amounts paid were not accessible to Imtech Poland and carried the risk of being reclaimed by [REDACTED] to satisfy its claims against AWW and its affiliate.’* De AFM heeft vastgesteld dat in januari 2013 binnen Imtech zicht was op een post voor een totaalbedrag van € 205,9 miljoen (te weten AWW gerelateerde vooruitbetalingen van € 147,6 miljoen en € 58,3 miljoen) welke in aanmerking kwam voor herrubricering. Omdat in de notulen uit de periode waar de overtredingen betrekking op hebben uitsluitend werd gesproken over de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen en gelet op het feit dat de AFM niet heeft kunnen vaststellen dat voor januari 2013 zicht was op het totaalbedrag van de herrubricering van afgerond € 200 miljoen, zal de AFM ten aanzien van de overtredingen uitgaan van het bedrag van € 147,6 miljoen.

2°. een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor een vergunning is verleend als bedoeld in artikel 2:96; of

b. op wiens voorstel een koopovereenkomst tot stand is gekomen inzake een financieel instrument, niet zijnde een effect, dat op een gereguleerde markt als bedoeld in onderdeel a, onder 1° of een multilaterale handelsfaciliteit als bedoeld in onderdeel a, onder 2° is toegelaten of waarvoor toelating is aangevraagd.

2. Een uitgevende instelling stelt informatie als bedoeld in de definitie van voorwetenschap in artikel 5:53, eerste lid, die rechtstreeks op haar betrekking heeft, onverwijld algemeen verkrijgbaar.

3. De uitgevende instelling, beheerder van een beleggingsinstelling of beheerder van een icbe kan de algemeenverkrijgbaarstelling van de informatie uitstellen indien:

- a. het uitstel een rechtmatig belang van de uitgevende instelling dient;
- b. van het uitstel geen misleiding van het publiek te duchten is; en
- c. zij de vertrouwelijkheid van deze informatie kan waarborgen.

4. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het derde lid. Daarbij kan worden bepaald wat onder een rechtmatig belang van de uitgevende instelling kan worden verstaan en aan welke vereisten de uitgevende instelling dient te voldoen om de vertrouwelijkheid van de informatie te waarborgen.

(...)

Artikel 5:53

1. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder voorwetenschap: 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. Voorzover het grondstoffenderivaten betreft wordt in dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen, in afwijking van de vorige volzin, onder voorwetenschap verstaan: bekendheid met niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of middellijk betrekking heeft op een of meer grondstoffenderivaten, van welke informatie beleggers in die grondstoffenderivaten bekendmaking mogen verwachten op grond van marktpraktijken die gebruikelijk zijn op de gereguleerde markt of de multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 waarop die grondstoffenderivaten worden verhandeld.

(...)

Besluit transparantie uitgevende instellingen Wft

Artikel 4

1. Onder een rechtmatig belang als bedoeld in artikel 5:25i, derde lid, onderdeel a, van de wet wordt in elk geval verstaan het voorkomen dat de algemeenverkrijgbaarstelling van:

- a. informatie als bedoeld in artikel 5:25i, tweede lid, van de wet, de uitkomst of het normale verloop van onderhandelingen waarbij de uitgevende instelling partij is, kan beïnvloeden;

- b. door het bestuur van de uitgevende instelling genomen besluiten voordat de op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of de statutendoor de raad van commissarissen of een daarmee vergelijkbaar orgaan vereiste goedgekeurd is verleend, samen met de gelijktijdige aankondiging dat deze goedkeuring nog geen feit is, aan een correcte beoordeling door het publiek in de weg kan staan;
- c. een besluit als bedoeld in artikel 1:76 van de wet, een verzoek als bedoeld in artikel 3:160 of 3:161 van de wet of het verlenen van liquiditeitssteun door de Nederlandsche Bank op grond van artikel 8, eerste lid, van de Bankwet 1998, strijd oplevert met het belang van de betrokken financiële onderneming; en
- d. het feit dat de Autoriteit Financiële Markten een verzoek of een mededeling als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 3, eerste lid, van de Wet toezicht financiële verslaggeving heeft gedaan, invloed zou kunnen hebben op de koers van de effecten van de effectenuitgevende instelling, bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet toezicht financiële verslaggeving, of op de koers van daarvan afgeleide effecten.

(...)

Richtlijn 2003/124/EG van de Commissie van 22 december 2003

Artikel 1

Voorwetenschap

1. Voor de toepassing van artikel 1, punt 1, van Richtlijn 2003/6/EG 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.
2. Voor de toepassing van artikel 1, punt 1, van Richtlijn 2003/6/EG wordt verstaan onder „informatie die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een aanzienlijke invloed zou kunnen hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten”, informatie waarvan een redelijk handelende belegger waarschijnlijk gebruik zal maken om er zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.

(...)

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Artikel 5:1

1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Wetboek van Strafrecht (WvSr)

Artikel 51

(...)

2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

2.2 Beoordeling van de feiten

In paragraaf 2.2.1 zal de AFM aantonen dat vanaf 28 maart 2012 sprake is van KGI. In paragraaf 2.2.2 zal de AFM aantonen dat vanaf 20 juli 2012 voor Imtech geen recht op uitstel meer bestond van de verplichting tot openbaarmaking van KGI, en dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, Wft heeft overtreden.

De heer Van der Bruggen heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot het schriftelijk en mondeling geven van een zienswijze. Op 19 juni 2015 heeft de heer Van der Bruggen zijn schriftelijke zienswijze ingediend en tevens zijn zienswijze mondeling toegelicht ten kantore van de AFM.

In zijn zienswijze voert de heer Van der Bruggen verweer tegen het voornemen van de AFM om een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft door Imtech. De AFM zal de zienswijze van de heer Van der Bruggen, voor zover deze betrekking heeft op de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft hierna in paragraaf 2.2.2 behandelen.

In paragraaf 2.2.3 zal de AFM aantonen dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding door Imtech. Hierbij wordt ook ingegaan op de zienswijze van de heer Van der Bruggen op dit punt. In paragraaf 2.2.4 komt de zienswijze van de heer Van der Bruggen ten aanzien van de overige punten aan bod en in paragraaf 2.2.5 is de conclusie van de AFM opgenomen.

2.2.1 KGI

Op grond van artikel 5:25i, tweede lid, Wft is Imtech verplicht informatie als bedoeld in artikel 5:53, eerste lid, Wft die rechtstreeks op haar betrekking heeft, onverwijld algemeen verkrijgbaar te stellen. Van de in artikel 5:53, eerste lid, Wft bedoelde informatie is sprake indien deze informatie:

- i) concreet is;
- ii) rechtstreeks betrekking heeft op Imtech;

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 16 van 70

- iii) niet openbaar is gemaakt; en
- iv) bij openbaarmaking daarvan significante invloed kan hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Imtech kan de openbaarmaking van deze informatie uitstellen indien het uitstel een rechtmatig belang van haar dient, van het uitstel geen misleiding van het publiek te duchten is en zij de vertrouwelijkheid van deze informatie kan waarborgen (artikel 5:25i, derde lid, Wft).

Concrete informatie

Van concrete informatie is sprake *'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 daarvan afgeleide financiële instrumenten'*.¹⁹ Hieruit volgt dat de informatie een bepaalde mate van nauwkeurigheid dient te hebben en in voldoende mate vast moet staan. Voor gebeurtenissen die zich in fasen voltrekken geldt dat iedere fase afzonderlijk *'concreet'* kan zijn.²⁰ Uit de feiten en omstandigheden zoals weergegeven in paragraaf 1.2 blijkt dat in de periode tussen 28 maart 2012 tot en met 20 juli 2012 de volgende gebeurtenissen en ontwikkelingen met betrekking tot het AWW-project plaatsvonden:

- de ondertekening van het contract van 28 maart 2012 met betrekking tot het AWW-project. Dit contract heeft een oorspronkelijke projectwaarde van € 620 miljoen en is voor Imtech van historisch grote omvang. Imtech vervult voor het eerst de rol van general contractor, in plaats van de gebruikelijke rol van onderaannemer. Met het contract van 28 maart 2012 zijn verschillende vooruitbetalingen gemoeid. Een eerste vooruitbetaling van € 147,6 miljoen zal door Imtech moeten zijn ontvangen op 28 juni 2012. Met de publicatie van informatie over het contract van 28 maart 2012 wacht Imtech totdat betaling is ontvangen;
- het vervroegen van de uiterste betaaltermijn voor de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen van 28 naar 21 juni 2012, waarvan Imtech in ieder geval op 9 mei 2012 op de hoogte is;
- het uitblijven van de betaling door AWW op 21 juni 2012 en het dientengevolge uitstellen van het persbericht door Imtech;
- de totstandkoming van de promissory note op 29 juni 2012 ten bedrage van € 147,6 miljoen met deadline 19 juli 2012. Blijkens Annex No. 5 bij het contract van 28 maart 2012 verwachten partijen betaling onder de promissory note eerder dan 19 juli 2012;
- de negatieve ontwikkelingen inzake de financiering van het AWW-project, zoals [D] deze op 7 juli 2012 op een evenement van [REDACTED] aan de heer Van der Bruggen mededeelt en [E] via een doorgestuurde e-mailwisseling tussen de heren [I] en [J] per e-mail aan de heren Van der Bruggen en [B]

¹⁹ Kamerstukken II 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 28 en 24, nr. 4, p. 8-9.

²⁰ D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme: Handboek Marktmissbruik, Serie Onderneming en Recht, deel 34 (tweede druk), Kluwer-Deventer 2008, p. 202-204.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 17 van 70

mededeelt. Kort samengevat zien deze ontwikkelingen op het nog niet kunnen aankopen van al het beoogde land en het niet rondkrijgen van de financiering door AWW;

- het overeenkomen van afspraken op 18 juli 2012 tussen de heren [E] en [D] ten aanzien van onder meer de betaling van € 147,6 miljoen in drie tranches met als uiterste deadlines 31 juli, 7 augustus en 14 augustus 2012. De afspraken verzendt Imtech Deutschland diezelfde dag per brief aan AWW; en
- het uitblijven van de betaling door AWW op 19 juli 2012.

Uit voorgaande volgt dat Imtech in de periode tussen 28 maart 2012 en 20 juli 2012 bekend is met de modaliteiten van het contract van 28 maart 2012 en de hieruit voortvloeiende operationele en financiële risico's.

Bovengenoemde feiten hebben al dan niet in samenhang betrekking 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. Deze informatie is specifiek genoeg om er een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van bovenbedoelde situatie of gebeurtenis op de koers van financiële instrumenten of daarvan afgeleide financiële instrumenten.²¹

De ondertekening van het contract van 28 maart 2012 met een oorspronkelijke projectwaarde van € 620 miljoen, de rol van Imtech als general contractor daarbij en de hiermee gepaard gaande risico's, 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'*²² en het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan *'AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012'*, de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd en het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012 betreft informatie die nauwkeurig te bepalen en vast te stellen is, en daarmee voldoende concreet is.

Rechtstreeks betrekking hebbende op Imtech

Bovengenoemde informatie betreffende het contract van 28 maart 2012 en de niet-nakoming van de hieruit voortvloeiende afspraken heeft naar het oordeel van de AFM rechtstreeks betrekking op Imtech. De contractuele tegenpartij betreft Imtech Polska. Imtech Polska valt onder de verantwoordelijkheid van Imtech Duitsland. Imtech Polska is een zelfstandige entiteit, en 100%-dochtermaatschappij van Imtech. Imtech geeft op 10 april 2012 een schriftelijk akkoord voor het contract van 28 maart 2012, deze wordt door de heer Van der Bruggen verstuurd aan [E], [REDACTED]. Zowel de financiële als de operationele risico's liggen bij Imtech.

In haar persbericht van 20 juli 2012 geeft Imtech zelf onder meer het volgende aan:

'Gouda - Imtech (IM-AE, technische dienstverlening in en buiten Europa) maakt bekend dat het recent een contract heeft getekend met [X] (...). Imtech was in een eerste fase van het park al betrokken bij de

²¹ Kamerstukken II 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 28 en 24, nr. 4, p. 8-9.

²² Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 18 van 70

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. [D] van Adventure World Warsaw, [REDACTED] 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. Bij de uitvoering zijn diverse Imtech-business units betrokken. Het project vormt een belangrijke referentie voor Imtech, zowel in het managen van grote projecten als in de specifieke markt van avonturenparken.'

Die nog niet openbaar is gemaakt

Er is sprake van KGI als de informatie niet openbaar is gemaakt. Informatie is openbaar gemaakt indien het zonder voorbehoud aan derden bekend is gemaakt en daarmee in beginsel kenbaar is voor het beleggend publiek. De informatie waarmee Imtech bekend is op 20 juli 2012²³, is tot dan toe niet verkrijgbaar voor het beleggend publiek.

Op 20 juli 2012 maakt Imtech slechts ten dele informatie openbaar met betrekking tot het AWW-project. Imtech maakt in het persbericht onder meer het volgende bekend:

*'Imtech: order 620 miljoen euro voor Adventure Park in Warschau in Polen.
Grootste Imtech-order ooit.*

Gouda - Imtech (IM-AE, technische dienstverlening in en buiten Europa) maakt bekend dat het recent een contract heeft getekend met [X] (...) 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.(...)

(...) Imtech vervult de rol van 'general contractor' en verzorgt het complete projectmanagement voor de realisatie van het volledige park.(...)

In het persbericht geeft Imtech ten aanzien van het contract van 28 maart 2012 informatie over de projectwaarde, de historisch grote omvang voor Imtech hiervan en de rol van Imtech als general contractor. Het persbericht geeft daarmee slechts een deel van de informatie weer, waarover Imtech op 20 juli 2012 beschikte.²⁴ Informatie over de negatieve feiten en omstandigheden, te weten

²³ Zoals opgenomen onder het kopje 'Concrete informatie' hiervoor.

²⁴ Dit betreft slechts een deel van de informatie achter het eerste liggende streepje onder het kopje 'Concrete informatie' hiervoor.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 19 van 70

- 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*’²⁵;
 - het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’;
 - de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd; en
 - het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012,
- maakt Imtech niet openbaar middels het persbericht.

De AFM is van oordeel dat de KGI tot 20 juli 2012 niet openbaar is en dat Imtech de KGI slechts ten dele openbaar maakt op 20 juli 2012.

Significante invloed op de koers

Significante invloed op de koers houdt informatie in, waarvan een redelijk handelende belegger waarschijnlijk gebruik zal maken om er zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.²⁶ Het gaat derhalve om informatie die betekenisvol is.

Tot 20 juli 2012 informeert Imtech de markt op geen enkele wijze over het contract van 28 maart 2012. Uit de e-mail van 9 mei 2012 van [E] aan de heer Van der Bruggen, met kopie aan onder meer [B], blijkt dat Imtech bewust met publicatie van informatie omtrent het contract van 28 maart 2012 wacht, totdat de betaling van AWW is ontvangen. Dit blijkt ook uit de e-mail van 22 juni 2012 van [F] aan onder meer [E], waarvan de heer Van der Bruggen een kopie ontvangt.

Op basis van het contract van 28 maart 2012 zal een eerste vooruitbetaling van € 147,6 miljoen op 28 juni 2012 moeten zijn ontvangen. Deze uiterste betaaltermijn wordt vervroegd van 28 naar 21 juni 2012. Uit de notulen van de vergadering van 22 mei 2012 van de RvB van Imtech en het management van Imtech Duitsland blijkt dat Imtech ervan uitgaat dat Imtech uiterlijk 21 juni 2012 de vooruitbetaling inzake AWW ontvangt. Betaling blijft op 21 juni 2012 uit, omdat AWW de financiering niet rond krijgt. Naar aanleiding hiervan stellen AWW en Imtech Polska op 29 juni 2012 een promissory note op ten bedrage van € 147,6 miljoen met deadline 19 juli 2012. Blijkens Annex No. 5 bij het contract van 28 maart 2012 verwachten partijen betaling eerder dan 19 juli 2012.

Binnen Imtech is men op de hoogte van de krappe cash positie van de onderneming en het belang van het ontvangen van de vooruitbetaling van AWW:

- Op 29 juni 2012 stuurt [G] per e-mail aan [B] ‘*De situatie is dat we komende week een beperkte outflow kunnen faciliteren, tot het moment dat de Adventure World cash beschikbaar is. (...)*’

²⁵ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

²⁶ Artikel 1, tweede lid, Richtlijn 2003/124.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 20 van 70

- Op 4 juli 2012 stuurt [G] per e-mail aan [B] ‘*Ter info, we hebben met [REDACTED] contact gehad over zijn cash behoefte. We hebben hem kunnen accommoderen door voldoende funding over te boeken. Daarnaast zal hij de out-flow tot een minimum beperken, tot de funds van Adventure World tot onze beschikking staan.*’
- Op 4 juli 2012 stuurt [B] per e-mail aan [G] ‘*Wanneer komt nu die adventure funds?*’
- Op 5 juli 2012 stuurt [B] per e-mail aan [H] ‘*We need to know when we can expect the cash, we are getting short of cash and need to borrow coming days (the vienna money would also help) Please communicate with [REDACTED]*’

[D] informeert de heer Van der Bruggen op 7 juli 2012 over de problemen met betrekking tot de aankoop van land ten behoeve van het AWW-project. In dit gesprek brengt [D] ook ter sprake om de termijn voor betaling op basis van de promissory note uit te stellen. De heer Van der Bruggen verwijst [D] door naar Imtech Deutschland.

Op 17 juli 2012 verstuurt [I] een e-mail aan [J] waarin hij AWW verzoekt over te gaan tot uitbetaling van het bedrag van € 147,6 miljoen. Deze e-mail en de reactie hierop van [J] stuurt [E] op 17 juli 2012 door aan de heren Van der Bruggen en [B]. Uit de reactie van [J] in de e-mailwisseling volgt dat er negatieve ontwikkelingen zijn inzake de financiering van het AWW-project, die voortkomen uit de problemen ten aanzien van de landaankoop, zoals besproken tussen [D] en de heer Van der Bruggen op 7 juli 2012. Tegen die achtergrond heeft [D], zoals hiervoor aangegeven, een voorstel gedaan om de betalingstermijn van de promissory note uit te stellen.

Op 19 juli 2012 verloopt de deadline van de betaling op basis van de promissory note zonder dat Imtech het bedrag ontvangt.

In reactie op het persbericht van 20 juli 2012 ontvangen de heren Van der Bruggen en [B] diverse positieve reacties ten aanzien van de gepubliceerde informatie. Na publicatie van het persbericht gaat de koers van Imtech binnen 20 minuten van € 19,84 naar € 20,77, om die dag te eindigen op € 20,30.

De AFM is van oordeel dat de informatie, die ziet op

- 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*²⁷;
- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’;
- de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012,

betekenisvol is.

²⁷ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 21 van 70

Uit deze informatie blijkt dat er bijzondere risico's en onzekerheden met betrekking tot de betaling door AWW bestaan. Op 20 juli 2012, het moment dat Imtech de markt informeert over het AWW-project, zijn twee contractueel vastgelegde betalingstermijnen verstreken zonder dat betaling heeft plaatsgevonden. Betaling acht Imtech dermate relevant dat zij wacht met publicatie van informatie inzake het AWW-project. In de notulen van de vergadering van de RvC van 24 oktober 2012, waar de heren Van der Bruggen en [B] bij aanwezig zijn, is hierover opgenomen: *'Eén van de problemen is dat het persbericht door de opdrachtgever veel te vroeg naar buiten is gebracht, waardoor Imtech met een bericht moest volgen. Recent zijn pas de laatste kavels grond en benodigde vergunningen verkregen.'* Op 20 juli 2012 moet Imtech, naar de AFM begrijpt te vroeg, een bericht naar buiten brengen. Imtech informeert de markt in haar bericht echter niet over de achtergrond van de reden waarom Imtech het persbericht 'te vroeg' publiceert, namelijk dat betalingen van AWW nog niet door Imtech zijn ontvangen. De negatieve omstandigheden omtrent de financiering en de uitblijvende betalingen door AWW als gevolg van het uitblijven van landaankoop, betreft informatie waarvan een redelijk handelende belegger waarschijnlijk gebruik zal maken om er zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren. Imtech wijkt hiermee van haar eerdere beslissing om niet te publiceren voordat betaling is ontvangen af. Naar het oordeel van de AFM betreft het, tweemaal, uitblijven van betaling van een dergelijk aanzienlijk bedrag en de hieraan ten grondslag liggende problemen informatie die van belang is voor de redelijk handelend belegger bij zijn beleggingsbeslissing. Er is dan ook sprake van informatie die bij openbaarmaking daarvan significante invloed kan hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Ten aanzien van de brief van 18 juli 2012 van Imtech Duitsland aan [D] merkt de AFM het volgende op. De AFM stelt vast dat uit de brief geen omstandigheden blijken die de hiervoor genoemde operationele en financiële risico's in een ander perspectief plaatsen, omdat de inhoud van deze brief onder meer niet afdoet aan het feit dat inmiddels tot tweemaal toe geen betaling was ontvangen, die op basis van het contract van 28 maart 2012 moest worden voldaan. Sterker, uit de brief blijkt dat AWW niet (meer) in staat was om het bedrag van € 147,6 miljoen ineens te voldoen zoals aanvankelijk overeengekomen. Daarbij zij opgemerkt dat Imtech het kennelijk nodig vond te benadrukken dat deze afspraak strikt diende te worden nagekomen: *'(...) the absolute precondition for this is the strict compliance with the now commonly fixed schedule.'*

Zoals hiervoor uiteengezet, kan het deel van het samenstel van feiten dat Imtech niet openbaar heeft gemaakt, te weten

- 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'*²⁸;
- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan *'AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012'*;
- de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012,

²⁸ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 22 van 70

bij openbaarmaking daarvan een significante invloed hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

2.2.2 Uitstel openbaarmaking KGI

Zoals blijkt uit paragraaf 2.2.1 is de AFM van oordeel dat vanaf 28 maart 2012 sprake is van KGI die zich daarna verder ontwikkelt.

Op 20 juli 2012 publiceert AWW een persbericht met betrekking tot het avonturenpark. In het persbericht benoemt AWW ook de samenwerking met Imtech. Imtech publiceert op 20 juli 2012 zelf ook een persbericht. Informatie over de negatieve ontwikkelingen inzake

- 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’*²⁹;
- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan *‘AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012’*;
- de problemen rondom de aankoop van land al het beoogde land in Polen waardoor *‘the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured’* was geblokkeerd; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012,

maakt Imtech niet openbaar middels het persbericht.

Imtech kan de openbaarmaking van deze informatie uitstellen indien wordt voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, neergelegd in artikel 5:25i, derde lid, Wft:

- i) het uitstel dient een rechtmatig belang van Imtech;
- ii) van het uitstel is geen misleiding van het publiek te duchten; en
- iii) Imtech kan de vertrouwelijkheid van de KGI waarborgen.

Het door Imtech genomen uitstel mag slechts voortduren indien aan elk van de drie voorwaarden is voldaan. Wordt niet langer aan één of meer van deze voorwaarden voor uitstel voldaan, dan dient Imtech de KGI onverwijld openbaar te maken.

Rechtmatig belang van Imtech

Van een rechtmatig belang kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer openbaarmaking van informatie de uitkomst of het normale verloop van aan de gang zijnde onderhandelingen of daarmee verband houdende elementen kan beïnvloeden. In het bijzonder wanneer de financiële levensvatbaarheid van de uitgevende instelling in ernstig en imminent gevaar is, zij het niet in het kader van de toepasselijke insolventiewetgeving, mag de openbaarmaking van informatie voor beperkte tijd worden uitgesteld wanneer een dergelijke openbaarmaking de belangen van bestaande en potentiële aandeelhouders ernstig zou schaden doordat de afronding van bepaalde onderhandelingen

²⁹ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

voor de verzekering van het financieel herstel van de emittent op lange termijn erdoor in het gedrang zou worden gebracht. Daarnaast kan bijvoorbeeld van een rechtmatig belang sprake zijn wanneer verwarring onder het publiek moet worden voorkomen over de rechtsgeldigheid van genomen besluiten.³⁰

Geen misleiding te duchten

Van misleiding kan sprake zijn indien de uitgevende instelling opzettelijk informatie achterhoudt met het doel een verkeerde voorstelling van zaken te geven. Of als de uitgevende instelling redelijkerwijs had kunnen of moeten weten dat het achterhouden van informatie een verkeerde voorstelling van zaken zou geven (door in haar andere berichtgeving informatie te verstrekken die niet in overeenstemming is met de informatie waarvoor uitstel is genomen).³¹

Waarborgen van de vertrouwelijkheid

Om de vertrouwelijkheid van informatie te kunnen waarborgen controleert de uitgevende instelling de toegang tot de informatie en treft de uitgevende instelling afdoende maatregelen waardoor deze toegang wordt beperkt tot personen voor wie het noodzakelijk is om in het kader van de normale uitoefening van werk, beroep of functie bekend te zijn met de informatie.³² Ook als de uitgevende instelling voldoet aan voornoemde vereisten om vertrouwelijkheid van de informatie te waarborgen, kunnen zich nog steeds situaties voordoen waarin moet worden geconcludeerd dat de vertrouwelijkheid van de KGI niet langer kan worden gewaarborgd. In dat geval herleeft de verplichting voor de uitgevende instelling om de informatie onverwijld openbaar te maken.³³

Beoordeling

Vaststaat dat op 20 juli 2012 AWW een persbericht publiceert met betrekking tot het avonturenpark en de rol van Imtech daarbij. Imtech brengt op 20 juli 2012, in reactie op het persbericht van AWW, zelf een persbericht uit over de overeenkomst met AWW, de waarde van het contract, de rol van Imtech bij de realisatie van het avonturenpark en het compleet uitgewerkte project(management)- en financieringsplan. Imtech maakt de KGI met betrekking tot het AWW-project aanvankelijk niet openbaar, omdat zij hiermee wilde wachten tot de betaling van € 147,6 miljoen zou zijn ontvangen. Uit de notulen van vergadering van de RvC van 24 oktober 2012 blijkt dat het persbericht door de opdrachtgever veel te vroeg naar buiten is gebracht, waardoor Imtech met een bericht moest volgen.

Nog daargelaten of het persbericht van 20 juli 2012 overeenkomt met de feitelijke situatie, bestaat ten tijde van publicatie in ieder geval het contract van 28 maart 2012 met AWW. Dit betrof de grootste order ooit voor Imtech en Imtech vervult hierbij de rol van general contractor.³⁴ Op 20 juli 2012 is echter ook sprake van

³⁰ Artikel 3, eerste lid, onderdeel a en b, Uitvoeringsrichtlijn 2003/124/EG; art. 4, eerste lid, onderdeel a en b, Besluit uitvoeringsrichtlijn transparantie uitgevende instellingen Wft.

³¹ Brochure AFM, Koersgevoelige informatie, 2009, p. 11.

³² Artikel 4, tweede lid, Besluit uitvoeringsrichtlijn transparantie uitgevende instellingen Wft.

³³ Hof Amsterdam 10 juli 2012, *JOR* 2015/70.

³⁴ Ten aanzien van het project(management)- en financieringsplan merkt de AFM het volgende op. De AFM heeft bij brief van 18 maart 2014 het betreffende project(management)- en financieringsplan opgevraagd bij Imtech. Hoewel Imtech in het persbericht aangeeft dat diverse Imtech divisies waaronder Imtech Nederland betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het gemeenschappelijk en compleet uitgewerkt project(management)-

- 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*’³⁵;
- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’;
- de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012.

Niet blijkt dat deze situatie op 20 juli 2012 gewijzigd is. Imtech maakt in het persbericht echter geen informatie hierover openbaar.

Niet is aangetoond dat het uitstel van algemeenverkrijgbaarstelling (van het deel) van de KGI een rechtmatig belang dient van Imtech. Naar het oordeel van de AFM is van een dergelijk rechtmatig belang in ieder geval vanaf 20 juli 2012 geen sprake, omdat AWW op 20 juli 2012 naar buiten treedt met informatie over het AWW-project en de rol van Imtech daarbij. Het persbericht van Imtech bevat slechts een deel van de KGI die betrekking heeft op Imtech en geeft daarmee geen volledig beeld over het AWW-project en de gevolgen en mogelijke risico's daarvan voor Imtech. Imtech dient de KGI volledig en onbewerkt en op zodanige wijze algemeen verkrijgbaar te stellen dat onder andere correcte en tijdige inschatting van het publiek mogelijk is.³⁶ Door slechts een deel van de KGI openbaar te maken, en niet de hiervoor genoemde negatieve ontwikkelingen, heeft Imtech een verkeerde voorstelling van zaken aan de markt gegeven, waardoor misleiding te duchten was. Of sprake is van het waarborgen van de vertrouwelijkheid met betrekking tot het deel van de informatie dat Imtech niet openbaar maakt kan hier buiten beschouwing blijven nu uit artikel 5:25i, derde lid, Wft volgt dat moet worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden. Op 20 juli 2012 is geen sprake (meer) van een rechtmatig belang van Imtech en is van uitstel niet langer geen misleiding van het publiek te duchten, waardoor het door Imtech genomen uitstel niet langer mag voortduren. Imtech diende de KGI op 20 juli 2012 onverwijld openbaar te maken.

en financieringsplan heeft Imtech hierop aangegeven: ‘*Op enkele bouwtekeningen na, die zijn overgelegd als Bijlage 1, is geen project (management)- en financieringsplan beschikbaar bij Royal Imtech (Imtech). Ook is bij Imtech niemand meer werkzaam die hierbij betrokken was en hierover informatie zou kunnen verstrekken, Imtech Polen zou als general contractor, over alle projectdocumentatie moeten beschikken. Bij Imtech Polen is echter evenmin projectdocumentatie beschikbaar. Zoals staat omschreven op pagina 27 van het Report to Shareholders is er bewijs dat in de nacht van 2 op 3 februari 2013 delen van de boeken en documentatie zijn verwijderd door de voormalige Poolse CEO, het voormalige Poolse tweede bestuurslid en sommige andere van de Poolse key staff members die in het weekend van 2-3 februari 2013 een vaststellingsovereenkomst hebben getekend met de voormalige Poolse CEO en het voormalige Poolse tweede bestuurslid. Daarbij zijn belangrijke delen van de documentatie van het AWW-project verdwenen. Ook veel elektronische bestanden zijn in dit weekend verdwenen. Om deze reden kan nu niet meer worden vastgesteld wat het project(management)- en financieringsplan heeft ingehouden en zelfs kan nu niet meer met zekerheid worden vastgesteld of dit er ooit is geweest.*’ Aangezien Imtech het betreffende persbericht zelf heeft opgesteld mag de achterliggende informatie ook bij Imtech aanwezig worden geacht te zijn. Nu niet met zekerheid kan worden vastgesteld of er ooit een project(management)- en financieringsplan is geweest, is de AFM van oordeel dat niet kan worden gesteld dat de informatie in het persbericht met betrekking tot het compleet uitgewerkte project(management)- en financieringsplan zonder meer juist was.

³⁵ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

³⁶ Artikel 5, vierde lid, Besluit uitvoeringsrichtlijn transparantie uitgevende instellingen Wft.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 25 van 70

Conclusie

Imtech maakt vanaf 28 maart 2012 gebruik van de mogelijkheid tot uitstel van openbaarmaking van KGI op grond van artikel 5:25i, derde lid, Wft. Voor zover er voor 20 juli 2012 al sprake zou zijn van een rechtmatig belang van Imtech en van het feit dat van uitstel geen misleiding is te duchten, is hier vanaf 20 juli 2012 geen sprake meer van.

Zienswijze van de heer Van der Bruggen

Samengevat is door en namens de heer Van der Bruggen het volgende aangevoerd:

De heer Van der Bruggen schaaft zich achter [REDACTED] ten aanzien van de materiële vraag of de verweten gedraging een inbreuk op de Wft oplevert in zoverre [REDACTED] betwist dat sprake is geweest van enige inbreuk. De heer Van der Bruggen betwist dat sprake was van KGI c.q. het achterhouden daarvan, terwijl daar geen rechtvaardiging voor was.

De heer Van der Bruggen voert in aanvulling hierop nog aan dat de AFM niet concreet heeft geadstrueerd en onderbouwd dat sprake was van een significante invloed op de koers van het aandeel Imtech en dat en waarom een redelijk handelende belegger (waarschijnlijk) gebruik zou maken van de door AFM als KGI aangeduide informatie. De AFM is niet concreet ingegaan op de vraag of voor de maatman-belegger sprake is geweest van KGI. De heer Van der Bruggen stelt dat dit op zichzelf reeds in de weg staat aan het vaststellen van een inbreuk en het opleggen van een boete.

De heer Van der Bruggen stelt dat sprake is van dezelfde, identieke, verweten gedraging(en), waardoor niet op 20 juli 2012 sprake kan zijn van gelijktijdige overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft en artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft, althans de heer Van der Bruggen betwist dat de AFM de bevoegdheid heeft om voor beide overtredingen afzonderlijk een boete op te leggen. Dubbele beboeting zou strijd opleveren met het evenredigheidsbeginsel.

Reactie AFM

[REDACTED] ten aanzien van de materiele vraag of de verweten gedraging een inbreuk op de Wft oplevert heeft de AFM betrokken in voorgaande beoordeling (paragraaf 2.2.1 en 2.2.2).

Uit de beoordeling blijkt ook dat een redelijk handelende belegger van de niet openbaar gemaakte informatie waarschijnlijk gebruik zou hebben gemaakt om er zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.

Voor de reactie op de stelling van de heer Van der Bruggen dat sprake is van dezelfde, identieke, verweten gedraging(en), waardoor niet op 20 juli 2012 sprake kan zijn van gelijktijdige overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft en artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft, verwijst de AFM naar paragraaf 3.1.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 26 van 70

2.2.3 Feitelijk leidinggeven door de heer Van der Bruggen

In artikel 5:1, derde lid, Awb is artikel 51, tweede en derde lid, WvSr van overeenkomstige toepassing verklaard. In artikel 51, tweede lid, WvSr is bepaald:

‘Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.’

Volgens vaste jurisprudentie is sprake van feitelijke leidinggeven aan een verboden gedraging door een rechtspersoon, indien:

- i) een functionaris wist van de verboden of soortgelijke gedraging door de rechtspersoon, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat die verboden of soortgelijke gedraging zich zou voordoen;
- ii) hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om die verboden gedraging te voorkomen en/of te beëindigen;
- iii) maar maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.³⁷

i) De heer Van der Bruggen was op de hoogte van het feit dat Imtech op 20 juli 2012 heeft nagelaten KGI onverwijld algemeen verkrijgbaar te stellen, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans op die verboden gedraging aanvaard

Voor de vraag of de heer Van der Bruggen als feitelijke leidinggever kan worden aangesproken is van belang of zijn (voorwaardelijk) opzet is gericht op de feitelijke gedraging van Imtech (het kleurloos opzet). Het (voorwaardelijk) opzet van de heer Van der Bruggen hoeft niet gericht te zijn op de wederrechtelijkheid van de feitelijke gedraging.³⁸ De vraag of de heer Van der Bruggen wist dat met de gedraging van Imtech de wet werd overtreden is dus niet relevant.

De heer Van der Bruggen was van 1 mei 1999 tot 3 april 2013 CEO bij Imtech. De gehele RvB van Imtech bestond in de periode van 28 maart 2012 tot en met 20 juli 2012 uit de heren Van der Bruggen en [B]. Uit diverse e-mails en documenten zoals genoemd in paragraaf 1.2, blijkt dat de heer Van der Bruggen bekend was met het contract van 28 maart 2012, de modaliteiten hiervan en de hieruit voortvloeiende operationele en financiële risico's. De AFM zal hierna uiteenzetten welke wetenschap de heer Van der Bruggen had met betrekking tot de ontwikkelingen van het AWW-project.

³⁷ Bijv. HR 16 december 1986, NJ 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II); HR 8 juni 1999, NJ 1999, nr. 579; HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584; CBb 17 juli 2015, ECLI:NL:CBb:2015:256 en CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBb:2015:312.

³⁸ Zoals nog eens bevestigd door het CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBb:2015:312..

- De heer Van der Bruggen is bekend met het contract van 28 maart 2012. Imtech geeft op 10 april 2012 een schriftelijk akkoord voor het contract van 28 maart 2012. Het akkoord wordt door de heer Van der Bruggen verstuurd aan [E].
- Uit onder meer de e-mail van 9 mei 2012 van [E] aan onder meer de heer Van der Bruggen blijkt dat de heer Van der Bruggen bekend is met het vervroegen van de overeengekomen betaaldatum van 28 juni naar 21 juni 2012 voor de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen inzake AWW en de keuze van Imtech om te wachten met een persbericht inzake AWW totdat betaling is ontvangen. Uit de e-mail van 18 juni 2012 van [F] aan de heer Van der Bruggen blijkt dat de heer Van der Bruggen bekend is met het concept persbericht van Imtech inzake AWW.
- Uit de e-mail van 22 juni 2012 van [F] aan onder meer de heer Van der Bruggen blijkt dat de heer Van der Bruggen en [E] besloten hebben de publicatie van het persbericht inzake AWW uit te stellen, omdat betaling niet is ontvangen. De heer Van der Bruggen is dus bekend met het feit dat de betaling van € 147,6 miljoen niet is voldaan op 21 juni 2012. Uit de e-mail blijkt ook dat de heer Van der Bruggen betrokken is geweest bij het opstellen van het concept persbericht en tevens bekend is met het concept persbericht van AWW.
- Uit de e-mails van 17 juli en 18 juli 2012 van [E] aan onder meer de heer Van der Bruggen en het Report to Shareholders van 18 juni 2013 (pagina 62) blijkt dat de heer Van der Bruggen op 7 juli 2012 (de AFM merkt op dat in het Report to Shareholders 9 juli 2012 staat) bekend is met de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd en dat [D] dientengevolge het verzoek heeft gedaan om de promissory note een extra maand uit te stellen.
- De heer Van der Bruggen is bekend met de brief van 18 juli 2012 van Imtech Duitsland aan AWW met daarin de op die dag tussen de heren [E] en [D] gemaakte afspraken. De heer Van der Bruggen ontvangt een kopie van de e-mail van 18 juli 2012 van de secretaresse van [E] aan [D] met daarin de brief. De afspraken zien onder meer op betaling van € 147,6 miljoen in drie tranches uiterlijk op 31 juli, 7 augustus en 14 augustus 2012. De AFM verwijst voor haar beoordeling ten aanzien van de inhoud van de brief naar paragraaf 2.2.1. Op 19 juli 2012 ontvangt de heer Van der Bruggen een kopie van de e-mail van [D] die reageert op de brief van [E].
- De heer Van der Bruggen is eveneens bekend dat op 19 juli 2012 betaling van € 147,6 miljoen uitblijft. Zoals blijkt uit voornoemde brief van 18 juli 2012 en de reactie van [D] op 19 juli 2012 zal niet worden voldaan aan de deadline van 19 juli 2012.

Op 20 juli 2012 wordt door Imtech het persbericht inzake AWW gepubliceerd, waarin slechts ten dele KGI openbaar wordt gemaakt. Overige KGI over de bij het AWW-project behorende feiten en omstandigheden, te weten

- 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'*³⁹;

³⁹ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 28 van 70

- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’;
- de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012,

wordt niet openbaar gemaakt in het persbericht van 20 juli 2012. De heer Van der Bruggen ontvangt het definitieve persbericht per e-mail, namens [F] van mevrouw ██████, voor publicatie van het persbericht. Uit deze e-mail blijkt dat de heer Van der Bruggen heeft besloten op 20 juli 2012 een persbericht te publiceren. Naar aanleiding van het persbericht ontvangt de heer Van der Bruggen verschillende felicitaties per e-mail.

In paragraaf 2.2.1 en 2.2.2 heeft de AFM vastgesteld dat sprake is van KGI en dat op 20 juli 2012 geen recht meer bestond op uitstel van publicatie van de volledige KGI. Daarbij heeft de AFM aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, Wft heeft overtreden. Uit de bovengenoemde feiten en omstandigheden blijkt dat de heer Van der Bruggen volledig op de hoogte was van de informatie die, al dan niet in samenhang, naar het oordeel van de AFM kan worden gekwalificeerd als KGI en de publicatie van het persbericht van 20 juli 2012.

De AFM is gelet op de wetenschap van de heer Van der Bruggen ten aanzien van het uitblijven van de betaling op 21 juni 2012 en het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note, de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor AWW haar financiering niet rond kreeg, het voor de tweede maal uitblijven van de contractueel afgesproken betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012 en de publicatie van het persbericht op 20 juli 2012 van oordeel dat de heer Van der Bruggen op de hoogte was van de verboden gedraging van Imtech op 20 juli 2012, althans heeft hij bewust de aanmerkelijke kans daartoe aanvaard.

ii) De heer Van der Bruggen was bevoegd en redelijkerwijs gehouden om de verboden gedraging door Imtech te voorkomen

De AFM is van oordeel dat de heer Van der Bruggen bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedraging door Imtech te voorkomen. De AFM baseert haar oordeel op het feit dat de heer Van der Bruggen ten tijde van de verboden gedraging door Imtech, CEO van Imtech was en vanuit die positie bevoegd en redelijkerwijs gehouden was in te grijpen. Daarbij is de heer Van der Bruggen nauw betrokken geweest bij het opstellen van het persbericht en heeft de heer Van der Bruggen op 20 juli 2012 besloten het betreffende persbericht te publiceren.⁴⁰ Het lag dan ook in de macht van de heer Van der Bruggen om de bewuste gedraging te voorkomen.

iii) De heer Van der Bruggen heeft geen maatregelen genomen om de overtreding te voorkomen

De AFM is van oordeel dat de heer Van der Bruggen geen maatregelen heeft genomen om de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft door Imtech te voorkomen. Niet is aangetoond dat de heer Van der Bruggen enige

⁴⁰ Uit de e-mail van 20 juli 2012 van mevrouw ██████ namens [F] volgt: ‘*Rene van der Bruggen just decided that we will distribute the Warsaw Adventure Park press release right now. (...)*’.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 29 van 70

inspanning heeft verricht of poging heeft ondernomen om te voorkomen dat Imtech op 20 juli 2012 een onvolledig persbericht publiceerde. Sterker, de heer Van der Bruggen heeft besloten het persbericht zoals gepubliceerd op 20 juli 2012 op die wijze openbaar te maken. Pas op 4 februari 2013 raakt de markt bekend met de volledige KGI, doordat Imtech in haar persbericht heeft opgenomen dat de vooruitbetalingen voor de Poolse projecten niet volgens de met de opdrachtgever gemaakte afspraken ter beschikking van Imtech staan, omdat AWW haar financiering niet rond heeft.

Zienswijze de heer Van der Bruggen

Feitelijk leidinggeven

De heer Van der Bruggen stelt dat in het onderzoeksrapport is opgenomen dat *'beoordeeld is in hoeverre sprake is geweest van het feitelijk leidinggeven, [REDACTED] (...)*'. De heer Van der Bruggen merkt op dat de toetsing of sprake is van feitelijk leidinggeven naar zijn aard een individuele, op de betrokken persoon gerichte toets is. Niet de wetenschap en betrokkenheid (of het ontbreken daarvan) van [REDACTED] is van belang, doch uitsluitend de wetenschap en betrokkenheid (of het ontbreken daarvan) van de heer Van der Bruggen. De heer Van der Bruggen betwist dat hij kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever ten aanzien van de verweten gedraging.

De heer Van der Bruggen betwist dat hij op 17 juli 2012 bekend is geworden met belangrijke risico's met betrekking tot de voortgang en de financiering van het AWW-project. In de e-mail van 17 juli 2012 staat dat de verwachting is dat aan het begin van de daarop volgende week de landaankoop rond zal zijn en dat de betaling van de promissory note in verband met vertraagde landaankoop een maand doorschuift. De heer Van der Bruggen verwijst daarbij ook naar het antwoord van Imtech op 9 augustus 2013 op het informatieverzoek van de AFM van 2 juli 2013:

'Overigens hebben de voormalige leden van de Raad van Bestuur aangegeven dat zij deze verlenging slechts als een timing issue zagen. Niet is gebleken dat zij betrokken zijn geweest bij de verlenging van de promissory note.'

De heer Van der Bruggen geeft aan dat de passage *'(...) Also, the Former Board of Management did not inform the Audit Committee and [REDACTED] that the termination date of the promissory note had been extended because AWW had been unable to pay under the promissory note due to a lack of financing.(...)*' op pagina 63 van het Report to Shareholders niet geheel juist is. Zoals volgt uit de e-mail van 17 juli 2012 was de financiering op dat moment rond (*'secured'*). Aangezien nog niet alle grond was aangekocht, was de financiering feitelijk echter nog niet beschikbaar. Dat was de reden dat *'AWW had been unable to pay under the promissory note'*.

De stelling dat de heer Van der Bruggen op 19 juli 2012 bekend was met het verstrijken van de deadline van de bestaande promissory note zonder dat betaald was, voegt volgens de heer Van der Bruggen niets toe ten opzichte van de kennis die de heer Van der Bruggen reeds op 17 juli 2012 had. In de e-mail van 17 juli 2012 wordt gerefereerd aan het verzoek van [D] om de betaaldag van de promissory note met een maand te verlengen. De brief van 18 juli 2012, waarin een betalingschema is opgenomen, is door de heer Van der Bruggen overgelegd bij de zienswijze.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 30 van 70

De heer Van der Bruggen wijst er verder op dat aan ieder groot project diverse risico's – operationele en andere – zijn verbonden. Iedere redelijk handelende belegger is daarvan op de hoogte. Het is dan ook niet nodig om bij de aankondiging van een nieuw project te melden dat daar risico's aan verbonden zijn. De stelling van de AFM op pagina 23 van het onderzoeksrapport, dat *'de markt er vanuit zou kunnen gaan dat er ten aanzien van voortgang en financiering van het project geen sprake was van noemenswaardige risico's'* *'doordat in het bericht niet werd gewezen op bestaande risico's'*, is onjuist en onrealistisch. Een redelijk handelende belegger realiseert zich dat een project als het AWW-project niet zonder risico's is. Hij zal uit het feit dat in het persbericht niet over risico's wordt gerept, niet afleiden dat het AWW-project zonder risico's is. De AFM wijst in haar onderzoeksrapport op pagina 40 zelf *'ter illustratie'* op publieke informatie waarbij reeds in 2011 gewezen werd op risico's inzake AWW. Van KGI kan op dit punt dan ook geen sprake zijn. In de eerste plaats gaat het hier om publieke informatie. In de tweede plaats illustreert het feit dat door een klaarblijkelijke buitenstaander over risico's in relatie tot het AWW-project wordt gesproken het standpunt dat een redelijke handelende belegger zich realiseert dat aan een dergelijk project risico's zijn verbonden.

De reden om het onderwerp risicomanagement niet in het persbericht van 20 juli 2012 op te nemen was uitsluitend gelegen in de overweging dat dit geen geschikt onderwerp is voor een persbericht. Imtech ging in persberichten over nieuwe projecten nimmer in op de daaraan gerelateerde risico's. In het persbericht staat dat er een gemeenschappelijk compleet uitgewerkt project (management)- en financieringsplan tot stand is gebracht. In het persbericht staat niet dat de financiering al rond zou zijn; dat zou een feitelijk onjuiste mededeling zijn geweest. Door in het persbericht te spreken over *'financieringsplan'* is voor iedere lezer van het persbericht, en dus ook voor de redelijk handelende belegger, duidelijk dat er op dat moment blijkbaar nog geen afgeronde financiering beschikbaar was, maar wel een plan voor de financiering. In het persbericht staat terecht niet dat Imtech al een vooruitbetaling zou hebben ontvangen. Dat zou immers feitelijk onjuist zijn geweest.

Het is niet juist dat Imtech in haar persbericht alleen de positieve elementen heeft gedeeld. Zoals aangegeven heeft Imtech in haar persbericht op neutrale wijze gemeld dat zij *'gemeenschappelijk een compleet uitgewerkt project (management)- en financieringsplan tot stand hebben gebracht'*.

Van der Bruggen betwist dat de vijf, door de AFM genoemde, elementen als KGI kwalificeren. Deze conclusie wordt bevestigd wanneer het persbericht van Imtech wordt afgezet tegen het persbericht van AWW van diezelfde dag. Het persbericht van AWW bevatte geen informatie over risico of risicomanagement en evenmin over de financiering van het AWW-project. Als het persbericht van AWW op deze punten wél informatie zou hebben bevat en deze informatie zou voor zover Imtech bekend onjuist of onvolledig zijn geweest, dan zou Imtech over KGI hebben beschikt die zij - in haar eigen persbericht van 20 juli 2012 - naar buiten had moeten brengen.

Het voor beboeting vereiste (kleurloos) opzet van de heer Van der Bruggen ontbreekt. De heer Van der Bruggen heeft geen van de vijf door de AFM als KGI aangemerkte elementen zelf als KGI aangemerkt. Het tegendeel wordt door de AFM ook niet (vast)gesteld. Evenmin heeft de heer Van der Bruggen zich erover uitgelaten, laat staan dat hij zou hebben besloten, om de door AFM genoemde vijf elementen bewust niet in het persbericht op te nemen.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 31 van 70

De heer Van der Bruggen voegt aan vorenstaande nog toe dat Imtech door het persbericht van AWW op 20 juli 2012 zich plotseling gedwongen zag om zelf ook een persbericht uit te doen. De beslissing hieromtrent is genomen in de ochtend van 20 juli 2012, in een tijdsbestek van enkele uren. Een dergelijk kort tijdvak leent zich er niet voor om een gedetailleerder persbericht te maken dan het persbericht zoals dat is verzonden. Dat eerder (op 18 juni 2012) al een concept persbericht was doet hier niet aan af. Dat concept persbericht was door de feiten al weer deels achterhaald.

Dat uit de e-mail van [F] van 22 juni 2012 zou blijken dat Imtech had besloten om het concept persbericht van 18 juni 2012 niet uit te doen vanwege de nog niet ontvangen vooruitbetaling, is niet relevant voor de beoordeling van het persbericht dat Imtech op 20 juli 2012 heeft uitgedaan. Voor de beoordeling van het persbericht op 20 juli 2012 zijn de omstandigheden op die dag relevant en niet overwegingen van Imtech op een eerder moment en onder andere omstandigheden. Relevant is slechts het blote feit dat Imtech zelf, tot het moment waarop op 20 juli 2012 AWW haar persbericht uit deed, niet voornemens was om een persbericht over het AWW-project uit te doen.

De AFM concludeert in haar onderzoeksrapport *‘dat op 20 juli 2012 sprake was van KGI voor Imtech met betrekking tot het AWW-project die niet meer vertrouwelijk kon worden gehouden. AWW was immers al naar buiten gekomen met informatie ten aanzien van AWW waardoor Imtech een persbericht over het project naar buiten moest brengen.’* Afgezien van het feit dat de heer Van der Bruggen meent dat van KGI geen sprake was, wijst Van der Bruggen op de denkfout die AFM hier maakt dat de publicatie van het persbericht door AWW Imtech zou verplichten tot het naar buiten brengen van de door AFM genoemde vijf elementen. Uit het enkele feit dat AWW op 20 juli 2012 een persbericht heeft uitgebracht, volgt niet dat de door AFM genoemde vijf elementen KGI zijn. Of dat het geval is, hangt af van de feiten op 20 juli 2012, waaronder de inhoud van het persbericht van AWW.

Reactie AFM

De AFM volgt de redenering van de heer Van der Bruggen, dat de toetsing of sprake is van feitelijk leidinggeven naar zijn aard een individuele, op de betrokken persoon gerichte toets is. De AFM geeft in het onderzoeksrapport aan dat beoordeeld is in hoeverre [REDACTED]. Voorts zij verwezen naar hetgeen de AFM dienaangaande hiervoor in deze paragraaf opmerkt.

In de e-mail van 17 juli en 18 juli 2012 van [J] aan [I] wordt gerefereerd aan de ontmoeting tussen de heren Van der Bruggen en [D] op 7 juli 2012. Bij die ontmoeting informeert [D] de heer Van der Bruggen over de problemen met betrekking tot de aankoop van land ten behoeve van het AWW-project en verzoekt [D] om betaling van de promissory note uit te stellen. De heer Van der Bruggen ontvangt deze e-mailwisseling per e-mail van [E], maar is al op 7 juli 2012 op de hoogte van deze problematiek. Uit de e-mail van 17 juli 2012 blijkt naar het oordeel van de AFM geenszins omstandigheden die bevestigen dat de problemen met betrekking tot de aankoop van het land niet meer bestaan, noch dat AWW de financiering rond heeft. Gelet op het feit dat de betaling van € 147,6 miljoen op 20 juli 2012 al twee keer niet is voldaan vanwege financieringsproblemen en problemen met betrekking tot de aankoop van land, en dat deze situatie op 20 juli 2012 ongewijzigd is, is de heer Van der Bruggen naar het oordeel

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 32 van 70

van de AFM wel degelijk bekend met belangrijke risico's met betrekking tot de voortgang en de financiering van het AWW-project.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat uit de e-mail van 17 juli 2012 volgt dat de financiering op dat moment rond ('secured') was, volgt de AFM niet. Uit de e-mail van 17 juli 2012 volgt dat '*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured is now blocked, short term wise, by land acquisition difficulties*'. Naar het oordeel van de AFM volgt hieruit dat de financiering inzake AWW is geblokkeerd vanwege de problemen met de landaankoop. AWW had de financiering van het AWW-project dus op dat moment niet rond. Temeer nu aan belangrijke voorwaarden meermaals niet is voldaan, ontstaat gereede twijfel over de beschikbaarheid van de financiering.

De heer Van der Bruggen was bekend met het uitblijven van de betaling op 19 juli 2012 (inmiddels voor de tweede keer). De redenering van de heer Van der Bruggen, dat bekendheid hiermee niets toevoegt ten opzichte van de kennis die de heer Van der Bruggen reeds op 17 juli 2012 had, volgt de AFM niet. Uit de e-mail van 17 juli 2012 blijkt het verzoek van [D] om uitstel van de betaling, maar dit doet niet af aan het feit dat AWW op 19 juli 2012 niet voldoet aan contractuele voorwaarden van de promissory note.

De AFM volgt de heer Van der Bruggen in zijn redenering, dat aan ieder groot project diverse risico's zijn verbonden en dat een redelijk handelende belegger zich realiseert dat een project als het AWW-project niet geheel zonder risico's is. Op 20 juli 2012 informeert Imtech de markt echter niet over (negatieve) feiten en omstandigheden behorende bij het AWW-project en onzekerheden omtrent de financiering van het AWW-project en maakt Imtech naar het oordeel van de AFM slechts ten dele de KGI openbaar: publicatie van belangrijke (negatieve) feiten en omstandigheden ten aanzien van de risico's omtrent de voortgang en financiering van het project wordt achterwege gelaten. Deze specifieke risico's blijken niet uit het persbericht. Een redelijk handelende belegger zal zich, mede gelet op de positieve bewoordingen van het persbericht van AWW en dat van Imtech, zonder nadere informatie niet realiseren dat er dergelijke grote en noemenswaardige risico's bestaan met betrekking tot het AWW-project. Het was voor alle betrokkenen, waaronder niet op de laatste plaats Imtech, van cruciaal belang dat de gelden van de financier daadwerkelijk en onvoorwaardelijk ter beschikking van Imtech zouden staan, omdat dit bepalend is voor de doorgang van het project. Een dergelijk risico is van een totaal andere orde dan de normaliter met een dergelijk project samenhangende operationele en financiële risico's. Imtech weet op 20 juli 2012 dat de opdrachtgever de noodzakelijke financiering nog niet heeft kunnen bemachtigen. De AFM acht het in dit kader ook relevant dat Imtech overwoog vanaf 28 maart 2012 zelf geen persbericht inzake AWW uit te brengen, omdat nog geen betaling was ontvangen. Desalniettemin publiceert Imtech op 20 juli 2012 een persbericht, hiertoe gedwongen door AWW. In het persbericht wordt echter alleen gesproken over een deel van de KGI. Imtech wijkt op 20 juli 2012 af van haar koers om te wachten met publicatie totdat betaling ontvangen is. Dit geeft temeer reden om melding te maken van het uitblijven van de financiering.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat van KGI geen sprake kan zijn, omdat reeds in 2011 in Arabische media werd gewezen op risico's inzake AWW, volgt de AFM niet. De reactie van de Poolse lezer op het artikel over een nieuw themapark in Abu Dhabi is als volgt:

'Tuesday, 13 December 2011 5:11 PM - Poland

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 33 van 70

In Poland this investment isn't being treated seriously. The local press is writing a lot about Adventure World Warsaw, but not very favourably.

([REDACTED])
The project was not yet administrative agreement on the construction and has no connection with passing next to the motorway. Land under construction is not bought out. Investors have a very weak business track records. But, maybe in Abu Dhabi...'

De publieke informatie waarbij werd gewezen op risico's inzake AWW dateert van december 2011, ruim drie maanden voor het contract op 28 maart 2012 wordt aangegaan. Het feit alleen dat *'Land under construction is not bought out'* heeft ook niet te gelden als KGI, immers komt dit neer op de stand van zaken op 13 december 2011. Op dat moment was nog geen sprake van het contract van 28 maart 2012. De reactie van de Poolse lezer is onvoldoende concreet en ziet niet op het samenstel van feiten uit de periode 28 maart 2012 tot 20 juli 2012. Hiermee kan niet worden gezegd dat er door openbaarmaking van het artikel van 11 december 2011 en de reactie hierop van de Poolse lezer van 13 december 2011 geen sprake van KGI zou zijn.

Dat Imtech in haar persbericht spreekt van een *'financieringsplan'* doet niet af aan het feit dat AWW al twee keer niet heeft voldaan aan de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen, doordat AWW de financiering niet rond krijgt. Door in het persbericht te spreken over een *'financieringsplan'* is het niet duidelijk dat er substantiële risico's bestaan met betrekking tot de voortgang en financiering van het project. De AFM is van oordeel dat uit de bewoording een *'financieringsplan'* niet de conclusie kan worden getrokken dat de betaling van € 147,6 miljoen op 21 juni 2012 is uitgebleven en diens gevolg op 29 juni 2012 een promissory note is opgesteld, er problemen waren rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* is geblokkeerd en dat de betaling van € 147,6 miljoen een tweede keer, op 19 juli 2012, is uitgebleven. Taalkundig doet het hanteren van de bewoording *'financieringsplan'* eerder het tegendeel vermoeden; de indruk wordt gewekt dat de financiering in kannen en kruiken is zonder enig substantieel voorbehoud zijdens de financier. De AFM merkt nogmaals op dat niet kan worden vastgesteld wat het *'project(management)- en financieringsplan'* heeft ingehouden en zelfs niet met zekerheid kan worden vastgesteld of dit er ooit is geweest. Pas op 4 februari 2013, middels het persbericht van Imtech, raakt de markt bekend met de achterblijvende betaling door AWW: *'(...) De afwaardering van tenminste 100 miljoen euro betreft drie projecten voor Adventure World Warschau en een project betreffende energieopwekkende biocentrales, eveneens in Warschau, met een gezamenlijke waarde van 757 miljoen euro. Imtech heeft geconstateerd dat de vooruitbetalingen voor de vier Poolse projecten niet volgens de met de opdrachtgever gemaakte afspraken ter beschikking van Imtech staan. Dit komt omdat de opdrachtgever zijn financiering niet rond heeft.(...)'*

De AFM is van oordeel dat de vijf elementen zijn aan te merken als een (deel van het) samenstel van feiten. Alle feiten die betrekking hebben op het contract van 28 maart 2012 betreffen een samenstel van feiten die al dan niet in samenhang met elkaar moet worden aangemerkt als KGI. De KGI heeft zich, zoals blijkt uit deze feiten, in de periode tussen 28 maart 2012 en 20 juli 2012 verder ontwikkelt. 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*

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 34 van 70

*bank*⁴¹ en het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’, de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd en het (voor de tweede keer) uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012 betreft informatie die, al dan niet in samenhang, onderdeel uitmaakt van de KGI met betrekking tot het contract van 28 maart 2012. Imtech had deze informatie op 20 juli 2012 volledig openbaar moeten maken. In dit kader acht de AFM het ook relevant of op 20 juli 2012 recht op uitstel bestond (quod non). Imtech wacht met publicatie van een persbericht inzake het AWW-project bewust tot betaling door Imtech wordt ontvangen. Doordat AWW zelf op 20 juli 2012 een persbericht naar buiten brengt is Imtech genoodzaakt ook een persbericht naar buiten te brengen. De AFM is van oordeel dat, voor zover er voor 20 juli 2012 al sprake zou zijn van een recht op uitstel, Imtech op 20 juli 2012 geen recht meer had op uitstel van het algemeen verkrijgbaar stellen van de volledige KGI, zoals in paragraaf 2.2.2 betoogd. Dat AWW op 20 juli 2012 geen informatie met betrekking tot de meermaals genoemde elementen openbaar maakt, doet hieraan naar het oordeel van de AFM niet af.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat het voor beboeting vereiste (kleurloos) opzet ontbreekt, volgt de AFM niet. Zoals de AFM in paragraaf 2.2.3 uiteen heeft gezet is van belang of het (voorwaardelijk) opzet van de heer Van der Bruggen gericht is op de feitelijke gedraging van Imtech. Het (voorwaardelijk) opzet van de heer Van der Bruggen hoeft niet gericht te zijn op de wederrechtelijkheid van de feitelijke gedraging. Of de heer Van der Bruggen wist dat met de gedraging van Imtech de wet werd overtreden is dus niet relevant. Uit de feiten en omstandigheden genoemd in onderhavige paragraaf blijkt naar het oordeel van de AFM dat de heer Van der Bruggen volledig op de hoogte was van de informatie, die naar het oordeel van de AFM kan worden gekwalificeerd als KGI, en dat Imtech die informatie niet onverwijld algemeen verkrijgbaar heeft gesteld in het persbericht van 20 juli 2012. Voorts zij verwezen naar hetgeen de AFM ten aanzien van de KGI in paragraaf 2.2.1 opmerkt. De heer Van der Bruggen was naar het oordeel van de AFM op de hoogte van de verboden gedraging van Imtech op 20 juli 2012.

Naar eigen zeggen voelde Imtech zich op 20 juli 2012 gedwongen een persbericht te publiceren naar aanleiding van het persbericht van AWW. De AFM stelt vast dat het concept persbericht van 18 juni en 22 juni 2012 van Imtech en het definitieve persbericht van 20 juli 2012 van Imtech slechts op een aantal, met name tekstuele, punten verschillen. Tevens stelt de AFM vast dat Imtech op 22 juni 2012 bekend was met een concept persbericht van AWW. Zoals ook de heer Van der Bruggen stelt, was het concept persbericht door de feiten deels achterhaald. De AFM heeft vastgesteld dat op 20 juli 2012 de volgende feiten en omstandigheden met betrekking tot het contract van 28 maart 2012 zich hebben voorgedaan:

- 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*’⁴²;

⁴¹ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

⁴² Report to Shareholders van 18 juni 2013.

- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan ‘*AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012*’;
- de problemen rondom de aankoop van land al het beoogde land in Polen waardoor ‘*the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured*’ was geblokkeerd;
- de afspraken tussen de heren [E] en [D] ten aanzien van onder meer de betaling van € 147,6 miljoen in drie tranches met als uiterste deadlines 31 juli, 7 augustus en 14 augustus 2012; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012.

De AFM is van oordeel dat KGI volledig algemeen verkrijgbaar moet worden gesteld, ook als de voorbereidingstijd voor het bericht beperkt is (quod non). Nu Imtech echter ruim tevoren bekend was met het in essentie niet afwijkend conceptpersbericht van AWW en zelf al enkele conceptversies van het persbericht had opgesteld is hiervan ook geen sprake.

Ten aanzien van hetgeen de heer Van der Bruggen opmerkt over de e-mail van 22 juni 2012, acht de AFM het van belang dat er op 20 juli 2012 sprake is van KGI en dat Imtech geen uitstel (meer) kon nemen van openbaarmaking. De AFM verwijst in dit kader naar hetgeen zij hierover opmerkt in paragraaf 2.2.1 en 2.2.2.

De conclusie van de AFM in haar onderzoeksrapport, ‘*dat op 20 juli 2012 sprake was van KGI voor Imtech met betrekking tot het AWW-project die niet meer vertrouwelijk kon worden gehouden. AWW was immers al naar buiten gekomen met informatie ten aanzien van AWW waardoor Imtech een persbericht over het project naar buiten moest brengen*’, ziet op de vraag of de KGI op 20 juli 2012 nog vertrouwelijk kon worden gehouden door Imtech en niet of sprake is van KGI. De AFM is van oordeel dat sprake is van KGI die op 28 maart 2012 ontstaat en in de periode daarna verder ontwikkelt, zoals de AFM in paragraaf 7 en 7.1 van het onderzoeksrapport betoogt. Of Imtech op 20 juli 2012 de KGI onverwijld algemeen verkrijgbaar moet stellen, hangt af van de vraag of Imtech recht heeft op uitstel van publicatie van de KGI. In paragraaf 7.2.3. van het onderzoeksrapport, trekt de AFM de conclusie dat Imtech, gelet op het persbericht van AWW, niet langer recht had op het nemen van uitstel van de publicatie, omdat onder meer niet langer werd voldaan aan het waarborgen van de vertrouwelijkheid. Zoals de AFM in paragraaf 2.2.2 van het onderhavige besluit uiteen heeft gezet kan de vraag of sprake is van het waarborgen van de vertrouwelijkheid met betrekking tot het deel van de informatie dat Imtech niet openbaar maakt buiten beschouwing blijven, nu uit artikel 5:25i, derde lid, Wft volgt dat moet worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden. De AFM is van oordeel dat op 20 juli 2012 geen sprake meer is van een rechtmatig belang van Imtech en van uitstel niet langer geen misleiding van het publiek te duchten is, waardoor het genomen uitstel niet langer mag voortduren. Voorts zij dienaangaande verwezen naar paragraaf 2.2.2.

Feitelijk leidinggever niet risico-aansprakelijk

De heer Van der Bruggen stelt dat een feitelijk leidinggever alleen dan (boete-)aansprakelijk is, wanneer is komen vast te staan dat hij relevante wetenschap had en ondanks de bevoegdheid daartoe niet heeft ingegrepen. De maatstaf impliceert een zekere mate van persoonlijk verwijt bij de feitelijk leidinggever. De AFM ziet dit aspect in het onderzoeksrapport over het hoofd, dan wel verliest dit uit het oog.

De heer Van der Bruggen trekt een parallel met het civiele recht. Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van een onrechtmatige daad jegens een derde is vereist dat de bestuurder in kwestie ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit wordt volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd doordat primair sprake is van handelingen van de vennootschap. Daarnaast speelt ook het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen. De Hoge Raad heeft dit recentelijk in zijn arrest van 5 september 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2628) - onder verwijzing naar zijn Willemson/Nom-arrest (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959) - nog met zoveel woorden bevestigd. Als bestuurders altijd aansprakelijk zouden zijn voor de kosten van een mislukte innovatie, zouden zij waarschijnlijk zeer terughoudend worden op dat gebied (chilling effect). De heer Van der Bruggen meent dat ook voor de (strafrechtelijke) maatstaf voor aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever het voorkomen van het genoemde chilling effect een relevant aspect is.

Reactie AFM

Op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb jo. artikel 51, tweede en derde lid, WvSr kan de AFM een boete opleggen aan zowel de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan als aan de natuurlijke persoon die feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging. Of sprake is van feitelijk leidinggeven hangt af van een aantal criteria.⁴³ Voor de vraag of de heer Van der Bruggen als feitelijk leidinggever kan worden aangesproken is van belang of zijn (voorwaardelijk) opzet is gericht op de feitelijke gedraging van Imtech, het kleurloos opzet. Het (voorwaardelijk) opzet van de heer Van der Bruggen hoeft niet gericht te zijn op de wederrechtelijkheid van de feitelijke gedraging. Of de heer Van der Bruggen wist dat met de gedraging van Imtech de wet werd overtreden is dus niet relevant. Daarnaast is van belang of de heer Van der Bruggen bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om de verboden gedraging door Imtech te voorkomen, maar maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

De AFM is van oordeel dat op pagina 11 tot en met 14 van het onderzoeksrapport feiten worden genoemd op basis waarvan de conclusie kan worden getrokken dat de heer Van der Bruggen bekend was met de gedraging van Imtech, en daarmee wetenschap had, en bevoegd en redelijkerwijs gehouden om maatregelen te nemen teneinde de verboden gedraging te voorkomen, hetgeen hij heeft nagelaten. Uit deze feiten blijkt, voor zover van belang voor het vaststellen van het feitelijk leidinggeven aan de overtreding door Imtech op 20 juli 2012, het volgende:

- de heer Van der Bruggen was ten tijde van de onderzochte periode CEO van Imtech;
- de heer Van der Bruggen was bekend met belangrijke risico's met betrekking tot de voortgang en de financiering van het AWW-project, die hem – blijkens de e-mails van 17 en 18 juli 2012 – zijn medegedeeld door [D] tijdens een evenement bij [REDACTED] op 7 juli 2012. De e-mail van 17 en 18 juli 2012 bevestigden deze belangrijke risico's;
- de heer Van der Bruggen was bekend met het op 19 juli 2012 verstrijken van de deadline van de promissory note (die was opgesteld nadat eerder niet betaald was) zonder dat betaald was; en
- de heer Van der Bruggen heeft op 20 juli 2012 besloten om het persbericht inzake het AWW-project te publiceren. Het persbericht is onder directe verantwoordelijkheid van de heer Van der Bruggen verspreid.

⁴³ Zie bijv. HR 16 december 1986, *NJ* 1987, nrs. 321/322 (Slavenburg II); HR 8 juni 1999, *NJ* 1999, nr. 579; HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584; CBB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256 en CBB 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 37 van 70

Eerder heeft de heer Van der Bruggen besloten het persbericht niet te publiceren, *'because not all final payments were received'*. De heer Van der Bruggen was tevens bekend met conceptversies van het op 20 juli 2012 gepubliceerde persbericht.

De AFM is van oordeel dat op basis van bovenstaande feiten zonder meer een persoonlijk verwijt van de heer Van der Bruggen kan worden gemaakt. Van risico-aansprakelijkheid is derhalve geen sprake.

Conclusie

Gelet op het voorgaande is de AFM van oordeel dat de heer Van der Bruggen is aan te merken als feitelijk leidinggever aan de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft door Imtech op 20 juli 2012.

2.2.4 Overige zienswijze de heer Van der Bruggen

De zienswijze, voor zover deze ziet op de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft en op het feitelijk leidinggeven is hierboven al weergegeven en behandeld. Tevens heeft de heer Van der Bruggen een zienswijze gegeven ten aanzien van de vermeende procedurele onzorgvuldigheid van de AFM. Samengevat is door en namens de heer Van der Bruggen het volgende aangevoerd:

Op de zaak betrekking hebbende stukken; digitale data; ontbreken adequate indexering

Bijlage III

De heer Van der Bruggen stelt dat 'Bijlage III' bij het onderzoeksrapport volgens de AFM alle op de zaak betrekking hebbende stukken zou bevatten die in het dossier van de heer Van der Bruggen zijn opgenomen. Na de inzage op 19 mei 2015 is gebleken dat de zienswijze van Imtech van 7 november 2014 niet is opgenomen in Bijlage III, maar wel in het dossier. De AFM heeft dit per e-mail van 22 mei 2015 bevestigd. De heer Van der Bruggen merkt volledigheidshalve op dat hij een gegronde reden heeft om te twijfelen aan de juistheid van de mededeling van de AFM op 22 mei 2015, omdat bij de ter inzage gelegde stukken zich een Kamer van Koophandel uittreksel van Imtech bevond met een printdatum van 16 maart 2015. De heer Van der Bruggen kan zich niet voorstellen dat de AFM niet reeds eerder gebruik heeft gemaakt van een Kamer van Koophandel uittreksel van Imtech.

Reactie AFM

De AFM erkent dat in Bijlage III bij het onderzoeksrapport niet de zienswijze van Imtech op het concept onderzoeksrapport is opgenomen, zoals de AFM ook op 19 mei 2015 bij de inzage heeft erkend. De AFM heeft in het dossier een uittreksel van de Kamer van Koophandel opgenomen van 16 maart 2015. Gedurende het hele onderzoek worden de systemen van de Kamer van Koophandel geraadpleegd. Tegen het einde van het onderzoek wordt de database van de Kamer van Koophandel in ieder geval weer geraadpleegd, zodat over de meest recente informatie wordt beschikt. Naar het oordeel van de AFM is dit geen reden om te twijfelen aan de volledigheid van het dossier. Daarbij komt dat het uittreksel van de Kamer van Koophandel publieke informatie betreft die voor iedereen toegankelijk is.

Digitale data

De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM per ommegaande antwoord te geven op de volgende vragen:

- Is de inzage door AFM in digitale data beperkt gebleven tot de elektronische correspondentie van en naar (onder andere) Van der Bruggen, [B], [C] en [REDACTED] in de periode 1 juli 2012 tot en met 1 maart 2013?
- Heeft AFM zelf een digitale dataset veilig gesteld? Zo ja, wanneer, en op welke wijze? Zo nee, welke dataset is door AFM gebruikt voor de digitale inzage en uit welke brondocumenten bestaat c.q. bestond deze dataset? Is hiervan een index beschikbaar en kan deze aan Van der Bruggen (ter inzage) worden gegeven?
- Tot de door AFM doorzochte digitale dataset behoort elektronische correspondentie van en aan Van der Bruggen. Op welke wijze is bij het vormen en doorzoeken van de digitale dataset de privacy van de heer Van der Bruggen geborgd? Welke bewijzen kan AFM hiervan aan Van der Bruggen tonen?
- Op welke wijze zijn de digitale brondata door AFM doorzocht? Is hierbij gebruik gemaakt van zoekwoorden? Zo ja, van welke zoekwoorden? Welke zoekslagen heeft AFM gemaakt in de digitale brondata met welke resultaten?
- Heeft AFM uitsluitend inzage gehad in de door AFM in het inzage dossier (zie onderdeel van Deel D van Bijlage III) opgenomen kopieën van elektronische correspondentie? Of heeft AFM ook inzage gehad in andere elektronische correspondentie?
- Is de door AFM veilig gestelde digitale dataset nog steeds voorhanden? Zo nee, waarom niet?
- Is AFM bereid en in staat Van der Bruggen toegang tot de digitale brondata te geven? Zo ja, wanneer? Zo nee, waarom niet?

Reactie AFM

De AFM zal hierna de door de heer Van der Bruggen gestelde vragen behandelen.

- Is de inzage door AFM in digitale data beperkt gebleven tot de elektronische correspondentie van en naar (onder andere) Van der Bruggen, [B], [C] en [REDACTED] in de periode 1 juli 2012 tot en met 1 maart 2013?

De door de gemachtigde van Imtech namens Imtech aangeleverde e-maildata (geschoond op privécorrespondentie en geprivilegieerde correspondentie) zijn gebruikt in het onderzoek en betroffen e-maildata van de heren Van der Bruggen, [B], [C] en [REDACTED]. De review zag op de periode 1 juni 2012 tot en met 1 maart 2013.

- Heeft AFM zelf een digitale dataset veilig gesteld? Zo ja, wanneer, en op welke wijze? Zo nee, welke dataset is door AFM gebruikt voor de digitale inzage en uit welke brondocumenten bestaat c.q. bestond deze dataset? Is hiervan een index beschikbaar en kan deze aan Van der Bruggen worden (ter inzage) worden gegeven?

De AFM heeft zelf geen hands-on veiligstelling gedaan van de e-mailboxen van vorengenoemde betrokken personen. Deze e-mailboxen zijn aangeleverd door Imtech tijdens het bezoek van de AFM op 19 september 2013. Deze dataset is echter niet gebruikt door de AFM anders dan het uitvoeren van een check op correcte schoning van privécorrespondentie en geprivilegieerde correspondentie. Deze schoning heeft plaats gevonden door de

gemachtigde van Imtech in samenwerking met [REDACTED]. De geschoonde data zijn aangeleverd door [REDACTED] aan de AFM. Deze geschoonde data zijn door de AFM gereviewd. Dit heeft plaats gevonden na overleg met de heer [REDACTED], gemachtigde van Imtech. Een index is niet beschikbaar en kan niet ter inzage gegeven worden. De gegevens zijn afkomstig van Imtech en [REDACTED] en de brongegevens zijn aldaar aanwezig (geweest).

- Tot de door AFM doorzochte digitale dataset behoort elektronische correspondentie van en aan Van der Bruggen. Op welke wijze is bij het vormen en doorzoeken van de digitale dataset de privacy van de heer Van der Bruggen geborgd? Welke bewijzen kan AFM hiervan aan Van der Bruggen tonen?

Het schonen van deze dataset is uitgevoerd door de gemachtigde van Imtech. Het borgen van geprivilegieerde gegevens wordt gewoonlijk uitgevoerd door de functionaris verschoningsrecht. De AFM verwijst dienaangaande naar de 'Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens'. De AFM heeft in dit geval de geschoonde data van de gemachtigde van Imtech gebruikt en gaat er gevoeglijk van uit dat de review-log en privilege log beschikbaar zijn bij de gemachtigde van Imtech.

- Op welke wijze zijn de digitale brondata door AFM doorzocht? Is hierbij gebruik gemaakt van zoekwoorden? Zo ja, van welke zoekwoorden? Welke zoekslagen heeft AFM gemaakt in de digitale brondata met welke resultaten?

De gerichte zoekacties worden uitgevoerd in de geschoonde gegevens ten kantore van de AFM door middel van zoektermen die verband houden met het doel en voorwerp van onderzoek. De lijst met tijdens het onderzoek gehanteerde zoektermen heeft de AFM bij brief van 15 juli 2015 verstrekt aan de heer Van der Bruggen. De AFM maakt gebruik van combinaties van de zoektermen om het aantal hits te reduceren gedurende de review. De AFM verschaft geen inzage in de zoekresultaten, zoals ook volgt uit de 'Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens'.

- Heeft AFM uitsluitend inzage gehad in de door AFM in het inzagedossier (zie onderdeel van Deel D van Bijlage III) opgenomen kopieën van elektronische correspondentie? Of heeft AFM ook inzage gehad in andere elektronische correspondentie?

De AFM heeft voor haar onderzoek gebruik gemaakt van de geschoonde data, zoals deze zijn aangeleverd door [REDACTED]. Zoals de AFM hiervoor opmerkt heeft zij deze geschoonde data, na overleg met de gemachtigde van Imtech, gereviewd. De producten die voortkomen uit de review zijn opgenomen in het dossier van de heer Van der Bruggen, zoals deze ter inzage is gelegd.

- Is de door AFM veilig gestelde digitale dataset nog steeds voorhanden? Zo nee, waarom niet?

De AFM heeft haar onderzoek uitgevoerd conform de 'Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens', welke ook aan Imtech en de heer Van der Bruggen is verstrekt. Deze Werkwijze is eveneens opgenomen in de dossiers van Imtech en de heer Van der Bruggen. De gegevens blijven beschikbaar bij de AFM

tot het ogenblik dat het onderzoek is afgerond en alle bezwaarmogelijkheden zijn uitgeput. Daarna worden de brondata vernietigd. De producten van deze e-review blijven in het reguliere dossier van de AFM.

- Is AFM bereid en in staat Van der Bruggen toegang tot de digitale brondata te geven? Zo ja, wanneer? Zo nee, waarom niet?

De AFM kan de heer Van der Bruggen geen toegang geven tot de digitale brondata. Naar het oordeel van de AFM is de situatie dat de heer Van der Bruggen zelf niet beschikt over de digitale brondata van Imtech inherent aan het feit dat de AFM gegevens van derden meeneemt in haar onderzoek. De AFM betreft alle relevante gegevens bij haar onderzoek en geeft aan partijen, na het versturen van het onderzoeksrapport en het voornemen tot boeteoplegging, inzage daarin. De producten van de review zijn opgenomen in het dossier van de AFM, waarin de heer Van der Bruggen inzage heeft gehad op 19 mei 2015. De AFM merkt op dat de heer Van der Bruggen de AFM niet om kopieën van de elektronische correspondentie of andere stukken uit het dossier heeft gevraagd. De digitale brondata betreffen informatie die de AFM heeft verkregen van Imtech en moeten worden aangemerkt als toezichtvertrouwelijk.

Ontbreken adequate indexering

De heer van der Bruggen maakt bezwaar tegen het ontbreken van een adequate indexering van de op de zaak betrekking hebbende stukken. Door het ontbreken van een voldoende gedetailleerde index bestaat geen duidelijkheid en geen zekerheid welke stukken precies behoren tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. De heer Van der Bruggen stelt dat sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het rechtszekerheidsbeginsel. De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM alsnog per ommegaande een adequate indexering van alle op de zaak betrekking hebbende stukken te maken en te verstrekken, en de heer Van der Bruggen in de gelegenheid te stellen de onderhavige zienswijze desgewenst aan te vullen alvorens door de AFM een beslissing wordt genomen.

Reactie AFM

De AFM is van oordeel dat uit het overzicht van gebruikte informatiebronnen (zoals opgenomen in Bijlage III bij het onderzoeksrapport) blijkt welke documenten in het dossier zijn opgenomen. De gebruikte informatiebronnen zijn onderverdeeld in publieke informatie, correspondentie tussen de AFM en Imtech en correspondentie tussen de AFM en de heer Van der Bruggen. Bij brieven die onderdeel uitmaken van de correspondentie, zijn verschillende bijlagen opgenomen. Welke bijlagen daarbij zijn opgenomen blijken uit de brieven zelf. Slechts de zienswijze van Imtech op het concept onderzoeksrapport is niet opgenomen in deze lijst, zoals bekend bij de heer Van der Bruggen. Op 19 mei 2015 heeft de heer Van der Bruggen inzage verkregen in het dossier. De heer Van der Bruggen heeft niet verzocht om kopieën van het dossier. De AFM is van oordeel dat, voor zover de index onvoldoende gedetailleerd zou zijn, na inzage van het dossier voldoende duidelijkheid en zekerheid bestaat welke stukken precies behoren tot de op de zaak betrekking hebbende stukken.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 41 van 70

Verloop tot nu toe; chronologie onderzoek en rapportage; niet horen

Inbreuk equality of arms en rechten verdediging

Onder verwijzing naar de brief van 7 november 2014 stelt de heer Van der Bruggen dat geen sprake is van equality of arms, doordat voor de heer Van der Bruggen de niet openbare bijlagen, die worden genoemd in het concept onderzoeksrapport van de AFM van 23 september 2014, niet te raadplegen zijn. Daarbij merkt de heer Van der Bruggen op dat hij niet meer in dienst is van Imtech en dan ook is afgesneden van rechtstreekse toegang tot de stukken van Imtech en de door de AFM en Imtech gevoerde correspondentie en uitgewisselde stukken c.q. informatie. De heer Van der Bruggen voert aan dat hij hierdoor wordt geschaad in zijn verdedigingsbelang. Op de verzoeken van de heer Van der Bruggen in de brief van 7 november 2014 heeft de AFM niet gereageerd. De heer Van der Bruggen meent dat deze gang van zaken strijdig is met het equality of arms beginsel, het fair play beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel respectievelijk de rechten van de verdediging.

Reactie AFM

De AFM is van oordeel dat gelegenheid tot het inzien en vervaardigen van afschriften van het onderliggende dossier op grond van artikel 5:49, eerste lid, Awb pas dan bestaat bij het opleggen van een bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe. De AFM is, anders dan de heer Van der Bruggen, van oordeel dat de heer Van der Bruggen niet in zijn verdedigingsbelang is geschaad door voorafgaand aan het voornemen tot boeteoplegging geen inzage te bieden in het dossier. Dit is de AFM ook wettelijk niet verplicht, evenals het geven van de gelegenheid tot reactie op een concept onderzoeksrapport. Deze gang van zaken acht de AFM niet in strijd met het equality of arms beginsel, het fair play beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel respectievelijk de rechten van de verdediging. Temeer nu de heer Van der Bruggen na het voornemen tot boeteoplegging van 24 april 2015 in de gelegenheid is gesteld het dossier in te zien en afschriften daarvan te vervaardigen. Het volledige dossier, waaronder ook de door de heer Van der Bruggen aangeduide niet openbare bijlagen, waren voor de heer Van der Bruggen na het voornemen te raadplegen.

Cautie

De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM om hem te informeren of de AFM op enig moment wel cautie heeft gegeven, nu hij ervan uitgaat dat de AFM tot op heden geen cautie heeft gegeven.

Reactie AFM

De AFM heeft op 19 juni 2015, bij aanvang van de mondelinge zienswijze, cautie gegeven aan de heer Van der Bruggen. In artikel 5:10a Awb is neergelegd dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden. Voorafgaand aan 19 juni 2015 was hiervan nog geen sprake.

Vooringenomenheid

Van der Bruggen stelt dat de AFM klaarblijkelijk van oordeel is dat zijns aanziens sprake is van (feitelijk leidinggeven aan) een of meer verboden gedragingen, voordat hij gehoord is respectievelijk in de gelegenheid gesteld is zijn zienswijze te geven. Dit is een gedraging van de AFM die hiermee in strijd handelt met het onschuldbeginsel van artikel 6, tweede lid, Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 42 van 70

fundamentele vrijheden (**EVRM**). Dit geldt te meer nu de AFM het verzoek van de heer Van der Bruggen om inzage in de stukken met het oog op het geven van een reactie op het concept onderzoeksrapport heeft genegeerd.

Hiernaast voert de heer Van der Bruggen de volgende punten aan:

- de AFM heeft voor het uitvoeren van haar onderzoek ruim twee jaar de tijd genomen;
- de AFM heeft het verzoek van 7 november 2014 om inzage in het dossier genegeerd c.q. niet gehonoreerd;
- de AFM heeft de heer Van der Bruggen de mogelijkheid onthouden om te reageren op het conceptrapport;
- de AFM heeft de heer Van der Bruggen voorafgaand aan de afronding van het onderzoek niet gehoord;
- de AFM heeft de heer Van der Bruggen ongelijk behandeld in vergelijking tot Imtech, waarmee de AFM in 2013 en 2014 uitgebreid heeft gecorrespondeerd en informatie heeft uitgewisseld;
- er is sprake van een schending van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM doordat tussen het uitbrengen van het conceptrapport en het uitbrengen van het onderzoeksrapport meer dan zes maanden is verstreken;
- de AFM gunt de heer Van der Bruggen, zonder een reden en overleg, een termijn van minder dan vier weken om zijn zienswijze op het voornemen van de AFM van 24 april 2015 tot boeteoplegging te geven. Deze termijn wordt zonder enige motivering en overleg verlengd met circa drie weken;
- de datum waarop de heer Van der Bruggen mondeling zijn zienswijze kan geven is door de AFM op 18 mei 2015 eenzijdig, zonder overleg en zonder rekening te houden met verhinderdata, vastgesteld;
- voor de inzage in het dossier is niet meer dan twee uur de tijd gegund, op een door de AFM zonder overleg vastgestelde dag en tijdstip; en
- afschrift van de op de zaak betrekking hebbende stukken is slechts tegen betaling van 0,35 cent per kopie vanaf 20 kopieën aangeboden.

De heer Van der Bruggen stelt dat uit vorenstaande volgt dat sprake is geweest van een excessief lange onderzoekstermijn door de AFM, wat belastend en benadelend voor hem is. De rechten van verdediging en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn door de AFM op verschillende onderdelen op verschillende momenten met voeten getreden.

Reactie AFM

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat de AFM klaarblijkelijk van oordeel is dat sprake is van (feitelijk leidinggeven aan) een of meer verboden gedragingen, voordat de heer Van der Bruggen gehoord is respectievelijk in de gelegenheid gesteld is zijn zienswijze te geven, volgt de AFM niet. Op 23 september 2014 heeft de AFM een concept onderzoeksrapport verstuurd met daarin de conceptbevindingen van het vertrouwelijke onderzoek dat de AFM heeft uitgevoerd naar mogelijk marktmisbruik. De AFM heeft de heer Van der Bruggen verzocht (schriftelijk) te reageren op deze bevindingen, zodat de AFM deze reactie kan verwerken in het definitieve onderzoeksrapport. Pas in het definitieve onderzoeksrapport en het voornemen neemt de AFM, rekening houdend met de reactie van de heer Van der Bruggen, haar oordeel en eventuele door de AFM te nemen maatregelen op. Voorafgaand aan het nemen van een besluit tot oplegging van een boete heeft de AFM de heer Van der Bruggen op 19 juni 2015 gehoord. Hiermee handelt de AFM niet in strijd met het onschuldbeginsel.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 43 van 70

Ten aanzien van de punten die de heer Van der Bruggen aanvoert merkt de AFM het volgende op.

De duur van het onderzoek doet niet af aan het feit dat Imtech en de heer Van der Bruggen de wet hebben overtreden. Tussen het moment dat de AFM is gestart met haar onderzoek op 22 maart 2013 en de datum van het boetevoornemen op 24 april 2015 zit ruim twee jaar. De AFM ziet hierin geen aanleiding om tot de conclusie te komen dat sprake is van een zodanig lange onderzoekstermijn door de AFM, wat belastend en benadelend voor de heer Van der Bruggen zou zijn geweest. Er is geen sprake van schending van de rechten van verdediging en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Op 7 november 2014 heeft de heer Van der Bruggen gereageerd op het concept onderzoeksrapport van de AFM. Daarin heeft de heer Van der Bruggen aangegeven dat hij niet in staat is om adequaat te reageren op het feitenoverzicht van de AFM, omdat hij niet beschikt over de stukken en informatie die aan het concept onderzoeksrapport ten grondslag liggen. Zoals hiervoor aangegeven is de AFM van oordeel dat gelegenheid tot het inzien en vervaardigen van afschriften van het onderliggende dossier op grond van artikel 5:49, eerste lid, Awb pas dan bestaat bij het opleggen van een bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe. Hierdoor is betrokkene niet in zijn belang geschaad.

Op 24 april 2015 heeft de AFM een voornemen tot boeteoplegging en het definitieve onderzoeksrapport verstuurd. Hierbij heeft de AFM de heer Van der Bruggen in de gelegenheid gesteld schriftelijk dan wel mondeling een reactie te geven op het voornemen. De heer Van der Bruggen heeft op 19 juni 2015 zijn schriftelijke zienswijze ingediend ten kantore van de AFM, en tevens zijn zienswijze mondeling toegelicht.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat de AFM hem ongelijk behandeld heeft in vergelijking tot Imtech, volgt de AFM niet. Ten behoeve van haar onderzoek heeft de AFM ten tijde van het onderzoek informatie opgevraagd bij Imtech. Hiertoe is zij op grond van de Awb bevoegd. Imtech heeft de beschikking over informatie die de AFM nodig had in haar onderzoek. De AFM betreft vervolgens alle relevante gegevens bij haar onderzoek en geeft partijen, na het versturen van het onderzoeksrapport en het voornemen tot boeteoplegging, inzage daarin. Daarmee beschikt de heer Van der Bruggen over alle relevante informatie die de AFM bij derden heeft opgevraagd.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat sprake is van een schending van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM doordat tussen het uitbrengen van het concept onderzoeksrapport en het uitbrengen van het definitieve onderzoeksrapport meer dan zes maanden is verstreken, volgt de AFM niet. Pas bij het uitbrengen van het voornemen van de AFM op 24 april 2015 is de redelijke termijn, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, gaan lopen.

De stelling van de heer Van der Bruggen, dat de termijn voor het geven van een zienswijze op het voornemen van de AFM zonder enige motivering en overleg wordt verlengd, volgt de AFM niet. De AFM heeft bij het voornemen van 24 april 2015 de heer Van der Bruggen in de gelegenheid gesteld uiterlijk 19 mei 2015 een reactie te geven. Namens (de gemachtigde van) de heer Van der Bruggen heeft [REDACTED] op 6 en 7 mei 2015 de AFM verzocht om de termijn voor het geven van een mondelinge en/of schriftelijke zienswijze te verlengen. In de

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 44 van 70

e-mail van 15 mei 2015 heeft de AFM aan de gemachtigde van de heer Van der Bruggen aangegeven dat de datum van de termijn voor het indienen van de schriftelijke zienswijze op 18 mei 2015 bekend zou worden gemaakt. Tevens heeft de AFM aangegeven dat op 18 mei 2015 zou worden doorgegeven op welke datum de zienswijzezitting zou plaatsvinden, en dat deze zou plaatsvinden binnen drie weken na de oorspronkelijk geplande datum van zienswijze. Naar aanleiding van deze correspondentie is de heer Van der Bruggen op 18 mei 2015 in kennis gesteld van de verlenging van de termijn tot en met uiterlijk 11 juni 2015. De heer Van der Bruggen heeft na 15 mei 2015 geen verhinderdata doorgegeven en ook na 18 mei 2015 niet aan de AFM kenbaar gemaakt dat hij deze datum verhinderd was. Namens (de gemachtigde van) de heer Van der Bruggen heeft [REDACTED] daarna nog een verzoek gedaan tot nader uitstel van het geven van een zienswijze, waarop de AFM nader uitstel heeft verleend tot 19 juni 2015. De AFM merkt op dat de heer Van der Bruggen daarmee een termijn van acht weken heeft gekregen voor het geven van een zienswijze op het voornemen van de AFM.

In de e-mail van 15 mei 2015 van de AFM aan de gemachtigde van de heer Van der Bruggen vraagt de AFM hem naar zijn verhinderdata voor inzage in het dossier. Op het moment van het inplannen op 18 mei 2015 van deze afspraak had de gemachtigde van de heer Van der Bruggen zijn verhinderdata nog niet kenbaar gemaakt, en heeft de AFM diezelfde dag per e-mail de geplande afspraak voor 19 mei 2015 doorgegeven. De gemachtigde van de heer Van der Bruggen heeft niet kenbaar gemaakt dat hij deze datum verhinderd was en heeft op het geplande moment ten kantore van de AFM inzage verkregen in het dossier.

De AFM biedt de mogelijkheid om het onderliggende dossier in te zien en desgewenst tegen vergoeding een kopie hiervan te ontvangen. Vanaf 20 kopieën brengt de AFM hiervoor € 0,35 per bedrukte paginazijde in rekening.

De AFM is gelet op bovenstaande van oordeel dat geen sprake is van enige strijd met beginselen van behoorlijk bestuur.

Feiten

De heer Van der Bruggen merkt op dat de AFM de feiten waarop zij zich baseert geheel buiten de heer Van der Bruggen om heeft verzameld.

Volgens de heer Van der Bruggen is gebleken dat tot de op de zaak betrekking hebbende stukken geen stukken behoren waaruit zou kunnen worden afgeleid dat sprake is van boeteverlagende omstandigheden. Aldus is niet gebleken dat de AFM naar boeteverlagende omstandigheden enig onderzoek heeft gedaan. Dit plaatst de heer Van der Bruggen naast zijn observatie dat sprake is geweest van vooringenomenheid en inbreuk op het onschuldbeginsel.

Daarnaast bevat het onderzoeksrapport geen feitelijke informatie over de (potentiële) impact van de vermeende inbreuken voor beleggers. De heer Van der Bruggen meent dat dit een essentiële lacune in het onderzoeksrapport vormt.

De heer Van der Bruggen voert tevens aan dat hij steeds te goeder trouw is geweest.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 45 van 70

Reactie AFM

De AFM is van oordeel dat voor zover de heer Van der Bruggen stelt dat er documenten zouden ontbreken in het dossier, die mogelijk boeteverlagende omstandigheden met zich meebrengen, de heer Van der Bruggen deze zou moeten aantonen, dan wel dat de heer Van der Bruggen aannemelijk zou moeten maken dat bepaalde concrete documenten ontbreken. Dat de AFM volgens de heer Van der Bruggen niet beschikt over op de zaak betrekking hebbende stukken waaruit zou kunnen worden afgeleid dat sprake is van boeteverlagende omstandigheden kan niet tot de conclusie leiden dat de AFM hiernaar niet enig onderzoek heeft gedaan, dan wel dat sprake is geweest van vooringenomenheid en inbreuk op het onschuldbeginsel.

De AFM is van oordeel dat voor overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft relevant is of sprake is van informatie die concreet is, rechtstreeks betrekking op Imtech heeft, niet openbaar is en bij openbaarmaking daarvan significante invloed kan hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten, en of Imtech geen recht heeft op uitstel van openbaarmaking van deze informatie. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.1 aangegeven, is de AFM van oordeel dat de informatie invloed kan hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. In paragraaf 2.2.2 heeft de AFM aangegeven dat Imtech op 20 juli 2012 geen recht had op uitstel van openbaarmaking van de KGI. Ter illustratie merkt de AFM in dit kader nog op dat het persbericht van Imtech van 4 februari 2013 grote gevolgen heeft gehad voor de beurskoers, namelijk een halvering van de waarde van het aandeel.

Formele wren n.a.v. het voornemen tot boeteoplegging en het rapport

Inbreuken rechten verdediging

In aanvulling op de eerder genoemde inbreuken op de rechten van verdediging vult de heer Van der Bruggen hieraan het volgende toe. De AFM vermeldt in het voornemen tot boeteoplegging en in het onderzoeksrapport niets over het aantal en de hoogte van eventueel op te leggen boetes. Ook dit levert een inbreuk op de rechten van verdediging op c.q. is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het fair play beginsel dan wel enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM het onderzoeksrapport aan te vullen met ter zake van de op te leggen boete(s) en de voorgenomen boetehoogte en hem in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze aan te vullen.

De heer Van der Bruggen is van oordeel dat de AFM wegens genoemde inbreuken op de rechten van de verdediging, de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen boetebevoegdheid toekomt c.q. dat de AFM ten aanzien van zijn persoon zou moeten afzien van het gebruik maken van die bevoegdheid.

Reactie AFM

Artikel 5:53 Awb verplicht de AFM, indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340,- kan worden opgelegd, van de overtreding een rapport of proces-verbaal op te maken en de overtreder in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen.

Het rapport dient gedagtekend te zijn en de naam van de overtreder, de overtreding alsmede het overtreden voorschrift en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd te

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 46 van 70

vermelden.⁴⁴ De eisen waaraan het rapport dient te voldoen volgen uit de functie die een dergelijk rapport heeft, te weten aan de overtreder duidelijk maken wat het bestuursorgaan hem verwijt, zodat hij weet tegen welke beschuldiging hij zich moet verweren.⁴⁵

Naar het oordeel van de AFM maken het voornemen van 24 april 2015 en het onderzoeksrapport voldoende duidelijk dat de AFM de heer Van der Bruggen aanmerkt als overtreder en dat de AFM de heer Van der Bruggen het verwijt maakt dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van artikel 5:25i, tweede lid, Wft en artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech op 20 juli, 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012

Op 24 april 2015 heeft de AFM haar voornemen tot boeteoplegging en het onderzoeksrapport aan de heer Van der Bruggen gestuurd. Het aantal van twee boetes blijkt duidelijk uit paragraaf 1 van het voornemen van 24 april 2015. In paragraaf 1 is opgenomen dat de AFM voornemens is aan de heer Van der Bruggen een bestuurlijke boete op te leggen, omdat Imtech in de periode vanaf 20 juli 2012 heeft nagelaten een deel van de binnen Imtech bekende KGI te publiceren. Dit is een overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft waaraan de heer Van der Bruggen volgens het voornemen feitelijk leiding zou hebben gegeven. Tevens is opgenomen dat de AFM daarnaast voornemens is aan de heer Van der Bruggen een bestuurlijke boete op te leggen, omdat Imtech in de periode vanaf 20 juli 2012 tot en met 21 november 2012 op een vijftal momenten informatie openbaar heeft gemaakt 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 van Imtech, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was in de zin van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft. Dit is een overtreding van deze verbodsbepaling, waaraan de heer Van der Bruggen volgens het voornemen feitelijk leiding zou hebben gegeven. De hoogte van de boete is toegelicht in paragraaf 2 van het voornemen van 24 april 2015. Daarin is opgenomen welke basisbedragen gelden voor de verschillende overtredingen en dat bij een eventuele boeteoplegging rekening wordt gehouden met onder meer de ernst en duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en de draagkracht van de overtreder. Daarmee voldoet het boetevoornemen en onderzoeksrapport naar het oordeel van de AFM aan de eisen die de Awb daaraan stelt.

De gelegenheid om een zienswijze in de primaire fase te geven op het voornemen van de AFM om een boete op te leggen geschiedt op grond van artikel 4:8 Awb niet met het oog op de rechten van verdediging, maar *'staat in dienst van een goede en zorgvuldige bestuurlijke voorbereiding van een besluit door een zo adequaat mogelijke feitenverzameling'*.⁴⁶ De AFM heeft de heer Van der Bruggen de gelegenheid geboden om een zienswijze op de feiten en daarmee samenhangende factoren te geven. Daarmee voldoet de reeds gegeven mogelijkheid om een zienswijze te geven ook aan de eisen van de Awb.

⁴⁴ Artikel 5:48 Awb.

⁴⁵ Zie ook CRvB 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806.

⁴⁶ P.J.J. van Buuren, in: *T&C Algemene wet bestuursrecht* 2013, artikel 4:8 Awb, aantekening 1 (online, p. 205).

Standpunt van de heer Van der Bruggen met betrekking tot de eventuele beboeting van een eventuele overtreding

Ernst, verwijtbaarheid en omstandigheden van de vermeende overtreding

De heer Van der Bruggen stelt dat de ernst van de vermeende inbreuk beperkt is. Voor zover al een inbreuk, is de inbreuk op artikel 5:25i, tweede lid, Wft allesbehalve een evidente inbreuk. Of sprake is van het achterhouden van KGI kan in dit geval slechts worden gegeven op basis van een noodzakelijkerwijs subjectieve afweging van een gehele set van relevante omstandigheden. Imtech heeft indertijd op integere wijze en volkomen te goeder trouw de afweging gemaakt dat de inhoud van het persbericht van 20 juli 2012 juist en zodanig volledig was dat geen sprake was van het achterhouden van KGI.

Tevens stelt de heer Van der Bruggen dat de vermeende inbreuk hem in alle redelijkheid niet kan worden verweten en de fraude rondom het AWW-project een relevante omstandigheid is die meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete. Tot begin februari 2013 is Imtech door AWW, [D] en met name [E] in de waan gelaten dat de financiering van het AWW-project (op korte termijn) geheel rond was. Dit gegeven is met name relevant in relatie tot de kwalificatie van de promissory note. Pas begin februari 2013 is Imtech en de heer Van der Bruggen gebleken dat dit niet het geval was en dat er rondom het AWW-project sprake was van substantiële fraude.

Bij de hoogte van de boete dient de AFM rekening te houden met de volgende omstandigheden:

- Imtech werd door het persbericht van AWW op 20 juli 2012 gedwongen om zelf ook een persbericht uit te doen. De beslissing hieromtrent is genomen in de ochtend van 20 juli 2012, in een tijdsbestek van enkele uren. Een dergelijk kort tijdvak leent zich er niet voor om een gedetailleerder persbericht te maken dan het persbericht zoals dat is verzonden;
- uit het onderzoeksrapport blijkt niet dat de vermeende Wft-inbreuken voor beleggers schade hebben opgeleverd; voor zover al sprake is geweest van het achterhouden van KGI heeft dit voor beleggers geen, althans beperkte schade opgeleverd;
- er is geen sprake van recidive. De heer Van der Bruggen heeft een volkomen schoon 'strafblad';
- de daling van de beurskoers van Imtech, zoals weergegeven op pagina 5 van het onderzoeksrapport, is gerelateerd aan en veroorzaakt door de Poolse en Duitse fraude, onder andere rondom het AWW-project;
- Van der Bruggen heeft zijn variabele beloning m.b.t. 2010 en 2011 ten bedrage van circa € 1,5 miljoen aan Imtech terugbetaald. Daarnaast heeft Van der Bruggen afgezien van zijn variabele beloning m.b.t. 2012. Dit is gebeurd in reactie op een moreel beroep van Imtech en zonder dat sprake was van een verdenking tegen of onderzoek naar Van der Bruggen. De heer Van der Bruggen heeft daarmee het voortouw genomen met een stap die tot dan toe in corporate Nederland ongebruikelijk was;
- Imtech en de voormalige bestuurders en commissarissen hebben met [REDACTED] ([REDACTED]), enkele aandeelhouders en [REDACTED] naar aanleiding van ingediende claims financiële schikkingen getroffen. De heer Van der Bruggen heeft hieraan, door af te zien van zijn bonusaanspraken, ook in financiële zin bijgedragen;
- de heer Van der Bruggen heeft geen voordeel genoten in relatie tot de vermeende inbreuken; en
- gelet op het feit dat de heer Van der Bruggen gepensioneerd is en geen bestuurder of interne toezichthouder bij een uitgevende instelling is, bestaat geen kans op herhaling.

Reactie AFM

De AFM acht de omstandigheid dat AWW op 20 juli 2012 zelf een persbericht uitbrengt inzake het AWW-project, en dat Imtech in een tijdsbestek van enkele uren een beslissing moest nemen over haar eigen persbericht niet relevant voor de hoogte van de boete. Deze omstandigheid doet niet af aan het feit dat Imtech op 20 juli 2012 KGI onverwijld openbaar dient te maken en dit nalaat. De AFM is van oordeel dat KGI volledig algemeen verkrijgbaar moet worden gesteld, ook als de voorbereidingstijd voor het bericht beperkt is (quod non). Nu Imtech echter ruim tevoren bekend was met het in essentie niet afwijkend conceptpersbericht van AWW en zelf al enkele conceptversies van het persbericht had opgesteld is hiervan ook geen sprake.

De AFM is van oordeel dat voor de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft niet relevant is wat de kern van het probleem voor Imtech bleek op 4 februari 2013, maar of Imtech op 20 juli 2012 KGI niet onverwijld openbaar heeft gemaakt. Het oordeel van de AFM dat Imtech op 20 juli 2012 KGI niet onverwijld openbaar heeft gemaakt, is gebaseerd op de informatie die ten tijde van het publiceren van het persbericht bekend was binnen Imtech. De informatie zoals bekend binnen Imtech ziet op een samenstel van feiten die met ondertekening van het contract op 28 maart 2012 is ontstaan en zich daarna verder heeft ontwikkeld. Het was Imtech bekend dat

- Imtech een contract heeft getekend met AWW inzake het AWW-project, waardoor de totale order uitkwam op € 680 miljoen;
- Imtech daarbij de rol als general contractor zou vervullen;
- de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen door AWW op 21 juni 2012 uitbleef omdat *'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'*;
- diensengevolge een promissory note is opgesteld op basis waarvan *'AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012'*;
- AWW problemen had rondom de aankoop van het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd;
- tussen Imtech Deutschland en AWW is afgesproken dat betaling van € 147,6 miljoen zal plaatsvinden in drie tranches; en
- de betaling van € 147,6 miljoen door AWW op 19 juli 2012 uitbleef.

Voor de vaststelling dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, Wft heeft overtreden, is de beurskoers van Imtech op 4 februari 2013 niet doorslaggevend. Dat achteraf ook is gebleken dat binnen Imtech Duitsland sprake was van fraude doet naar het oordeel van de AFM hier niet aan af.

Ten aanzien van de overige punten in de zienswijze van de heer Van der Bruggen met betrekking tot de ernst, verwijtbaarheid en andere omstandigheden verwijst de AFM naar paragraaf 3.1.

Matiging wegens boeteoplegging aan natuurlijke persoon

De heer Van der Bruggen meent dat bij boeteoplegging rekening moet worden gehouden met het feit dat hij een natuurlijke persoon is. Dit gegeven op zich moet reeds aanleiding zijn tot forse matiging van de boete in relatie tot het basisbedrag. De heer Van der Bruggen neemt de gronden van Imtech in haar zienswijze voor matiging voor

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 49 van 70

een eventuele boete over en stelt dat die gronden ook relevant zijn in relatie tot een eventueel aan hem op te leggen boete.

Reactie AFM

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat bij boeteoplegging rekening moet worden gehouden met het feit dat hij een natuurlijke persoon is, zal de AFM behandelen bij de boetetoemeting. De AFM verwijst hiervoor naar paragraaf 3.1.

[REDACTED]

Reactie AFM

In reactie op hetgeen de heer Van der Bruggen stelt, [REDACTED], volstaat de AFM met een verwijzing naar paragraaf 3.1.

Beroep op matiging wegens beperkte draagkracht

De heer Van der Bruggen verzoekt nadrukkelijk om matiging van een eventuele boete in verband met zijn beperkte draagkracht.

De heer Van der Bruggen merkt in het kader van zijn beroep op zijn beperkte draagkracht volledigheidshalve nog op dat Imtech hem zal vrijwaren ter zake van een eventuele AFM-boete. De heer Van der Bruggen meent dat deze vrijwaring door Imtech op zichzelf niet relevant is voor en niet afdoet aan de relevantie van zijn beroep op matiging van een eventuele boete vanwege beperkte draagkracht en de door hem in dat kader hiervoor aangevoerde feiten.

Reactie AFM

Het verzoek van de heer Van der Bruggen om matiging van een eventuele boete in verband met zijn beperkte draagkracht, zal de AFM behandelen bij de boetetoemeting. De AFM verwijst hiervoor naar paragraaf 3.1.

De AFM volgt de redenering van de heer Van der Bruggen, dat de vrijwaring door Imtech op zichzelf niet relevant is voor en niet afdoet aan de relevantie van zijn beroep op matiging van een eventuele boete vanwege beperkte draagkracht en de door hem in dat kader hiervoor aangevoerde feiten. Voorts verwijst de AFM dienaangaande naar paragraaf 3.1.

Besluit AFM inzake publicatie

De heer Van der Bruggen maakt bezwaar tegen het ontbreken van een concept van de publicatie van het voorgenomen boetebesluit en het ontbreken van informatie over de wijze van publicatie. Publicatie is onderdeel van het voorgenomen besluit, dan wel een (deel)besluit, waarover de heer Van der Bruggen gehoord moet worden.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 50 van 70

Primair stelt de heer Van der Bruggen dat er geen goede reden is om een eventueel besluit ten aanzien van zijn persoon te publiceren, nu het legitieme doel van de openbaarmaking geen rol speelt:

- De heer Van der Bruggen vervult sinds april 2013 geen functie meer bij Imtech; en
- De heer Van der Bruggen vervult thans geen bestuursfunctie bij een beursgenoteerde vennootschap.

Subsidiair stelt de heer Van der Bruggen dat er geen goede reden is om in geval van boeteoplegging en publicatie zijn naam te noemen om de twee hiervoor genoemde redenen en dat de heer Van der Bruggen publiekelijk al bij herhaling aangevallen is op het ehec bij Imtech.

De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM hem te horen alvorens een besluit te nemen, zodat hij commentaar kan geven op de voorgenomen publicatietekst en de naam van de heer Van der Bruggen niet te noemen, maar te volstaan met de aanduiding van zijn toenmalige functie.

Reactie AFM

Ten aanzien van de zienswijze van de heer Van der Bruggen met betrekking een concept van de publicatie van het voorgenomen boetebesluit en het ontbreken van informatie over de wijze van publicatie merkt de AFM het volgende op. De wetgever heeft de toezichthouder expliciet de ruimte gegeven om zelf invulling te geven aan haar publicatieverplichting.⁴⁷ Dit is door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam bevestigd in zijn uitspraak van 7 maart 2014 waarin hij aangeeft dat het aan de AFM *'is om te bepalen hoe een boetebesluit wordt gepubliceerd. De Wft stelt hieraan geen beperkingen, terwijl ook overigens geen grond bestaat voor het oordeel dat het plaatsen van een bericht op Twitter zonder meer onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig is. Dit neemt niet weg dat het boetebesluit voldoende duidelijkheid moet geven over de manier waarop de publicatie op Twitter zal plaatsvinden.'*⁴⁸ In het onderhavige besluit is door de AFM aangegeven op welke wijze publicatie zal plaatsvinden, waaronder een bericht op Twitter. Voorts zij verwezen naar hetgeen de AFM heeft opgemerkt over artikel 5:53 Awb en artikel 4:8 Awb in haar reactie op de zienswijze van de heer Van der Bruggen over de inbreuk op de rechten van verdediging.

Ten aanzien van de behandeling van de overige punten van de heer Van der Bruggen met betrekking tot publicatie van het boetebesluit, verwijst de naar paragraaf 3.2 en meer specifiek 3.2.1.

Aanvullende zienswijze de heer Van der Bruggen

Digitale brondata

Bij brief van 11 augustus 2015 heeft de heer Van der Bruggen een aanvullende zienswijze ingediend ten aanzien van de inzage in de digitale data. Samengevat voert de heer Van der Bruggen in zijn aanvullende zienswijze aan:

Vanwege de beperkte omvang van de aangetroffen prints uit de elektronische correspondentie is de AFM na de inzage in het dossier op 19 mei 2015 verzocht te bevestigen dat alle in het onderzoek betrokken documenten ter

⁴⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 33 849, nr. 3, p 37.

⁴⁸ Rechtbank Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636, r.o. 9.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 51 van 70

inzage waren gelegd en de heer Van der Bruggen te informeren over de zoektermen die zijn gebruikt om de te onderzoeken selectie te maken van de digitale documenten. Dit is door de AFM bevestigd. Niettemin is na de inzage gebleken van het bestaan van (elektronische) berichten, die niet in het dossier zaten, maar voor de procedure wel van belang waren.

De gemachtigde van de heer Van der Bruggen merkt op dat de AFM geen antwoord heeft gegeven op de vragen die op pagina 3 en 4 van de zienswijze van 19 juni 2015 zijn gesteld.

Uit de ter inzage gelegde stukken maakt de gemachtigde van de heer Van der Bruggen op dat de AFM voor het digitale onderzoek gebruik heeft gemaakt van een bestaande dataset van Imtech. Gelet hierop is aan Imtech verzocht te laten weten hoe veel hits de zoektermen bij de digitale brondata genereren, om na te kunnen gaan of het door de AFM ter inzage gelegde gedeelte van de elektronische correspondentie hiermee correspondeert. Van Imtech is vernomen dat het aantal treffers op de AFM-zoektermen vele tienduizenden bedraagt. Hieruit moet worden geconcludeerd dat het door de AFM ter inzage gelegde gedeelte van de elektronische correspondentie een selectie van de treffers is en dus onvolledig is.

De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM op de volgende vragen antwoord te geven:

- Of de door de AFM gebruikte digitale brondata de hiervoor bedoelde bestaande dataset van Imtech is geweest?
- Of de AFM aan ([REDACTED]) de heer Van der Bruggen alsnog toegang wil geven tot de digitale brondata?

Op grond van de wet, de rechten van de verdediging en het equality of arms-beginsel heeft de heer Van der Bruggen recht op toegang tot de digitale brondata, onder andere om na te gaan of deze voor hen ontlastende informatie bevatten. In dit verband wordt opgemerkt dat de [REDACTED] op tal van punten aanvullingen bevat ten opzichte van het concept onderzoeksrapport van de AFM welke aanvullingen voor ([REDACTED]) de heer Van der Bruggen ontlastend zijn. De heer Van der Bruggen verwacht dat de digitale brondata ontlastende informatie bevat waarover hij in het kader van zijn verdediging wil kunnen en moet kunnen beschikken. Tegen het weigeren van toegang is in de reeds ingediende zienswijze bezwaar gemaakt. Dat bezwaar wordt hierbij herhaald en gehandhaafd.

Naast bovengenoemde vragen wordt ook gevraagd of de heer Van der Bruggen na inzage in de digitale brondata een mogelijkheid wordt gegeven tot het indienen van een nadere (inhoudelijke) aanvulling op de zienswijze en zo ja, binnen welke termijn.

Reactie AFM

Bij e-mail van 18 mei 2015 heeft de AFM aan de gemachtigde van de heer Van der Bruggen onder meer aangegeven dat 'Bijlage III' bij het onderzoeksrapport alle op de zaak betrekking hebbende stukken bevat, zoals deze ook zijn opgenomen in het dossier van de heer Van der Bruggen. Tijdens de inzage op 19 mei 2015 is gebleken dat Bijlage 19 - de Engelse vertaling van de Poolse aangifte - bij de brief van Imtech van 16 april 2014 ontbrak en dat de zienswijze van 7 november 2014 van Imtech niet is opgenomen in 'Bijlage III'. Dit heeft de

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 52 van 70

AFM per e-mail van 22 mei 2015 bevestigd. In de e-mail van 22 mei 2015 wordt tevens ingegaan op de vraag die de gemachtigde van de heer Van der Bruggen met betrekking tot het digitale onderzoek heeft gesteld. Daarbij geeft de AFM aan dat is gevraagd naar de wijze waarop het digitale onderzoek is verricht en verwijst hiervoor naar de 'Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens'.

Zoals eerder is opgemerkt in voetnoot 16, is het de AFM gebleken dat de brief die door de heer Van der Bruggen is overgelegd bij de schriftelijke zienswijze van 19 juni 2015 eerder door de AFM per abuis niet geselecteerd is uit de door Imtech ter beschikking gestelde stukken.

Het klopt dat de AFM op 11 augustus 2015 nog geen antwoord heeft gegeven op de vragen die op pagina 3 en 4 van de zienswijze van 19 juni 2015 van de heer Van der Bruggen zijn gesteld. In de brief van 15 juli 2015 van de AFM aan de gemachtigde van de heer Van der Bruggen merkt de AFM op dat de overige vragen en verzoeken, zoals opgenomen in de zienswijze van de heer Van der Bruggen van 19 juni 2015, bij de beslissing van de AFM zullen worden behandeld. Voor de beantwoording van deze vragen verwijst de AFM naar bovenstaande reactie, onder het kopje *Digitale data*.

De redenering van de heer Van der Bruggen, dat het door de AFM ter inzage gelegde gedeelte van de elektronische correspondentie een selectie van de treffers is en dus onvolledig is, volgt de AFM niet. De AFM volstaat in reactie hierop met een verwijzing naar bovenstaande reactie onder het kopje *Digitale data* en de 'Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens'. Hieruit blijkt helder op welke wijze de AFM digitale brondata heeft doorzocht en hoe zij tot de producten zoals opgenomen in het dossier komt.

Ten aanzien van de vragen of de door de AFM gebruikte digitale brondata de bestaande dataset van Imtech is geweest en of de AFM aan ([REDACTED]) de heer Van der Bruggen alsnog toegang wil geven tot de digitale brondata, verwijst de AFM naar bovenstaande reactie onder het kopje *Digitale data*.

De AFM is van oordeel dat zij de heer Van der Bruggen geen toegang kan geven tot de digitale brondata. De AFM heeft alle relevante gegevens bij haar onderzoek ter inzage gelegd aan de heer Van der Bruggen. Zoals de AFM hiervoor heeft gesteld betreffen de digitale brondata informatie die de AFM heeft verkregen van Imtech en moeten deze worden aangemerkt als toezichtvertrouwelijk. Voor zover de heer Van der Bruggen stelt dat hij verwacht dat de digitale brondata ontlastende informatie bevat, is de AFM van oordeel dat het aan de heer Van der Bruggen is om aan te geven welke ontlastende gegevens volgens hem ontbreken, of althans hiervan een indicatie te geven.

De reactie [REDACTED] tegen het concept onderzoeksrapport van de AFM van 23 september 2014 is verwerkt in het definitieve onderzoeksrapport van de AFM van 24 april 2015. In het onderzoeksrapport van 24 april 2015 is ten aanzien van het oordeel van de AFM en eventuele door de AFM te nemen maatregelen rekening gehouden met [REDACTED]. Voor zover de heer Van der Bruggen van mening zou zijn dat [REDACTED] onvoldoende of onjuist is verwerkt in het definitieve onderzoeksrapport, is de AFM van oordeel dat de heer Van der Bruggen expliciet dient te benoemen in welk opzicht de verwerking van [REDACTED] in het definitieve onderzoeksrapport ontoereikend was.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 53 van 70

Failissement Imtech

Bij brief van 28 augustus 2015 heeft de heer Van der Bruggen een aanvullende zienswijze ingediend met betrekking tot het ingetreden faillissement van Imtech op 13 augustus 2015. Samengevat wordt in de aanvullende zienswijze het volgende aangevoerd:

De curatoren van Imtech hebben op 26 augustus 2015 meegedeeld dat concurrente schuldeisers van Imtech naar verwachting geen uitkering zullen krijgen. De facto betekent dit dat de vrijwaring die Imtech eerder aan de heer Van der Bruggen heeft gegeven sinds 13 augustus 2015 voor hem zonder waarde c.q. betekenis is. De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM met dit gegeven bij het vaststellen van de hoogte van een eventuele boete rekening te houden.

Over de dekking onder de voormalige D&O-polis⁴⁹ zijn afspraken gemaakt met assuradeuren. Er zijn door assuradeuren zekere bedragen uitgekeerd c.q. ter beschikking gesteld, welke bedragen zijn aangewend in het kader van schikkingen [REDACTED]. Per heden heeft de heer Van der Bruggen, voor zover hemzelf bekend, geen aanspraak op dekking meer. De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM ook met dit gegeven rekening te houden.

Zoals blijkt uit de bij de zienswijze gevoegde informatie omtrent inkomen en vermogen beschikt de heer Van der Bruggen over vermogensbestanddelen. De waarde van de aandelenportefeuille fluctueert en de vermogensbestanddelen, afgezien van bank- en spaartegoeden, zijn niet liquide. Als aan de heer Van der Bruggen een boete zou worden opgelegd, dan zal hij mogelijk een deel van zijn (vrije) vermogen liquide moeten maken. Of dat nodig en mogelijk zou zijn en voor welk bedrag is thans niet bekend aangezien de AFM wat de hoogte van een eventuele boete betreft de kaarten tot op heden tegen de borst heeft gehouden. De heer Van der Bruggen kan zich op dit punt dan ook niet nader uitlaten. De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM bij een eventuele boeteoplegging de niet liquide vermogensbestanddelen voor de draagkracht buiten beschouwing te laten.

Verder voert de heer Van der Bruggen aan dat door hem toegang tot de digitale data te onthouden sprake is van een ernstige inbreuk op zijn rechten van de verdediging, waartegen hij bezwaar maakt.

Reactie AFM

De AFM verwijst voor haar beoordeling ten aanzien van de hoogte van de boete naar paragraaf 3.1.

Ten aanzien van hetgeen de heer Van der Bruggen stelt over het niet bekend maken van de hoogte van de boete verwijst de AFM naar haar reactie op de zienswijze van de heer Van der Bruggen onder het kopje '*Inbreuken rechten verdediging*'.

Ten aanzien van hetgeen de heer Van der Bruggen stelt over het onthouden van toegang tot de digitale data verwijst de AFM naar haar reactie op de zienswijze van de heer Van der Bruggen onder het kopje '*Digitale data*'.

⁴⁹ De AFM merkt op dat een D&O-polis een (persoonlijke) aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders betreft ('*Directors & Officers Liability*').

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 54 van 70

2.2.5 Conclusie

De AFM concludeert dat de door de heer Van der Bruggen naar voren gebrachte zienswijze geen aanleiding vormt om te komen tot aanpassing van haar oordeel dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:25i, tweede lid, Wft heeft overtreden door KGI niet onverwijld openbaar te maken en dat de heer Van der Bruggen hieraan feitelijk leiding heeft gegeven.

3. Besluit

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan de heer Van der Bruggen een bestuurlijke boete op te leggen wegens het feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft door Imtech op 20 juli 2012.⁵⁰

3.1 Hoogte van de boete

Voor overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**) een basisbedrag van € 2.000.000,-.

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de ernst en/of de duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.⁵¹ De AFM kan daarnaast het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.⁵² De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder.⁵³

Hierna zal worden beoordeeld of er aanleiding is om het basisbedrag van € 2.000.000,- te verlagen of te verhogen.

3.1.1 Ernst en/of duur van de overtreding

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de ernst en/of de duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.

De heer Van der Bruggen stelt dat de ernst van de vermeende inbreuk beperkt is en voor zover al een inbreuk bestaat, dit allesbehalve een evidente inbreuk is. De AFM is van oordeel dat de vijf elementen zijn aan te merken als een (deel van het) samenstel van feiten. Alle feiten die betrekking hebben op het contract van 28 maart 2012 betreffen een samenstel van feiten die al dan niet in samenhang met elkaar moet worden aangemerkt als KGI. De

⁵⁰ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, eerste lid, Wft.

⁵¹ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

⁵² Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

⁵³ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 55 van 70

KGI heeft zich, zoals blijkt uit deze feiten, in de periode tussen 28 maart en 20 juli 2012 verder ontwikkeld. Imtech en de heer Van der Bruggen waren bekend met de gehele set van relevante omstandigheden, waaronder

- 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'*⁵⁴;
- het dientengevolge op 29 juni 2012 opstellen van een promissory note op basis waarvan *'AWW was required to pay the amount of EUR 147.6 million to Imtech Poland before the maturity date of the promissory note, being 19 July 2012'*;
- de problemen rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd;
- de afspraken van 18 juli 2012 tussen de heren [E] en [D] ten aanzien van onder meer de betaling van € 147,6 miljoen in drie tranches met als uiterste deadlines 31 juli, 7 augustus en 14 augustus 2012; en
- het uitblijven van de betaling van € 147,6 miljoen op 19 juli 2012.

Op 20 juli 2012 was geenszins sprake van omstandigheden die de hiervoor genoemde operationele en financiële risico's in een ander perspectief plaatsen.

KGI zal bij het openbaar maken ervan invloed kunnen hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. Een uitgevende instelling is verplicht KGI onverwijld openbaar te maken, zodat alle beleggers op de hoogte zijn van deze informatie en alle beleggers gelijke kansen hebben op een goed beleggingsrendement. De AFM is van oordeel dat sprake is van een evidente inbreuk, waarvan de ernst niet beperkt is. Imtech mocht op 20 juli 2012 niet tot de conclusie komen dat het persbericht zodanig volledig was dat geen sprake was van het achterhouden van KGI.

Gelet op bovenstaande, beoordeelt de AFM de inbreuk op zich als ernstig, maar geeft dit geen aanleiding tot een verlaging dan wel verhoging van het boetebedrag. Daarmee blijft het boetebedrag € 2.000.000,-.

3.1.2 Mate van verwijtbaarheid

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50% indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.

De heer Van der Bruggen stelt dat de inbreuk hem in alle redelijkheid niet kan worden verweten nu hem pas begin februari 2013 is gebleken dat sprake was van op grote schaal frauduleus handelen rondom het AWW-project. Tot begin februari 2013 is Imtech door AWW, [D] en met name [E] in de waan gelaten dat de financiering van het AWW-project (op korte termijn) geheel rond was. De AFM heeft haar oordeel gebaseerd op de feiten die op 20 juli 2012 bekend waren bij de heer Van der Bruggen. Dat achteraf is gebleken dat sprake is geweest van fraude doet aan deze feiten niet af. Op basis van de meermaals genoemde feiten en omstandigheden zou naar het oordeel van de AFM niet de conclusie getrokken kunnen worden dat de financiering van AWW rond was, maar ontstaat in

⁵⁴ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 56 van 70

ieder geval gereede twijfel over de daadwerkelijke beschikbaarheid van de financiering. De AFM is van oordeel dat voor de betrokkenen een signaal had moeten uitgaan van het tot twee maal uitblijven van de vooruitbetaling van € 147,6 miljoen. Tevens had voor betrokkenen een signaal uit moeten gaan van de problemen ten aanzien van de beoogde landaankoop in Polen en het niet rondkrijgen van de financiering. De signalen die werden verkregen zijn dermate duidelijk en van groot belang ten aanzien van de doorgang van het project, om de situatie dat betaling van € 147,6 miljoen uitbleef te mogen negeren en de markt hierover niet te informeren.

Gelet op bovenstaande, beoordeelt de AFM de inbreuk op zich als verwijtbaar, maar geeft dit geen aanleiding tot een verlaging dan wel verhoging van het boetebedrag. Daarmee blijft het boetebedrag € 2.000.000,-.

3.1.3. Draagkracht

In het voornemen tot boeteoplegging van 24 april 2015 heeft de AFM aan de heer Van der Bruggen verzocht, ter vaststelling van de boetehoogte, om informatie over zijn financiële positie. De heer Van der Bruggen heeft de vragenlijst ten behoeve van de bepaling van de draagkracht ingevuld en met bijlagen overgelegd tijdens de zienswijzezitting van 19 juni 2015. Tevens heeft hij een beroep gedaan op zijn beperkte draagkracht en merkt hij op dat Imtech hem zal vrijwaren ter zake van een eventuele AFM-boete. De heer Van der Bruggen geeft aan dat de vrijwaring op zichzelf niet relevant is voor en niet afdoet aan de relevantie van zijn beroep op matiging van een eventuele boete vanwege beperkte draagkracht en de door hem in dat kader aangevoerde feiten

Op 28 augustus 2015 heeft de heer Van der Bruggen de AFM erop gewezen dat de vrijwaring van Imtech aan de heer Van der Bruggen, gelet op het faillissement van Imtech, sinds 13 augustus 2015 voor hem zonder waarde c.q. betekenis is. De heer Van der Bruggen heeft de AFM verzocht met dit gegeven bij het vaststellen van de hoogte van een eventuele boete rekening te houden. Tevens heeft de heer Van der Bruggen de AFM erop gewezen dat hij, voor zover hemzelf bekend, geen aanspraak op dekking meer heeft onder zijn voormalige D&O-polis, nu door assuradeuren bedragen zijn uitgekeerd c.q. ter beschikking zijn gesteld, die zijn aangewend in het kader van schikkingen [REDACTED]. De heer Van der Bruggen heeft de AFM ook verzocht de niet liquide vermogensbestanddelen voor de draagkracht buiten beschouwing te laten.

Uit de door de heer Van der Bruggen verstrekte draagkrachtgegevens blijkt een eigen vermogen van [REDACTED]. De AFM is van oordeel dat zij bij het vaststellen van het vermogen van de heer Van der Bruggen niet slechts de liquide vermogensbestanddelen moet meenemen, maar ook de minder liquide vermogensbestanddelen, zoals onroerende zaken. De AFM ziet geen reden om de minder liquide vermogensbestanddelen buiten beschouwing te laten.

Tevens ziet de AFM geen reden om het feit dat de aan de heer Van der Bruggen door Imtech gegeven vrijwaring, gelet op het faillissement van Imtech, voor de betaling van de boete geen waarde meer heeft en het feit dat de heer Van der Bruggen niet (meer) beschikt over een verzekering die de kosten van de procedure of de boete zal dekken te betrekken in de vaststelling van de draagkracht van de heer Van der Bruggen. Bij het bepalen van de hoogte van de boete kijkt de AFM of de heer Van der Bruggen de boete kan dragen, mede gelet op zijn financiële positie en het aanwezige vermogen.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 57 van 70

Gelet op het eigen vermogen van de heer Van der Bruggen, ziet de AFM aanleiding de boete van € 2.000.000,- te verlagen naar € 1.200.000,-. Deze boete moet de heer Van der Bruggen kunnen dragen, mede gelet op zijn financiële positie en het aanwezige vermogen.

3.1.4 Overige relevante omstandigheden

Publicatie van het persbericht op 20 juli 2012

De AFM is van oordeel dat op 20 juli 2012 bij publicatie van het persbericht geen sprake is van eendaadse samenloop. Van eendaadse samenloop is kort gezegd sprake als door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden die naar hun strekking zodanig nauw samenhangen dat in wezen slechts één overtreding plaatsvindt.⁵⁵ Uit oogpunt van eenvoud van wetgeving is in het bestuursrecht geen afzonderlijke regeling getroffen. Uit de toelichting volgt verder dat voor de vraag of sprake is van eendaadse samenloop, aansluit gezocht moet worden bij de rechtspraak van de Hoge Raad inzake artikel 55, eerste lid, WvSr. In dat geval zal eendaadse samenloop zich in de praktijk slechts uiterst zelden voordoen. Het toepassingsbereik van het leerstuk van de eendaadse samenloop is blijkens vaste rechtspraak vernaauwd tot 'uitzonderlijke gevallen'. De gebruikelijke toetsstenen zijn eenheid van tijd en plaats, alsmede een vergelijkbare strekking van de betrokken bepalingen.⁵⁶ De normen neergelegd in artikel 5:25i, tweede lid, Wft en artikel 5:58, eerste lid, onderdeel d, Wft hebben een verschillende strekking en hangen niet zodanig nauw samen dat in wezen slechts één overtreding plaatsvindt.

De overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft ziet op het niet onverwijld algemeenverkrijgbaar stellen van KGI, doordat Imtech KGI ten dele niet openbaar maakt. De gedraging betreft een nalaten van Imtech, terwijl op grond van de Wft een informatieverplichting bestaat voor Imtech als uitgevende instelling. KGI zal bij het openbaar maken ervan invloed kunnen hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. Een uitgevende instelling is verplicht KGI onverwijld openbaar te maken, zodat alle beleggers op de hoogte zijn van deze informatie en alle beleggers gelijke kansen hebben op een goed beleggingsrendement.

De overtreding van artikel 5:58, eerste lid, onderdeel d, Wft ziet op het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is, doordat Imtech slechts een deel van de informatie ten aanzien van het AWW-project publiceert, en niet het negatieve deel van de informatie. Deze gedraging betreft een handelen van Imtech, waarbij sprake is van een vorm van marktmanipulatie, te weten informatiemaniplatie. Deze gedraging valt onder het verbod op marktmanipulatie.

Het openbaarmaken van KGI heeft als doel alle beleggers gelijktijdig van dezelfde informatie te voorzien. Het verbod van marktmanipulatie heeft als doel te voorkomen dat beleggers worden benadeeld. Naar het oordeel van de AFM is dan ook geen sprake van eendaadse samenloop.

⁵⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 703, nr. 3, p. 91.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld de recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7023.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 58 van 70

De AFM is van oordeel dat op 20 juli 2012 wel sprake is van meerdaadse samenloop. Van meerdaadse samenloop is sprake indien een gedraging meer overtredingen oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen schenden. Met publicatie van het persbericht op 20 juli 2012 is zowel sprake van het (ten dele) niet onverwijld openbaar maken van KGI als van het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is. Beide verwijten zijn terug te voeren op dezelfde omstandigheid, te weten het persbericht van 20 juli 2012. Er is in dezen dan ook sprake van het simultaan overtreden van twee normen. De AFM is bevoegd om ten aanzien van beide overtredingen handhavend op te treden en de overtreding van twee marktmisbruikregels door één handelingscomplex mag leiden tot de oplegging van twee boetes.⁵⁷ De boetes kunnen dus cumuleren. Het totaal van de boetes moet wel in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.⁵⁸

De omstandigheden overziende is de AFM van oordeel dat het ten volle opleggen van twee boetes onevenredig is. Indien Imtech op een juiste wijze de KGI openbaar had gemaakt, had Imtech ook artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft niet overtreden. Juist nu Imtech KGI openbaar heeft gemaakt, zij het op een foutieve wijze, levert de gedraging tevens het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is op.

Specifieke omstandigheden ten aanzien van de heer Van der Bruggen

De AFM is van oordeel dat een verdere verlaging van het boetebedrag op grond van de specifieke omstandigheid dat de heer Van der Bruggen een bedrag van € 1.500.000,-, zijnde zijn variabele beloning, heeft ingeleverd om daarmee schikkingen te treffen met aandeelhouders en verzekeraars gerechtvaardigd is.

Daarnaast heeft de heer Van der Bruggen aangevoerd dat de D&O-polis is afgekocht om schikkingen te bereiken met de beleggers. De AFM is van oordeel dat de uitkering van een verzekering die is gebruikt ten behoeve van de schikkingen met beleggers, geen reden is tot verlaging van het boetebedrag.

De overige gronden die door de heer Van der Bruggen zijn aangevoerd in zijn zienswijze als zijnde redenen om de boete te matigen geven geen reden tot een verdere verlaging van het boetebedrag. Dat de heer Van der Bruggen geen voordeel heeft genoten uit de overtreding en dat geen kans bestaat op herhaling zijn naar het oordeel van de AFM geen redenen tot verdere verlaging van het boetebedrag. Overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft is een ernstige overtreding. De AFM is van oordeel dat deze gronden niet zwaarder wegen dan de ernst van de overtredingen door Imtech en het feitelijk leidinggeven daaraan door de heer Van der Bruggen op basis waarvan de AFM overgaat tot boeteoplegging.

Tevens neemt de heer Van der Bruggen de gronden voor matiging van een eventuele boete [REDACTED] [REDACTED] en stelt zich op het standpunt dat die gronden ook relevant zijn in relatie tot een eventueel aan hem op te leggen boete. Voor zover de matigingsgronden [REDACTED]

⁵⁷ Artikel 5:8 Awb.

⁵⁸ Artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 59 van 70

aangevoerd kunnen worden aangevoerd door de heer Van der Bruggen, is de AFM van oordeel dat deze, anders dan het treffen van schikkingen met beleggers, geen reden geven tot een verlaging van het boetebedrag.

Conclusie

Gelet op de samenloop van overtredingen op 20 juli 2012 en het inleveren van de variabele beloning (€ 1.500.000,-) door de heer Van der Bruggen verlaagt de AFM het boetebedrag tot € 500.000,-.

3.1.4 Vaststelling boetehoogte

De AFM acht een boete van € 500.000,- miljoen passend en geboden.

De boete voor overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft bedraagt op grond hiervan € 500.000,-.

De heer Van der Bruggen moet het bedrag binnen zes weken overmaken op bankrekening [REDACTED] ([REDACTED]) ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [REDACTED]. De heer Van der Bruggen ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

3.2 Openbaarmaking van de boete

Omdat de AFM aan de heer Van der Bruggen een boete oplegt voor de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft, moet de AFM het besluit tot boeteoplegging openbaar maken vijf werkdagen nadat dit aan de heer Van der Bruggen is toegestuurd.⁵⁹ Ook moet de AFM, indien van toepassing, zo spoedig mogelijk de indiening van een bezwaar door de heer Van der Bruggen tegen de bestuurlijke boete bekend maken.⁶⁰

3.2.1 Mogelijk anonieme publicatie

De wetgever heeft het openbaar maken van bestuurlijke boetes verplicht om deelnemers op de financiële markten te informeren en te waarschuwen. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁶¹ Met de publicatieverplichtingen als opgenomen in art. 1:97 Wft wordt zo spoedig mogelijk inzicht verschaft in de actuele stand van de boeteprocedure. Onder bepaalde omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft anoniem plaats te vinden. Dit is het geval indien voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking:

- voor zover de boete wordt opgelegd aan een natuurlijk persoon, bekendmaking van persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn;
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;

⁵⁹ Dit volgt uit artikel 1:97, eerste lid, Wft.

⁶⁰ Dit volgt uit artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

⁶¹ Vergelijk PG 29708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 60 van 70

- een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd; of
- de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

Zienswijze van de heer Van der Bruggen

De heer Van der Bruggen stelt dat er geen goede reden is om een eventueel besluit ten aanzien van zijn persoon te publiceren, nu het legitieme doel van de openbaarmaking geen rol speelt:

- De heer Van der Bruggen vervult sinds april 2013 geen functie meer bij Imtech; en
- De heer Van der Bruggen vervult thans geen bestuursfunctie bij een beursgenoteerde vennootschap.

Subsidiar stelt de heer Van der Bruggen dat er geen goede reden is om in geval van boeteoplegging en publicatie zijn naam te noemen om de twee hiervoor genoemde redenen en dat de heer Van der Bruggen publiekelijk al bij herhaling aangevallen is op het echeb bij Imtech.

De heer Van der Bruggen verzoekt de AFM de naam van de heer Van der Bruggen niet te noemen, maar te volstaan met de aanduiding van zijn toenmalige functie.

Reactie AFM

De AFM ziet geen reden om de openbaarmaking in anonieme vorm plaats te laten vinden. Er is geen sprake van één van de bovengenoemde omstandigheden die aan volledige openbaarmaking in de weg staat. Van volledige openbaarmaking kan daarom niet worden afgezien. Dit wordt als volgt toegelicht.

Het besluit om over te gaan tot volledige openbaarmaking van het boetebesluit en, voor zover van toepassing, van het feit dat bezwaar is ingesteld, is getoetst aan de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn, waaronder de feiten en omstandigheden die de heer Van der Bruggen in zijn zienswijze kenbaar heeft gemaakt.

De AFM stelt zich op het standpunt dat de heer Van der Bruggen zich schuldig heeft gemaakt aan het feitelijk leidinggeven aan een ernstige overtredingen van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech. De heer Van der Bruggen was ten tijde van de overtreding CEO van Imtech. Gelet op de overtreding en de positie van de heer Van der Bruggen als CEO, acht de AFM het algemeen belang om bekend te maken dat de heer Van der Bruggen zich schuldig heeft gemaakt aan het feitelijk leidinggeven aan marktmanipulatie zwaarder wegen dan de door de heer Van der Bruggen gestelde omstandigheden, dat de heer Van der Bruggen sinds april 2013 geen functie meer vervult bij Imtech, thans geen bestuursfunctie bij een beursgenoteerde vennootschap vervult en dat de heer Van der Bruggen publiekelijk al bij herhaling is aangevallen.

Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat de bekendmaking van de gegevens als opgenomen in het boetebesluit onevenredig zou zijn, of dat de heer Van der Bruggen of eventuele andere betrokken partijen door niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. Voor zover sprake is van schade door de openbaarmaking van de aan de heer Van der Bruggen opgelegde boete, valt deze schade veeleer toe te schrijven aan de overtreding van de norm door de heer Van der Bruggen, dan aan

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 61 van 70

het geven van bekendheid aan de voor de overtreding opgelegde sanctie. Van disproportionele schade is temeer geen sprake, gezien het maatschappelijk belang om de markt te informeren of te waarschuwen.

Evenmin heeft de AFM kunnen vaststellen dat bij niet-anonieme openbaarmaking een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

3.2.2 Wijze van publicatie

De AFM publiceert de boete door de volledige tekst van het boetebesluit (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te plaatsen, onder begeleiding van onderstaand persbericht. Van het persbericht wordt een Engelse vertaling opgenomen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst⁶² en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁶³ en een news-alert⁶⁴. Bij het persbericht zal een hyperlink worden opgenomen naar een eventuele uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl. De AFM kan daarnaast het besluit publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke en/of regionale dagbladen.

De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht en/of de advertentie opgenomen:

‘Boete voor de heer van der Bruggen voor feitelijk leidinggeven aan niet tijdig publiceren koersgevoelige informatie door Imtech

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 2 december 2015 een bestuurlijke boete van € 500.000,- opgelegd aan de heer Van der Bruggen. Hij was als feitelijk leidinggevende verantwoordelijk voor niet tijdig publiceren van koersgevoelige informatie door Royal Imtech N.V.

Op 20 juli 2012 heeft Imtech nagelaten koersgevoelige informatie openbaar te maken over een contract dat was getekend voor de (verdere) realisatie van het avonturenpark Adventure World Warsaw (AWW). Hierdoor heeft Imtech niet voldaan aan haar verplichting tot het openbaar maken van koersgevoelige informatie (artikel 5:25i, tweede lid, Wft).

Koersgevoelige informatie kan bij publicatie invloed hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. Een uitgevende instelling is verplicht deze informatie zo snel mogelijk (onverwijld) openbaar te maken, zodat alle beleggers op de hoogte zijn en op basis van dezelfde informatie beleggingsbeslissingen kunnen nemen. Het is daarom van belang dat beleggers worden voorzien van volledige, correcte en toegankelijke informatie. Transparante informatievoorziening is van groot belang voor een efficiënte prijsvorming van financiële instrumenten.

⁶² Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

⁶³ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁶⁴ Persbureaus en andere instellingen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via zogenaamde ‘news-alerts’.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 62 van 70

Imtech wist op 20 juli 2012 al dat AWW meerdere malen niet aan haar contractueel vastgelegde betalingsverplichtingen had voldaan. Ook had AWW nog niet al het beoogde land kunnen aankopen en ondervond het avonturenpark problemen om haar financiering rond te krijgen.

Op 20 juli 2012 heeft Imtech wel een persbericht gepubliceerd over het contract met AWW, maar heeft zij selectief slechts een deel van de koersgevoelige informatie openbaar gemaakt, onder meer over de waarde van het contract en de rol van Imtech bij het project. Imtech heeft echter nagelaten de overige koersgevoelige informatie over het contract onverwijld openbaar te maken.

Imtech heeft volgens de AFM niet aangetoond dat zij een rechtmatig belang had tot uitstel van openbaarmaking van deze informatie. Daarnaast had Imtech moeten inzien dat van uitstel misleiding te duchten was.

Feitelijk leidinggeven door de heer Van der Bruggen

De heer Van der Bruggen was volledig op de hoogte van alle feiten en omstandigheden en de publicatie van het persbericht op 20 juli 2012. Hij was van 1 mei 1999 tot 3 april 2013 als chief executive officer één van de twee bestuurders bij Imtech. Hij was bevoegd en gehouden om in te grijpen. Dit heeft hij echter nagelaten. De AFM merkt de heer Van der Bruggen daarom aan als feitelijk leidinggevende aan de overtreding door Imtech.

Boetehoogte

De AFM vindt een boete van € 500.000,- voor deze overtreding passend. Bij de hoogte van de boete heeft de AFM rekening gehouden met de financiële positie van de heer Van der Bruggen. De AFM heeft daarnaast rekening gehouden met het feit dat met publicatie van het persbericht op 20 juli 2012 de verplichting tot onverwijld publicatie van koersgevoelige informatie (artikel 5:25i, tweede lid, Wft) en het verbod op marktmanipulatie zijn overtreden (artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft). Voor beide overtredingen is een boete opgelegd aan de heer Van der Bruggen. Verder vindt de AFM het relevant dat de heer Van der Bruggen ten behoeve van schikkingen met beleggers zijn variabele beloning over 2010 en 2011 ter waarde van € 1.500.000,- heeft ingeleverd. Bij de vaststelling van de boetehoogte heeft de AFM daarom ook rekening gehouden met het bedrag dat de heer Van der Bruggen heeft ingeleverd.

Het besluit van de AFM kan door belanghebbende(n) ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

Het volledige besluit kunt u hiernaast downloaden in PDF-formaat. Bij vragen of klachten kunt u contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0800-5400 540 (gratis).'

Let op: De AFM kan, al naargelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.

Bij het persbericht op de website wordt onderstaande tabel geplaatst, met de datum van het boetebesluit. Als u bezwaar maakt tegen het boetebesluit, zal de AFM dat bekend maken door in de tabel ook de datum op te nemen waarop het bezwaarschrift is ontvangen.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina

63 van 70

Stand van zaken						
Boete is opgelegd	Bezwaar		Beroep		Hoger Beroep	
	Ingesteld	Beslissing genomen	Ingesteld	Uitspraak gedaan	Ingesteld	Uitspraak gedaan
[datum]						

De bijlage bij dit besluit bevat de volledige tekst van het besluit dat op de website van de AFM openbaar zal worden gemaakt, geschoond van vertrouwelijke informatie. Mocht u 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 na bekendmaking van dit besluit.

Publicatie vindt niet eerder plaats dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot boeteoplegging aan u bekend is gemaakt. De publicatie wordt opgeschort als u verzoekt om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 Awb. Publicatie wordt dan in elk geval opgeschort, totdat de voorzieningenrechter een uitspraak heeft gedaan.

Als u om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt de AFM dit per e-mail () aan haar door te geven. Als u hier niet toe overgaat zal de AFM de boete openbaar maken op de wijze als hiervoor toegelicht. Ook vraagt de AFM u het verzoek om voorlopige voorziening per fax toe te sturen (faxnummer).

3.2.3 Nadere publicatiemomenten

Als u tegen een eventuele boete rechtsmiddelen aanwendt, is de AFM op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft verplicht om zo spoedig mogelijk inzicht te geven in de actuele stand van die procedure. De AFM dient de uitkomst van een bezwaarprocedure bekend te maken, alsmede dat (hoger) beroep is ingesteld en de uitkomst daarvan. Onverminderd deze publicatie, dient de AFM op grond van artikel 1:98 Wft de eventuele boete ook openbaar te maken, nadat deze definitief is geworden (nadat bezwaar of beroep niet langer openstaat). Deze brief ziet niet op deze latere publicaties op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft en artikel 1:98 Wft. In een later stadium zult u over nadere publicaties worden geïnformeerd.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 64 van 70

4. Hoe kunt u bezwaar maken?

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar maken door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. Juridische Zaken, Postbus 11723, 1001 GS, Amsterdam. Een bezwaarschrift kan ook per fax (faxnummer 020-797 3835), per e-mail (e-mailadres bezwarenbox@afm.nl) of met het bezwaarformulier op de website van de AFM (www.afm.nl/bezwaar) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht. Een van die eisen is dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM faxnummers of AFM e-mailadressen dan de hier genoemde kan worden gestuurd. De AFM neemt het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling als aan deze eisen is voldaan.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Plaatsvervangend boetefunctionaris

[was getekend]
Plaatsvervangend boetefunctionaris

Bijlage I Relevante wet- en regelgeving

Wet op het financieel toezicht

1 Algemeen deel

Hoofdstuk 1.1. Inleidende bepalingen

Afdeling 1.1.1 Definities

Artikel 1:1

(...)

effect:

- a. een verhandelbaar aandeel of een ander daarmee gelijk te stellen verhandelbaar waardebewijs of recht niet zijnde een appartementsrecht;
- b. een verhandelbare obligatie of een ander verhandelbaar schuldinstrument; of
- c. elk ander door een rechtspersoon, vennootschap of instelling uitgegeven verhandelbaar waardebewijs waarmee een in onderdeel a of b bedoeld effect door uitoefening van de daaraan verbonden rechten of door conversie kan worden verworven of dat in geld wordt afgewikkeld;

(...)

financieel instrument:

- a. effect;

(...)

5 Deel Gedragstoezicht financiële markten

Hoofdstuk 5.1a. Regels voor informatievoorziening door uitgevende instellingen

Afdeling 5.1a.1 Informatieverplichtingen voor uitgevende instellingen waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt en waarvan Nederland lidstaat van herkomst is

§ 5.1a.1.3. Incidentele verplichtingen voor uitgevende instellingen

Artikel 5:25i

1. In dit artikel en de daarop berustende bepalingen wordt, in afwijking van artikel 1:1, onder uitgevende instelling verstaan: rechtspersoon, vennootschap of instelling:

- a. die financiële instrumenten of andere instrumenten heeft uitgegeven die met haar instemming zijn toegelaten, of waarvoor met haar instemming verzocht is om toelating, tot de handel in Nederland op:
 - 1°. een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, is verleend; of
 - 2°. een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor een vergunning is verleend als bedoeld in artikel 2:96; of
- b. op wiens voorstel een koopovereenkomst tot stand is gekomen inzake een financieel instrument, niet zijnde een effect, dat op een gereguleerde markt als bedoeld in onderdeel a, onder 1° of een

multilaterale handelsfaciliteit als bedoeld in onderdeel a, onder 2° is toegelaten of waarvoor toelating is aangevraagd.

2. Een uitgevende instelling stelt informatie als bedoeld in de definitie van voorwetenschap in artikel 5:53, eerste lid, die rechtstreeks op haar betrekking heeft, onverwijld algemeen verkrijgbaar.
3. De uitgevende instelling, beheerder van een beleggingsinstelling of beheerder van een icbe kan de algemeenverkrijgbaarstelling van de informatie uitstellen indien:
 - a. het uitstel een rechtmatig belang van de uitgevende instelling dient;
 - b. van het uitstel geen misleiding van het publiek te duchten is; en
 - c. zij de vertrouwelijkheid van deze informatie kan waarborgen.
4. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het derde lid. Daarbij kan worden bepaald wat onder een rechtmatig belang van de uitgevende instelling kan worden verstaan en aan welke vereisten de uitgevende instelling dient te voldoen om de vertrouwelijkheid van de informatie te waarborgen.
5. Indien de uitgevende instelling of een persoon die haar vertegenwoordigt, doelbewust informatie als bedoeld in artikel 5:53, eerste lid, in het kader van de normale uitoefening van werk, beroep of functie meedeelt aan een derde, stelt de uitgevende instelling die informatie gelijktijdig algemeen verkrijgbaar. Indien de informatie niet doelbewust aan een derde is meegedeeld stelt de uitgevende instelling de informatie onverwijld na het doen van de mededeling algemeen verkrijgbaar. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing.
6. Het vijfde lid, eerste volzin, is niet van toepassing indien de persoon aan wie de informatie wordt meegedeeld ter zake daarvan gehouden is tot geheimhouding.

§ 5.1a.2.3. Wijze van algemeen verkrijgbaar stellen en deponeren van informatie

Artikel 5:25m

1. Een uitgevende instelling stelt gereguleerde informatie op niet-discriminatoire wijze algemeen verkrijgbaar. De uitgevende instelling maakt daarbij gebruik van media waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een snelle en doeltreffende verspreiding van de gereguleerde informatie in alle lidstaten is gewaarborgd.
2. De algemeenverkrijgbaarstelling, bedoeld in het eerste lid, vindt plaats door middel van een persbericht dat gelijktijdig wordt uitgebracht in Nederland alsmede in elke andere lidstaat waar de door de uitgevende instelling uitgegeven financiële instrumenten met haar instemming zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of waar ter zake van die instrumenten met haar instemming verzocht is om toelating tot de handel op een dergelijke markt.
3. De uitgevende instelling beschikt over een website en maakt informatie als bedoeld in artikel 5:25i onverwijld op deze website openbaar. Indien de uitgevende instelling een beleggingsinstelling of icbe is, kan deze informatie ook op de website van de beheerder van die beleggingsinstelling of icbe onverwijld openbaar worden gemaakt. De uitgevende instelling, beheerder van een beleggingsinstelling of beheerder van een icbe houdt deze informatie gedurende ten minste een jaar op de website toegankelijk.
4. Indien het gereguleerde informatie betreft als bedoeld in artikel 5:25c, 5:25d of 5:25e, kan de uitgevende instelling in het persbericht volstaan met een aankondiging waarin wordt verwezen naar de website van de uitgevende instelling waar de informatie volledig beschikbaar is.
5. Onze Minister wijst een instantie aan die zorg draagt voor de centrale opslag van gereguleerde informatie.

6. De uitgevende instelling zendt de gereglementeerde informatie gelijktijdig met de algemeenverkrijgbaarstelling aan de instantie, bedoeld in het vijfde lid, alsmede indien deze niet als zodanig is aangewezen aan de Autoriteit Financiële Markten.

7. De uitgevende instelling brengt geen kosten in rekening voor het algemeen verkrijgbaar stellen van de gereglementeerde informatie.

8. Indien door een persoon zonder toestemming van de uitgevende instelling om toelating tot de handel op een gereglementeerde markt van door de uitgevende instelling uitgegeven effecten is verzocht, rusten de bij of krachtens het eerste tot en met derde, zesde en zevende lid geldende verplichtingen op die persoon.

9. Het eerste tot en met derde lid zijn niet van toepassing op uitgevende instellingen waarvan uitsluitend effecten tot de handel zijn toegelaten op ten hoogste een in een andere lidstaat gelegen of functionerende gereglementeerde markt.

10. Het vijfde en zesde lid zijn van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de informatie die op grond van het recht van een andere lidstaat ter uitvoering van artikel 6 van de richtlijn marktmisbruik algemeen verkrijgbaar moet worden gesteld door een uitgevende instelling waarvan Nederland de lidstaat van herkomst is.

11. De Autoriteit Financiële Markten, zendt gereglementeerde informatie als bedoeld in artikel 5:25c, negende lid, binnen drie dagen na de toezending als bedoeld in het zesde lid aan het handelsregister.

(...)

Hoofdstuk 5.4. Regels ter voorkoming van marktmisbruik en voor het optreden op markten in financiële instrumenten

Afdeling 5.4.1. Inleidende bepaling

Artikel 5:53

1. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder voorwetenschap: 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. Voorzover het grondstoffenderivaten betreft wordt in dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen, in afwijking van de vorige volzin, onder voorwetenschap verstaan: bekendheid met niet openbaar gemaakte informatie die concreet is en die rechtstreeks of middellijk betrekking heeft op een of meer grondstoffenderivaten, van welke informatie beleggers in die grondstoffenderivaten bekendmaking mogen verwachten op grond van marktpraktijken die gebruikelijk zijn op de gereglementeerde markt of de multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 waarop die grondstoffenderivaten worden verhandeld.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen marktpraktijken als bedoeld in het eerste lid, tweede volzin, worden aangewezen.

3. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt, in aanvulling op artikel 1:1, onder financieel instrument mede verstaan: elk ander instrument dat op een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 tot de handel is toegelaten of waarvoor toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of een multilaterale

handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 is aangevraagd.

4. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt, in afwijking van artikel 1:1, verstaan onder uitgevende instelling:

- a. rechtspersoon, vennootschap of instelling die financiële instrumenten heeft uitgegeven als bedoeld in artikel 5:56, eerste lid, onderdeel a of b, of degene op wiens voorstel een koopovereenkomst inzake een financieel instrument, niet zijnde een effect, tot stand is gekomen; of
- b. rechtspersoon, vennootschap of instelling die voornemens is financiële instrumenten uit te geven als bedoeld in artikel 5:56, eerste lid, onderdeel a of b, of degene die een koopovereenkomst inzake een financieel instrument, niet zijnde een effect, voorstelt.

5. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder beleggingsaanbeveling: voor het publiek bestemde informatie die wordt opgesteld of uitgebracht door:

- a. de personen, bedoeld in artikel 5:64, tweede lid, onderdeel a, waarin expliciet of impliciet een beleggingsstrategie wordt aanbevolen of voorgesteld met betrekking tot:
 - 1°. financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, is verleend of een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 of waarvoor toelating tot die handel is aangevraagd;
 - 2°. financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt in een andere lidstaat; of
 - 3°. een uitgevende instelling die financiële instrumenten als bedoeld onder 1° of 2° heeft uitgegeven;
- b. de personen, bedoeld in artikel 5:64, tweede lid, onderdeel b, waarin expliciet een beleggingsbeslissing wordt aanbevolen met betrekking tot:
 - 1°. financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt waarvoor een vergunning als bedoeld in artikel 5:26, eerste lid, is verleend of een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96 of waarvoor toelating tot die handel is aangevraagd; of
 - 2°. financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt in een andere lidstaat.

6. In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder uitbrenger van een beleggingsaanbeveling: een persoon die in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een beleggingsaanbeveling uitbrengt.

Besluit transparantie uitgevende instellingen Wft

Hoofdstuk III. Bepalingen over uitstel algemeenverkrijgbaarstelling koersgevoelige informatie

Artikel 4

1. Onder een rechtmatig belang als bedoeld in artikel 5:25i, derde lid, onderdeel a, van de wet wordt in elk geval verstaan het voorkomen dat de algemeenverkrijgbaarstelling van:

- a. informatie als bedoeld in artikel 5:25i, tweede lid, van de wet, de uitkomst of het normale verloop van onderhandelingen waarbij de uitgevende instelling partij is, kan beïnvloeden;
- b. door het bestuur van de uitgevende instelling genomen besluiten voordat de op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek of de statutendoor de raad van commissarissen of een daarmee vergelijkbaar orgaan vereiste goedgekeurd is verleend, samen met de gelijktijdige aankondiging dat deze goedkeuring nog geen feit is, aan een correcte beoordeling door het publiek in de weg kan staan;
- c. een besluit als bedoeld in artikel 1:76 van de wet, een verzoek als bedoeld in artikel 3:160 of 3:161 van de wet of het verlenen van liquiditeitssteun door de Nederlandsche Bank op grond van artikel 8, eerste lid, van de Bankwet 1998, strijd oplevert met het belang van de betrokken financiële onderneming; en
- d. het feit dat de Autoriteit Financiële Markten een verzoek of een mededeling als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 3, eerste lid, van de Wet toezicht financiële verslaggeving heeft gedaan, invloed zou kunnen hebben op de koers van de effecten van de effectenuitgevende instelling, bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet toezicht financiële verslaggeving, of op de koers van daarvan afgeleide effecten.

(...)

Hoofdstuk IV. Bepalingen over algemeenverkrijgbaarstelling en opslag gereguleerde informatie

Artikel 5

1. De veiligheid van een op grond van artikel 5:25m van de wet uit te brengen persbericht wordt door de uitgevende instelling gewaarborgd zodanig dat het risico op gegevenswijziging en ongeoorloofde toegang zo veel mogelijk is uitgesloten en zekerheid bestaat over de bron van de gereguleerde informatie.
2. De uitgevende instelling draagt er zorg voor dat eventuele tekortkomingen of storingen bij de algemeenverkrijgbaarstelling van gereguleerde informatie via het persbericht zo spoedig mogelijk worden verholpen.
3. De uitgevende instelling is niet verantwoordelijk voor fouten of tekortkomingen in de systemen van de media via welke de gereguleerde informatie algemeen verkrijgbaar wordt gesteld.
4. De uitgevende instelling stelt de gereguleerde informatie volledig en onbewerkt en op zodanige wijze algemeen verkrijgbaar dat:
 - a. duidelijk wordt dat het om gereguleerde informatie gaat;
 - b. correcte en tijdige inschatting van het publiek mogelijk is;
 - c. de identiteit van de betrokken uitgevende instelling duidelijk is;
 - d. het onderwerp van de gereguleerde informatie duidelijk is; en
 - e. het tijdstip en de datum van het persbericht duidelijk is.
5. De uitgevende instelling doet de algemeenverkrijgbaarstelling van gereguleerde informatie niet vergezellen van reclame-uitingen voor haar activiteiten, indien dit mogelijk misleidend is.
6. Indien de gereguleerde informatie betrekking heeft op door een uitgevende instelling uitgegeven effecten ten aanzien waarvan door een persoon zonder toestemming van die uitgevende instelling om toelating tot de handel op een gereguleerde markt van door de uitgevende instelling uitgegeven effecten is verzocht, rusten de in het eerste tot en met vijfde lid en de in artikel 6 bedoelde verplichtingen op die persoon.

Richtlijn 2003/124/EG van de Commissie van 22 december 2003

Artikel 1

Voorwetenschap

1. Voor de toepassing van artikel 1, punt 1, van Richtlijn 2003/6/EG 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.
2. Voor de toepassing van artikel 1, punt 1, van Richtlijn 2003/6/EG wordt verstaan onder „informatie die, indien zij openbaar zou worden gemaakt, een aanzienlijke invloed zou kunnen hebben op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten”, informatie waarvan een redelijk handelende belegger waarschijnlijk gebruik zal maken om er zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.
(...)

Algemene wet bestuursrecht

Hoofdstuk 5 Titel 5.1. Algemene bepalingen

Artikel 5:1

(...)

3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Wetboek van Strafrecht

Eerste Boek Algemene bepalingen

Titel V Deelneming aan strafbare feiten

Artikel 51

(...)

2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
 1. tegen die rechtspersoon, dan wel
 2. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
 3. tegen de onder 1^o en 2^o genoemden tezamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.