

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

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 1 van 65
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 5:58, eerste lid, onderdeel d, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) door Royal Imtech N.V. (**Imtech**). Imtech heeft op 20 juli 2012 informatie verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. Dit is een overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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 65

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 65

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 [REDACTED]
Pagina 4 van 65

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 65

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 65

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 65

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 65

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 65

*'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 65

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]

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 12 van 65

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 5:58

1. Het is verboden om in of vanuit een in artikel 5:56, eerste lid, onderdeel a, b of d, bedoelde staat telkens voorzover het financiële instrumenten betreft als bedoeld in het desbetreffende onderdeel:

(...)

d. informatie te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl de

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 ██████████ 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.

verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is.

(...)

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 de norm van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft beschrijven. In paragraaf 2.2.2 zal de AFM aantonen dat Imtech op 20 juli 2012 informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten Imtech, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. Dit is een overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft.

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 onder meer verweer tegen het voornemen van de AFM om een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5:58, eerste lid, onderdeel d, Wft door Imtech. De AFM zal de

zienswijze van de heer Van der Bruggen, voor zover deze betrekking heeft op de overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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 op 20 juli 2012. 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 Artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft

Een overtreding valt onder de reikwijdte van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft indien voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden:

- i) Het bericht bevat informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van de financiële instrumenten, en
- ii) De verspreider van het bericht weet of moet redelijkerwijs vermoeden dat de informatie onjuist of misleidend is.

Hierna zal de AFM ingaan op deze voorwaarden en zal hiermee aantonen dat op 20 juli 2012 sprake is van overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft.

In het onderzoeksrapport werd ervan uitgegaan dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft ten aanzien van vijf verschillende momenten, die zijn onderverdeeld in drie periodes. Naast de publicatie van het persbericht inzake AWW op 20 juli 2012, ging dit om de volgende momenten:

1. de publicatie (en onvolledige deponering) van de halfjaarcijfers 2012 middels een persbericht op 31 juli 2012;
2. de (volledige) deponering van de halfjaarcijfers 2012 op 7 augustus 2012;
3. de publicatie van de Trading Update Q3 2012 op 30 oktober 2012; en
4. de publicatie met daarin de herbevestiging van de Trading Update Q3 2012 op 21 november 2012.

De AFM is, gelet op de zienswijze van de heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen door Imtech op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012. De AFM zal in het onderhavige besluit derhalve niet ingaan op de overtredingen door Imtech op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012.

2.2.2 Publicatie van het persbericht op 20 juli 2012

Het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is

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 feiten en omstandigheden met betrekking tot het AWW-project plaatsvinden:

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 15 van 65

- 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 publicatie van informatie over het contract van 28 maart 2012 wacht Imtech aanvankelijk 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. Van dit persbericht, die uiteindelijk op 20 juli 2012 gepubliceerd wordt, wordt op 18 en 22 juni 2012 per e-mail een conceptversie door [F] aan onder meer de heer Van der Bruggen gestuurd;
- 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] 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 tot en met 20 juli 2012 bekend was met de modaliteiten van het contract van 28 maart 2012 inzake AWW en de hieruit voortvloeiende operationele en financiële risico's.

Imtech heeft op 20 juli 2012 door middel van een persbericht aan het publiek kenbaar gemaakt dat zij een contract heeft getekend met Las Palm (AWW) voor de realisatie van het avonturenpark AWW. In het 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]) 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.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 16 van 65

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:

'[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.'

Imtech was op 20 juli 2012 bekend met informatie inzake het AWW-project, die niet in het persbericht is opgenomen. De AFM meent dat met bovengenoemd persbericht slechts ten dele informatie inzake het AWW-project openbaar is gemaakt. De negatieve feiten en omstandigheden, die zien op de ontwikkelingen rond de nakoming van de verplichtingen voortkomend uit de overeenkomst van 28 maart 2012, worden met het persbericht niet openbaar gemaakt. In de periode tussen 28 maart en 20 juli 2012 doen zich feiten en omstandigheden voor, die de informatie zoals opgenomen in het persbericht van 20 juli 2012 in een ander perspectief plaatsen. De feiten en omstandigheden zijn de volgende.

Met het contract zijn verschillende vooruitbetalingen gemoeid. Zoals blijkt uit het contract van 28 maart 2012 zal een eerste vooruitbetaling van € 147,6 miljoen door Imtech uiterlijk worden ontvangen op 28 juni 2012. Deze uiterste betaaltermijn wordt naderhand vervroegd naar 21 juni 2012.¹⁹ Met de publicatie van de informatie over het contract wordt gewacht totdat de betaling is ontvangen. Betaling op 21 juni 2012 blijft echter uit, 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'.²⁰ Om dit op te lossen wordt op 29 juni 2012 een promissory note 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'. Betaling wordt door AWW en Imtech Polska eerder verwacht dan 19 juli 2012.²¹ Op 7 juli 2012 informeert de opdrachtgever en [REDACTED], [D], de heer Van der Bruggen over problemen met betrekking tot de aankoop van land ten behoeve van het AWW-project. [D] doet hierbij het verzoek om de termijn voor betaling uit te stellen. De heer Van der Bruggen verwijst hem door naar Imtech Deutschland. Op 17 juli 2012 worden de heren Van der Bruggen en [B] per e-mail op de hoogte gesteld over de ontwikkelingen inzake de financiering van het AWW-

¹⁹ Zoals onder meer blijkt uit de e-mail van 9 mei 2012 van [E] aan de heer Van der Bruggen.

²⁰ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

²¹ Annex No. 5 bij het contract van 28 maart 2012.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 17 van 65

project. In de e-mailwisseling tussen de heren [I] en [J], die de heren Van der Bruggen en [B] ontvangen van [E], staat 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.'

Op 18 juli 2012 is Imtech ook bekend met de afspraken tussen de heren [E] en [D] ten aanzien van onder meer de betaling van € 147,6 miljoen in drie tranches, in plaats van betaling van het gehele bedrag ineens.

Gelet op bovenstaande is de AFM van oordeel dat het persbericht op 20 juli 2012 een misleidend beeld van de daadwerkelijke financiële situatie inzake het AWW-project van Imtech geeft, althans dat in ieder geval een misleidend signaal te duchten is.

Het misleidende karakter van het persbericht op 20 juli 2012 zit in het slechts ten dele vermelden van informatie over de feiten en omstandigheden die samenhangen met het contract van 28 maart 2012. Imtech maakt immers slechts openbaar dat de totale order van € 680 miljoen de grootste order ooit is voor Imtech, Imtech bij de realisatie van het park de rol van general contractor heeft, de order een belangrijke referentie vormt voor Imtech en dat een gemeenschappelijk compleet uitgewerkt project(management)- en financieringsplan tot stand is gebracht.²² Imtech is echter bekend met meer informatie over de bij dit project behorende feiten en omstandigheden met

²² 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)- 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.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 18 van 65

betrekking tot problemen van AWW met de financiering en het uitblijven van de vooruitbetaling door AWW, 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'*²³;
- 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 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.

Doordat Imtech slechts de met name positieve feiten en omstandigheden opneemt in haar persbericht, terwijl overige informatie over de bij dit project behorende feiten en omstandigheden niet worden vermeld in het persbericht, verspreidt Imtech informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is

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 AWW inmiddels voor de tweede keer niet kan voldoen aan de contractueel afgesproken betaling van € 147,6 miljoen. 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.'*

Door in het persbericht te melden dat een compleet uitgewerkt financieringsplan tot stand is gebracht en het publiek niet te wijzen op de bestaande forse financiële risico's, zou de markt er vanuit kunnen gaan dat ten aanzien van de voortgang en financiering van het project geen sprake was van noemenswaardige risico's. Op 20 juli 2012, het moment dat Imtech de markt informeert over het AWW-project, zijn echter twee contractueel vastgelegde betalingstermijnen verstreken zonder dat betaling heeft plaatsgevonden. Met de publicatie van informatie over het AWW-project wordt na ondertekening van het contract door Imtech bewust gewacht tot betaling door Imtech is ontvangen. Imtech treedt echter op 20 juli 2012 noodgedwongen naar buiten met informatie omtrent het AWW-project, omdat AWW zelf op 20 juli 2012 een persbericht hierover publiceert. In de notulen van de vergadering van de RvC van 24 oktober 2012, waarbij de heren Van der Bruggen en [B] aanwezig zijn, wordt dit bevestigd: *'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*

²³ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 19 van 65

vergunningen verkregen. Ten tijde van publicatie van het persbericht bestond op basis van de op dat moment beschikbare informatie echter nog geen zicht op het verkrijgen van alle benodigde kavels.

Uit de informatie die bij Imtech op 20 juli 2012 bekend was, blijkt naar het oordeel van de AFM dat noemenswaardige risico's bestonden met betrekking tot de voortgang en financiering van het project. Betaling door de opdrachtgever wordt door Imtech ook zelf relevant geacht voordat zij tot publicatie inzake het AWW-project wil overgaan. Op 20 juli 2012 moest Imtech, naar de AFM begrijpt te vroeg, een bericht naar buiten brengen. De markt wordt in dit bericht echter niet geïnformeerd over de achtergrond van de reden waarom het persbericht *'te vroeg'* wordt gepubliceerd, namelijk dat de betaling van AWW nog niet door Imtech is ontvangen. Zoals blijkt wordt het persbericht positief ontvangen. De RvB ontvangt verschillende felicitaties naar aanleiding van de publicatie van het persbericht over het project.²⁴ De inhoud van het persbericht heeft rechtstreeks positieve invloed op het aanbod van, de vraag naar of de koers van de financiële instrumenten van Imtech.

Wetenschap bij de verspreider van het bericht

De informatiemaniplatie wordt veroorzaakt door een handeling van de overtreder: het verspreiden van informatie. In dit geval wordt de informatie verspreid middels een persbericht van Imtech. De AFM merkt Imtech hiermee aan als de verspreider van het persbericht.

De AFM is van oordeel dat Imtech wist, dan wel redelijkerwijs moest vermoeden, dat de informatie in het persbericht van Imtech op 20 juli 2012 misleidend was. De risico's ten aanzien van de voortgang en financiering van het project bestonden reeds op 20 juli 2012. De AFM heeft hiervoor uiteengezet dat Imtech op 20 juli 2012 bekend was met de modaliteiten van het contract van 28 maart 2012 en de hieruit voortvloeiende operationele en financiële risico's.

Gelet op de informatie die bekend was bij Imtech, gaf het persbericht een misleidend beeld door slechts ten dele informatie over de feiten en omstandigheden die samenhangen met het contract van 28 maart 2012 openbaar te maken. De overige bij dit project behorende (negatieve) feiten en omstandigheden die bekend waren bij Imtech, worden ondanks bekendheid van Imtech hierover niet vermeld in het persbericht. Wetenschap van Imtech over de negatieve elementen, 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'*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 land al het beoogde land in Polen waardoor *'the Saudi finance that Adventure World Warsaw secured'* was geblokkeerd;

²⁴ Zie voor een overzicht van de e-mails met felicitaties verwijst de AFM naar hoofdstuk 10 bij het onderzoeksrapport, *Uitgebreide chronologie*.

²⁵ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 20 van 65

- 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,

brengt met zich mee dat Imtech wist, dan wel redelijkerwijs moest vermoeden, dat de informatie die wel was opgenomen in het persbericht misleidend was.

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 schaart zich achter [REDACTED] ten aanzien van de materiële vraag of de verweten gedragingen een inbreuk op de Wft opleveren in zoverre [REDACTED] betwist dat sprake is geweest van enige inbreuk.

De heer Van der Bruggen voert in aanvulling hierop nog aan dat de AFM niet concreet heeft geadstrueerd en onderbouwd dat en waarom sprake is (geweest) van een onjuist of misleidend signaal met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van het aandeel Imtech. De AFM is niet concreet ingegaan op de vraag of voor de maatman-belegger sprake is geweest van onjuiste of misleidende informatie. 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 voorts 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 2.2.2).

Uit deze beoordeling blijkt ook dat bij publicatie van het persbericht sprake is van het verspreiden van informatie waarvan een misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten van Imtech, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie misleidend was. Voorts zij verwezen naar paragraaf 7.3 van het onderzoeksrapport, waarin de AFM vaststelt dat Imtech met de publicatie van het persbericht inzake AWW op 20 juli 2012 artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft heeft overtreden. De informatie kwalificeert als onjuist of misleidend indien (te duchten is) dat de informatie onterechte verwachtingen bij het belegend publiek wekt met betrekking tot de ontwikkeling van financiële instrumenten. Of voor de 'maatman-belegger' sprake is geweest van onjuiste of misleidende informatie is naar het oordeel van de AFM niet het criterium waaraan artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft getoetst dient te worden.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 21 van 65

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.

Conclusie

Gelet op het bovenstaande oordeelt de AFM dat Imtech op 20 juli 2012, met de publicatie van het persbericht, informatie heeft verspreid waarvan een 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 moest vermoeden dat die informatie misleidend was.

2.2.3 Feitelijk leidinggeven

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 feitelijk 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.²⁶

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.²⁷ De vraag of de heer Van der Bruggen wist dat met de gedraging van Imtech de wet werd overtreden is dus niet relevant.

²⁶ 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; Rechtbank Rotterdam 6 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1436 en CBB 17 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:256.

²⁷ Zoals nog eens bevestigd door de Rechtbank Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6326.

Datum	2 december 2015
Ons kenmerk	██████████
Pagina	22 van 65

Hierna zal de AFM uiteenzetten dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding door Imtech op 20 juli 2012.

Publicatie van het persbericht op 20 juli 2012

i) De heer Van der Bruggen was op de hoogte van het feit dat Imtech op 20 juli 2012 informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten van Imtech, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was, althans heeft bewust de aanmerkelijke kans op die verboden gedragingen aanvaard

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 21 november 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 is 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 in onderhavige periode.

- 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, deze 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 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

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 23 van 65

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 2.2.2. 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 informatie met betrekking tot het AWW-project openbaar wordt gemaakt. [B] is echter bekend met meer informatie over de bij dit 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'*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;
- 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 heer Van der Bruggen ontvangt het definitieve persbericht per e-mail, namens [F] van mevrouw [REDACTED], vlak voor publicatie van het persbericht. Uit deze e-mail blijkt dat de heer Van der Bruggen heeft besloten een persbericht te publiceren. Naar aanleiding van het persbericht ontvangt (onder meer) de heer Van der Bruggen verschillende felicitaties per e-mail.

In paragraaf 2.2.2 heeft de AFM vastgesteld dat Imtech op 20 juli 2012 informatie heeft verspreid waarvan een misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie misleidend was. Daarbij heeft de AFM aangetoond dat Imtech op 20 juli 2012 artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft heeft overtreden. Uit de bovengenoemde feiten en omstandigheden blijkt dat de heer Van der Bruggen volledig op de hoogte was van zowel de gepubliceerde informatie als de niet gepubliceerde (negatieve) informatie met betrekking tot het contract van 28 maart 2012 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

²⁸ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 24 van 65

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, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de informatie zoals opgenomen in het persbericht onjuist of misleidend was, althans heeft hij bewust de aanmerkelijke kans daartoe aanvaard. Ook de heer Van der Bruggen wist of moest redelijkerwijs vermoeden dat de informatie in het persbericht misleidend was.

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 één van de twee bestuurders en 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.²⁹ 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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech te voorkomen. Niet is aangetoond dat de heer Van der Bruggen enige 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 informatie met betrekking tot het contract van 28 maart 2012, 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 van de heer Van der Bruggen

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

Geen feitelijk leidinggeven

De heer Van der Bruggen verwijst voor zijn zienswijze ten aanzien van het feitelijk leidinggeven naar hetgeen is aangevoerd ter zake van het verwijt dat sprake is van overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft. Samengevat is door de heer Van der Bruggen daarin het volgende aangevoerd³⁰:

²⁹ Uit de e-mail van 20 juli 2012 van mevrouw [REDACTED] namens [F] volgt: *'Rene van der Bruggen just decided that we will distribute the Warsaw Adventure Park press release right now. (...).'*

³⁰ Nu de heer Van der Bruggen voor zijn zienswijze verwijst naar hetgeen is aangevoerd ter zake van het verwijt dat sprake is van overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, Wft heeft de AFM specifieke reacties ten aanzien van die overtreding niet behandeld bij de overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft in onderhavig besluit. Daar waar wordt gesproken over koersgevoelige informatie heeft de AFM dit in onderhavig besluit geïnterpreteerd als onjuiste of misleidende informatie.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 25 van 65

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 betalingsschema is opgenomen, is door de heer Van der Bruggen overgelegd bij de zienswijze.

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

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 26 van 65

onjuiste of misleidende informatie 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*'.

Het voor beboeting vereiste (kleurloos) opzet van de heer Van der Bruggen ontbreekt. De heer Van der Bruggen heeft zich niet over de vijf door de AFM aangemerkte elementen uitgelaten, laat staan dat hij zou hebben besloten, om de door AFM genoemde vijf elementen bewust niet in het persbericht op te nemen.

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.

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]

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 27 van 65

[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 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 gerede 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 handelend belegger zich realiseert dat een project als het AWW-project niet geheel zonder risico's is. De AFM acht het in dat kader relevant dat het hier gaat om een contract met een waarde van € 620 miljoen, waardoor de totale order voor Imtech de grootste order uit de geschiedenis van de onderneming vormt. Naast het feit dat het project qua omvang bijzonder is, vervult Imtech onder dit contract ook de rol van general contractor, in plaats van de gebruikelijke rol van onderaannemer. Dit is ook onderkend door Imtech. Bewust van deze feiten, publiceert Imtech een persbericht waarin zij slechts ten dele informatie over de bij het AWW-project behorende feiten en omstandigheden openbaar maakt. 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. Mede gelet op de positieve bewoordingen van het persbericht van AWW en dat van Imtech, zal de markt zich zonder nadere informatie niet realiseren dat er dergelijke grote en noemenswaardige risico's bestaan met betrekking tot het AWW-project. Het

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 28 van 65

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 van 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 bij dit project behorende feiten en omstandigheden. 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 onjuiste of misleidende informatie 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

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. Op dat moment was nog geen sprake van het contract van 28 maart 2012. De reactie van de Poolse lezer ziet niet op het samenstel van feiten uit de periode 28 maart 2012 tot en met 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 onjuiste of misleidende informatie 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 diensgevolge 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 redenering van de heer Van der Bruggen, dat het voor beboeting vereiste (kleurloos) opzet ontbreekt, volgt de AFM niet. Zoals de AFM in onderhavige paragraaf 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 zowel de gepubliceerde informatie als de niet gepubliceerde (negatieve) informatie met betrekking tot het contract van 28 maart 2012 en de publicatie van het persbericht van 20 juli 2012. 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*'³¹;
- 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.

³¹ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 30 van 65

Imtech dient de informatie met betrekking tot het contract van 28 maart 2012 volledig openbaar te maken, 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 het verspreiden van informatie waarvan een 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 moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. De AFM verwijst in dit kader naar hetgeen zij hierover opmerkt in 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.³² 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

³² 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

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 bevestigen 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. 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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 20 juli 2012 door Imtech en op het feitelijk leidinggeven hieraan is hierboven al weergegeven en behandeld. Tevens heeft de heer Van der Bruggen een zienswijze gegeven ten aanzien van de overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d Wft op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012 door Imtech en op het feitelijk leidinggeven hieraan, en de vermeende procedurele onzorgvuldigheid van de AFM. Samengevat is door en namens de heer Van der Bruggen het volgende aangevoerd:

Zienswijze overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 31 juli en 7 augustus 2012

De heer Van der Bruggen schaaft zich achter het verweer van Imtech ten aanzien van de materiële vraag of de verweten gedragingen een inbreuk op de Wft opleveren in zoverre Imtech betwist dat sprake is geweest van enige

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 32 van 65

inbreuk. De heer Van der Bruggen betwist dat verwerking van de promissory note in de halfjaarcijfers verwijtbaar onjuist was.

De heer Van der Bruggen voert in aanvulling hierop nog aan dat de AFM niet concreet heeft geadstrueerd en onderbouwd dat en waarom sprake is (geweest) van een onjuist of misleidend signaal met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van het aandeel Imtech. De AFM is niet concreet ingegaan op de vraag of voor de maatman-belegger sprake is geweest van onjuist of misleidende informatie. 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.

Voortdurende overtreding

Op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012 is sprake van één voortdurende overtreding. Het gaat hierbij telkens om de kwalificatie c.q. verwerking van de promissory note in de cijfers van Imtech. De heer Van der Bruggen stelt dat dit maximaal in de oplegging van één boete kan resulteren.

Reactie AFM

De AFM is, gelet op de zienswijze van de heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 31 juli en 7 augustus 2012. Bovenstaande zienswijze met betrekking tot de overtredingen op 31 juli en 7 augustus 2012 behoeft om die reden geen verdere behandeling.

Zienswijze overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 30 oktober en 21 november 2012

De heer Van der Bruggen schaarft zich achter het verweer van Imtech ten aanzien van de materiële vraag of de verweten gedragingen een inbreuk op de Wft opleveren in zoverre Imtech betwist dat sprake is geweest van enige inbreuk. De heer Van der Bruggen betwist dat de inhoud van de Trading Update Q3 2012 op 30 oktober 2012 verwijtbaar onjuist of misleidend was en dat sprake was van het verwijtbaar verstrekken van onjuiste of misleidende informatie op 21 november 2012

De heer Van der Bruggen voert in aanvulling hierop nog aan dat de AFM niet concreet heeft geadstrueerd en onderbouwd dat en waarom sprake is (geweest) van een onjuist of misleidend signaal met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van het aandeel Imtech. De AFM is niet concreet ingegaan op de vraag of voor de maatman-belegger sprake is geweest van onjuist of misleidende informatie. 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.

Voortdurende overtreding

Op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012 is sprake van één voortdurende overtreding. Het gaat hierbij telkens om de kwalificatie c.q. verwerking van de promissory note in de cijfers van Imtech. De heer Van der Bruggen stelt dat dit maximaal in de oplegging van één boete kan resulteren.

Reactie AFM

De AFM is, gelet op de zienswijze van de heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 30 oktober en 21 november 2012. Bovenstaande zienswijze met betrekking tot de overtredingen op 30 oktober en 21 november 2012 behoeft om die reden geen verdere behandeling.

Zienswijze feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 31 juli en 7 augustus 2012

De heer Van der Bruggen stelt met betrekking tot periode II het volgende:

- De tekst van de promissory note ('wchsel' in het Pools) was in opdracht van Imtech Polen opgesteld door [REDACTED].
- De kwalificatie van de promissory note in relatie tot de cijfers van het eerste halfjaar 2012 is feitelijk gedaan door de financiële afdeling van Imtech Duitsland. De promissory note is verwerkt in de cijfers van Imtech Duitsland. Bij de consolidatie van de cijfers van Imtech Duitsland was de heer Van der Bruggen zelf niet betrokken.
- De kwalificatie van de promissory note is technisch van aard en berust uiteindelijk op een waardering van de omstandigheden.
- Bij de kwalificatie van de promissory note als geldmiddelen en kasequivalenten in de cijfers van het eerste halfjaar van 2012 heeft meegespeeld dat voor zover Imtech bekend de financiering van het AWW-project rond was.
- [REDACTED] was op de hoogte van het verwerken van de promissory note in de cijfers van het eerste halfjaar van 2012.
- Volgens [REDACTED] kan een wissel volgens IFRS-maatstaven normaal gesproken als 'cash equivalent' worden aangemerkt.
- Medio december heeft Imtech adviezen gekregen van twee advocatenkantoren (waaronder [REDACTED]) dat de wissel geldig en afdwingbaar was naar Pools recht en van een externe accounting expert dat de wissel als geldmiddelen en kasequivalenten kon worden gekwalificeerd.
- De heer Van der Bruggen is geen (register-)accountant en hij beschikte niet over bijzondere IFRS en/of IAS-kennis of expertise.
- De heer Van der Bruggen heeft geen persoonlijke betrokkenheid gehad bij de kwalificatie van de promissory note. Het tegendeel blijkt ook niet uit het onderzoeksrapport. De e-mails over dit onderwerp zijn niet aan de heer Van der Bruggen gericht noch van hem afkomstig.
- Vanuit zijn rol als CEO heeft de heer Van der Bruggen - samen met [REDACTED] [B] - het proces rondom het opstellen van de geconsolideerde cijfers van het eerste halfjaar 2012 bewaakt, maar dit gegeven op zich is onvoldoende voor persoonlijke betrokkenheid en verwijtbaarheid van de heer Van der Bruggen om hem als feitelijk leidinggever aan te kunnen merken.
- Pas op 5 december 2012 is bij Imtech, naar aanleiding van een mededeling van [REDACTED], twijfel gerezen over de mogelijke onjuistheid van de kwalificatie van de promissory note. Vervolgens is dit issue besproken in de vergadering van de RvC op 6 december 2012 en de vergadering van de AC bijeenkomst op 18 december 2012. In de notulen van de bijeenkomst op 18 december 2012 staat onder meer: 'De

voorzitter begrijpt niet dat noch bij de review van Imtech Polen of Imtech Duitsland, noch bij de behandeling van de halfjaarcijfers opmerkingen door [REDACTED] zijn gemaakt, maar [REDACTED] pas nu zijn zorg uit. (...) [REDACTED] zegt dat hij niet weet of de wissel is voorgelegd aan [REDACTED] bij de early warning, waarop de heer Van der Bruggen antwoordt dat de betrokken controller daarover een sworn declaration heeft afgelegd dat de wissel aan [REDACTED] is getoond (...) [REDACTED] vervolgt met aan te geven dat het early warning rapport over Imtech Polen voor hem aanleiding is geweest om vragen te stellen en vervolgens zijn vraagtekens te uiten in de bespreking van de early warning bevindingen op het hoofdkantoor te Gouda (...).'

- Vervolgens is besloten [REDACTED] om een rapportage ter zake van de kwalificatie van de promissory note te vragen.
- Imtech en de bij de kwalificatie betrokkenen hebben te goeder trouw gehandeld.
- Wanneer de promissory note voor de berekening van de *net debt* buiten beschouwing wordt gelaten kwam de leverage ratio per 30 juni 2012 uit op 2,1, derhalve onder de limiet van 3,0.

Van der Bruggen betwist ten slotte dat er tussen 31 juli en 7 augustus 2012 een relevante ontwikkeling is geweest c.q. aan Imtech dan wel hemzelf een relevant feit of een relevante omstandigheid bekend is geworden.

Reactie AFM

De AFM is, gelet op de zienswijze van de heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech, omdat de heer Van der Bruggen niet op de hoogte was van het feit dat Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de informatie die zij op 31 juli en 7 augustus 2012 verspreidde, onjuist of misleidend was, althans heeft niet bewust de aanmerkelijke kans op die verboden gedragingen aanvaard. Bovenstaande zienswijze met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer Van der Bruggen aan de overtredingen op 31 juli en 7 augustus 2012 behoeft om die reden geen verdere behandeling.

Zienswijze feitelijk leidinggeven aan overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft op 30 oktober en 21 november 2012

De heer Van der Bruggen stelt met betrekking tot periode III het volgende:

- De inhoud van de Trading Update Q3 2012 op 30 oktober 2012 is feitelijk juist. Het tegendeel blijkt niet uit het onderzoeksrapport.
- In de Trading Update Q3 2012 wordt naar juistheid vermeld: *'Gezonde financiële positie. De financiële positie van Imtech is stabiel en blijft binnen de marges van de met de kredietverleners overeengekomen convenanten.'*
- De Trading Update Q3 2012 bevatte geen kwartaalcijfers en staat niet gelijk aan kwartaalcijfers. Het tegendeel blijkt niet uit het onderzoeksrapport.
- De cijfermatige informatie opgenomen in de Trading Update Q3 2012 was feitelijk juist. Het tegendeel blijkt niet uit het onderzoeksrapport.
- Imtech heeft op of omstreeks 30 oktober 2012 geen derdekwaartaalcijfers gepubliceerd. AFM heeft dit miskend:

- a. Er wordt ten onrechte gesproken over '(Q3 cijfers 2012)'.
 - b. In het onderzoeksrapport staat ten onrechte: *'(...) ten tijde van de publicatie van de derdekwartalcijfers 2012 op 30 oktober 2012'*.
 - c. In het onderzoeksrapport staat ten onrechte: *'In lijn met de onderbouwing dat op 30 oktober 2012 met de publicatie van de derdekwartalcijfers 2012 sprake was van de verspreiding van onjuiste misleidende informatie (...)'*. En: *'(...) dat beleggers ervan mochten uitgaan dat de derdekwartalcijfers actuele en relevante informatie betrof met betrekking tot de financiële situatie van dat moment'*.
- Het zogeheten 'Blauwe boek' bevatte cijfers. Deze cijfers hadden niet het karakter van derdekwartalcijfers. Het 'Blauwe boek' en de cijfers daarin zijn niet gepubliceerd en waren uitsluitend voor intern gebruik bedoeld.
 - De financiële positie van Imtech op 30 oktober 2012 was niet instabiel.
 - De datum 30 oktober 2012 was geen toetsmoment voor de ratio's in de financieringsafspraken. Dit wordt in het onderzoeksrapport onderkend.
 - Buiten de toetsmomenten werd en wordt de leverage ratio niet berekend. Het berekenen van die ratio zou ook zonder nut zijn vanwege de seizoensinvloeden in de bedrijfsvoering van Imtech.
 - De door AFM gemaakte berekening van de leverage ratio is dan ook fictief, hypothetisch en misleidend.
 - Ook bij het uitbrengen van Trading Update Q3 2012 op 30 oktober 2012 verkeerde Imtech in de veronderstelling dat de financiering van het AWW-project rond was. In aanvulling op hetgeen de heer Van der Bruggen reeds heeft opgemerkt, wijst hij nog op het volgende:
 - a. De brief van [E] aan [D] van 18 juli 2012 (Bijlage D bij de zienswijze).
 - b. In de e-mail van 4 augustus 2012 gaat [D] in op de uitvoering van de aanstaande betalingen in de komende dagen ('cash out').
 - c. In de e-mail van 7 augustus 2012 reageert [E] op de e-mail van [D] van 4 augustus 2012; op zijn beurt reageert [D].
 - d. Op 20 september 2012 stuurt [E] een eerdere e-mail van die dag van AWW waarin staat dat aankoop van de grond van [REDACTED] rond is, door aan de heren Van der Bruggen en [B].
 - De heer Van der Bruggen merkt op dat [B] en hij op 29 november 2012, - derhalve na de Trading Update Q3 2012 en de herbevestiging daarvan - van [E] nog een e-mail hebben ontvangen waarin [REDACTED] als financiers worden genoemd. Hierover ontvangt Imtech eind 2012/begin 2013 nadere bevestigingse-mails. Tot eind januari 2013 verkeerde Imtech in de veronderstelling dat de financiering van het AWW-project geheel rond is.
 - De inhoud van de 'Herbevestiging Trading Update Q3 2012' is feitelijk juist. Het tegendeel blijkt niet uit het onderzoeksrapport.
 - Ook voor 21 november 2012 geldt dat dit geen toetsmoment was voor de financiële ratio's in de financieringsafspraken.
 - Er is geen sprake van persoonlijke bekendheid met en betrokkenheid van de heer Van der Bruggen.
 - Bij de heer Van der Bruggen ontbrak specifieke deskundigheid.
 - De heer Van der Bruggen en andere Imtech-medewerkers, hebben te goeder trouw gehandeld.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 36 van 65

Reactie AFM

De AFM is, gelet op de zienswijze van de heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech, omdat de heer Van der Bruggen niet op de hoogte was van het feit dat Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat de informatie die zij op 30 oktober en 21 november 2012 verspreidde, onjuist of misleidend was, althans heeft niet bewust de aanmerkelijke kans op die verboden gedragingen aanvaard. Bovenstaande zienswijze met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer Van der Bruggen aan de overtredingen op 30 oktober en 21 november 2012 behoeft om die reden geen verdere behandeling.

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 omme gaande 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 bron documenten bestaat c.q. bestond deze dataset? Is hiervan een index beschikbaar en kan deze aan Van der Bruggen (ter inzage) worden gegeven?

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 37 van 65

- 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?

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 38 van 65

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

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 39 van 65

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.

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 aanzien 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 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 conceptrapport 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;

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 41 van 65

- 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.

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

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 42 van 65

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 wettelijk 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 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 verhandelingen 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.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 43 van 65

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 onschuldbeginnsel.

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.

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 onschuldbeginnsel.

De AFM is van oordeel dat voor overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft relevant is of sprake is van het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten van Imtech, terwijl Imtech

weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is. Zoals hiervoor in paragraaf 2.2.2 aangegeven, is de AFM van oordeel dat Imtech informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of de duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten van Imtech, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moest vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend was. 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 weren 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 vermelden.³³ 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.³⁴

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

³³ Artikel 5:48 Awb.

³⁴ Zie ook CRvB 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806.

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*'.³⁵ 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.

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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft allesbehalve een evidente inbreuk. Of sprake is van het verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is 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 verspreiden van informatie waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was.

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

³⁵ P.J.J. van Buurgen, in: *T&C Algemene wet bestuursrecht* 2013, artikel 4:8 Awb, aantekening 1 (online, p. 205).

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 46 van 65

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 informatie openbaar maakt waarvan een misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten van Imtech. De AFM is van oordeel dat Imtech geen informatie mag verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vroeg naar en de koers van de financiële instrumenten van Imtech, terwijl Imtech weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is, ook niet 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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft niet relevant is wat de kern van het probleem voor Imtech bleek op 4 februari 2013, maar of Imtech op 20 juli 2012 informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is. Het oordeel van de AFM dat Imtech op 20 juli 2012 informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is, 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'*;
- dientengevolge 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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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 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.

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.

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.

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 ehech bij Imtech.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 49 van 65

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.³⁶ 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.'*³⁷ 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 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.

³⁶ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 849, nr. 3, p 37.

³⁷ Rechtbank Rotterdam 7 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1636, r.o. 9.

Datum 2 december 2015
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 50 van 65

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 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 14, 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.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 51 van 65

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.

Faillissement 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

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 52 van 65

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-polis³⁸ 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*'.

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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft heeft overtreden door informatie te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl Imtech wist of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is en dat de heer Van der Bruggen hieraan feitelijk leiding heeft gegeven. De AFM is, gelet op de zienswijze van de

³⁸ 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 53 van 65

heer Van der Bruggen, van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat de heer Van der Bruggen feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtredingen op 31 juli, 7 augustus, 30 oktober en 21 november 2012 door Imtech.

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 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft door Imtech op 20 juli 2012.³⁹

3.1 Hoogte van de boete

Voor overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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,-.⁴⁰

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.⁴¹ 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.⁴² De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder.⁴³

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

³⁹ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, eerste lid Wft.

⁴⁰ Als het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen groter is dan € 2.000.000, kan de AFM ingevolge artikel 1:81, lid 3, Wft, in afwijking van de leden 1 en 2 van dat artikel, de hoogte van de boete vaststellen op ten hoogste twee keer het bedrag van het behaalde voordeel.

⁴¹ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

⁴² Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

⁴³ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 54 van 65

- 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*’⁴⁴;
- 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. 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 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.

⁴⁴ Report to Shareholders van 18 juni 2013.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 55 van 65

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.

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.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk

Pagina 56 van 65

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 informatiemanipulatie. 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.

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

⁴⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 703, nr. 3, p. 91.

⁴⁶ 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 57 van 65

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.⁴⁷ De boetes kunnen dus cumuleren. Het totaal van de boetes moet wel in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.⁴⁸

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 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] 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] 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,-.

⁴⁷ Artikel 5:8 Awb.

⁴⁸ Artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 58 van 65

3.1.4 Vaststelling boetehoogte

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

De boete voor overtreding van artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, 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.⁴⁹ 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.⁵⁰

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.⁵¹ 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;
- 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:

⁴⁹ Dit volgt uit artikel 1:97, eerste lid, Wft.

⁵⁰ Dit volgt uit artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

⁵¹ 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 59 van 65

- 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 echech 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 overtreding 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 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.

Datum	2 december 2015
Ons kenmerk	██████████
Pagina	60 van 65

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 geplaatst⁵² en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁵³ en een news-alert⁵⁴. 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 marktmanipulatie 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 marktmanipulatie door Royal Imtech N.V.

Op 20 juli 2012 heeft Imtech informatie verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was. Hierdoor heeft Imtech het verbod van marktmanipulatie overtreden (artikel 5:58, eerste lid, aanhef en onderdeel d, Wft).

Door het verspreiden van onjuiste of misleidende informatie kan de verspreider van die informatie invloed uitoefenen op de vraag naar, het aanbod of de koers van financiële instrumenten. Daardoor komt de koers kunstmatig tot stand en vormt deze geen reële afspiegeling van de daadwerkelijke economische en financiële omstandigheden van de desbetreffende uitgevende instellingen. Hierdoor wordt het vertrouwen van beleggers in de goede werking van de financiële markten geschaad. Het is van belang dat beleggers worden voorzien van volledige, correcte en toegankelijke informatie.

Imtech heeft op 20 juli 2012 een persbericht gepubliceerd, waarin zij bekend maakte dat een contract was getekend voor de (verdere) realisatie van het avonturenpark Adventure World Warsaw (AWW). In het persbericht is echter selectief slechts een deel van de informatie opgenomen over het contract, onder meer over de waarde van het contract en de rol van Imtech bij dit project. Andere relevante informatie ontbreekt echter. Imtech was op dat moment bekend met problemen met betrekking tot de financiering van een bedrag van € 147,6 miljoen door AWW. Door slechts een deel van de informatie met betrekking tot het contract openbaar te maken, heeft Imtech informatie verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging of te duchten was.

⁵² Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

⁵³ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁵⁴ 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 61 van 65

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 de overtredingen 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.

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

Datum 2 december 2015

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 62 van 65

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 ([REDACTED]) 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 [REDACTED]).

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.

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

Afdeling 5.4.2. Regels ter voorkoming van marktmisbruik

§ 5.4.2.1. Verbodsbepalingen

Artikel 5:56

1. Het is een ieder die behoort tot een in het tweede lid genoemde categorie personen verboden om gebruik te maken van voorwetenschap door een transactie te verrichten of te bewerkstelligen:
 - a. in of vanuit Nederland of een staat die geen lidstaat is in financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde 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;
 - b. in of vanuit Nederland in financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit in een andere lidstaat of die zijn toegelaten tot de handel op een met een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem in een staat die geen lidstaat is, of in financiële instrumenten waarvoor toelating tot die handel is aangevraagd; of

c. in of vanuit Nederland of een staat die geen lidstaat is in financiële instrumenten, niet zijnde financiële instrumenten als bedoeld in onderdeel a of b, waarvan de waarde mede wordt bepaald door de in onderdeel a of b bedoelde financiële instrumenten;

d. in of vanuit een andere lidstaat in financiële instrumenten die zijn toegelaten tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit waarvoor de beleggingsonderneming een vergunning heeft als bedoeld in artikel 2:96.

(...)

Artikel 5:58

1. Het is verboden om in of vanuit een in artikel 5:56, eerste lid, onderdeel a, b of d, bedoelde staat telkens voorzover het financiële instrumenten betreft als bedoeld in het desbetreffende onderdeel:

(...)

d. informatie te verspreiden waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot het aanbod van, de vraag naar of de koers van financiële instrumenten, terwijl de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is.

2. Het eerste lid is niet van toepassing op het verrichten of bewerkstelligen van transacties of handelsorders in financiële instrumenten of het verspreiden van informatie in het kader van:

a. het monetaire beleid, het valutabeleid of het beheer van de overheidsschuld;

b. een terugkoopprogramma zoals omschreven in hoofdstuk II van verordening (EG) nr. 2273/2003 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 22 december 2003 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie wat de uitzonderingsregeling voor terugkoopprogramma's en voor de stabilisatie van financiële instrumenten betreft (PbEU L 336); en

c. stabilisatie zoals omschreven in hoofdstuk III van verordening (EG) nr. 2273/2003 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 22 december 2003 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie wat de uitzonderingsregeling voor terugkoopprogramma's en voor de stabilisatie van financiële instrumenten betreft (PbEU L 336).

3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen categorieën transacties of handelsorders worden aangewezen waarop de in het eerste lid, aanhef en onderdelen a en b, bedoelde verboden niet van toepassing zijn en kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop tot deze aanwijzing wordt gekomen. De Autoriteit Financiële Markten kan categorieën transacties of handelsorders aanmerken als transacties of handelsorders die onder de in het eerste lid bedoelde verboden geacht worden te vallen.

4. Het eerste lid, aanhef en onderdeel d, is niet van toepassing voorzover het betreft het verspreiden van informatie door journalisten die in hun normale beroepshoedanigheid handelen, rekening houdend met de regels die gelden binnen hun beroepsgroep, tenzij zij voordeel of winst behalen uit de verspreiding van de informatie.

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° 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.