

Openbare versie
SBM Offshore N.V.
Het bestuur
Evert van de Beekstraat 1
1118 CL SCHIPHOL

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 1 van 75
Betreft Besluit opleggen bestuurlijke boete

Geacht bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten aan SBM Offshore N.V. (**SBM**) een bestuurlijke boete van € 2.000.000 op te leggen omdat SBM in de periode van 27 maart 2012 tot 12 november 2014 viermaal heeft nagelaten voorwetenschap die rechtstreeks op haar betrekking heeft onverwijld algemeen verkrijgbaar te stellen. Dit is een overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**).

Hieronder wordt het besluit verder toegelicht. In hoofdstuk 1 vindt u de weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan het besluit. Hoofdstuk 2 bevat het juridisch kader. In de hoofdstukken 3 tot en met 6 vindt u ten aanzien van de vier overtredingen een beoordeling van de feiten, waarbij ook de zienswijze van SBM aan bod komt. Hoofdstuk 7 gaat in op resterende aspecten uit de zienswijze van SBM. Hoofdstuk 8 bevat het besluit en in hoofdstuk 9 staat hoe u bezwaar kunt maken.

Inhoudsopgave

1.	Feiten.....	3
1.1	Bedrijfsgegevens	3
1.2	Onderzoek van de AFM en verloop van het proces.....	4
1.3	Feiten die aanleiding vormen voor het besluit	7
2.	Juridisch kader	9
2.1	Verplichting tot openbaar maken voorwetenschap	9
2.2	Invulling van het begrip ‘Informatie die concreet is’	9
2.3	Uitstel	11
3	De 27 maart Informatie	12
3.1	Zienswijze van SBM over de 27 maart Informatie	12
3.2	Beoordeling van de 27 maart Informatie.....	15
3.2.1	De informatie is concreet.....	15

3.2.2	De 27 maart Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM	26
3.2.3	De 27 maart Informatie is niet openbaar gemaakt.....	26
3.2.4	Openbaarmaking van de informatie zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.....	26
3.2.5	Duur van de overtreding.....	27
3.2.6	Reactie AFM op overige aspecten zienswijze ten aanzien van de 27 maart Informatie	32
3.3	Conclusie ten aanzien van de 27 maart Informatie	33
4.	De 27 mei Informatie.....	33
4.1	Zienswijze van SBM over de 27 mei Informatie	33
4.2	Beoordeling van de 27 mei Informatie	35
4.2.1	De informatie is concreet.....	36
4.2.2	De 27 mei Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM	44
4.2.3	De 27 mei Informatie is niet openbaar gemaakt	44
4.2.4	Openbaarmaking van de 27 mei Informatie zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.....	44
4.2.5	Duur van de overtreding.....	45
4.2.6	Reactie AFM op overige aspecten zienswijze SBM ten aanzien van de 27 mei Informatie.....	45
4.3	Conclusie ten aanzien van de 27 mei Informatie	46
5	De Uitsluiting	46
5.1	Zienswijze van SBM over van de Uitsluiting.....	46
5.2	Beoordeling van de Uitsluiting	49
5.2.1	De informatie is concreet.....	49
5.2.2	De Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM.....	58
5.2.3	De Uitsluiting is niet openbaar gemaakt.....	58
5.2.4	Openbaarmaking van de Uitsluiting zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.....	58
5.2.5	Conclusie ten aanzien van de kwalificatie als voorwetenschap	58
5.2.6	Uitstel van openbaarmaking	58
5.2.7	Beëindiging van de overtreding	60
5.3	Conclusie ten aanzien van de Uitsluiting	60
6	De Definitieve Uitsluiting.....	61
6.1	Zienswijze van SBM over de Definitieve Uitsluiting.....	61
6.2	Beoordeling van de Definitieve Uitsluiting.....	62

6.2.1	De informatie is concreet.....	63
6.2.2	De Definitieve Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM	64
6.2.3	De Definitieve Uitsluiting is niet openbaar gemaakt	64
6.2.4	Openbaarmaking van de Definitieve Uitsluiting zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten	65
6.2.5	Conclusie ten aanzien van de kwalificatie als voorwetenschap	65
6.2.6	Uitstel van openbaarmaking	65
6.2.7	Beëindiging van de overtreding	66
6.3	Conclusie ten aanzien van de Definitieve Uitsluiting	66
7	Resterende aspecten zienswijze.....	66
8	Besluit	68
8.1	Besluit tot boeteoplegging	68
8.2	Hoogte van de boete.....	69
8.3	Openbaarmaking van de boete.....	72
8.3.1	Uitzonderingsmogelijkheden	72
8.3.2	Nadere publicatiemomenten.....	75
9.	Hoe kunt u bezwaar maken?.....	75

Bijlagen:

1. Openbare versie van het besluit
2. Feitenoverzicht
3. Op verzoek van SBM toegevoegde feiten

1. Feiten

1.1 Bedrijfsgegevens

SBM (KvK nummer: 24233482) is een naamloze vennootschap gevestigd aan de Evert van de Beekstraat 1, 1118 CL Schiphol. SBM is actief in de offshoresector en richt zich op de productie van installaties voor de productie en opslag van olie- en gasproducten. De dienstverlening van SBM betreft voornamelijk het ontwerpen, bouwen, leasen en exploiteren van drijvende opslag- en productieplatforms voor de offshore energie-industrie. De Engelse benaming voor een dergelijk platform is Floating Production and Storing Offloading System (**FPSO**). SBM levert drijvende platforms en schepen die worden gebruikt voor de productie, opslag en overslag van verschillende soorten olie en gas. Haar klanten zijn olie- en gasbedrijven, zoals [rechtspersoon VV]. De offshore olie- en gasindustrie is een wereldwijde industrie en SBM is ook wereldwijd actief. De belangrijkste landen

waarin SBM actief was in de periode 2012-2014 (op basis van omzet en potentiële groei) zijn weergegeven in onderstaande tabel.¹ SBM maakte in deze landen gebruik van handelsagenten.

	% van totale omzet 2012	% van totale omzet 2013	% van totale omzet 2014
Brazilië	49%	50,7%	57%
Angola	17,1%	16,7%	8,5%
Equatoriaal-Guinea	3,8%	2,9%	2,5%

De bestuurders van SBM in de periode 2012 – 2014 zijn:

- [A] – [(oud) bestuurder] van [jaar] tot [jaar]
- [B] – [(oud) bestuurder] van [jaar] tot [jaar]
- [C] – [(oud) bestuurder] van [jaar] tot [jaar]
- [D] – [(oud) bestuurder] van [jaar] tot [jaar]
- [E] – [(oud) bestuurder] tot [jaar]

De effecten van SBM zijn toegelaten tot de handel op de door Euronext Amsterdam N.V. (**Euronext Amsterdam**) geëxploiteerde gereglementeerde markt en maakten vanaf 2003 deel uit van de AEX Index van Euronext Amsterdam.²

1.2 Onderzoek van de AFM en verloop van het proces

De AFM heeft vanaf 2012 berichtgeving rond het interne onderzoek van SBM naar omkoping gevolgd. Er is hierover diverse malen contact geweest tussen de AFM en SBM. In de informatie die SBM in dat kader heeft gedeeld heeft de AFM in eerste instantie onvoldoende aanleiding gezien tot het starten van een onderzoek. Op 14 april 2016 is de AFM alsnog een onderzoek gestart, nadat begin april nieuwe berichten verschenen over omkoping door één van de handelsagenten van SBM en over een door SBM getroffen schikking.³

De AFM heeft vervolgens informatie opgevraagd bij verschillende partijen, waaronder SBM. Bij SBM is onder andere elektronische correspondentie opgevraagd uit de periode 1 januari 2012 tot en met 31 december 2014 van en naar [A], [B] en [E]. Er heeft ook informatie-uitwisseling plaatsgevonden met de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (**FIOD**) en [rechtspersoon VV]. Verder zijn openbare bronnen geraadpleegd, alsook de externe berichtgeving van SBM en het Openbaar Ministerie (**OM**).

Het verloop van het proces valt als volgt weer te geven:

¹ Gebaseerd op SBM Annual Reports 2012, 2013 en 2014.

² SBM Annual Report 2013.

³ Zie FD 4 april 2016, 'Wereldwijd omkopschandaal in olie- en gasector'; Persbericht van SBM van 6 april 2016, 'Confirmation of the settlement regarding allegations against [(oud)-bestuurder] and member of the Supervisory Board'. Daarbij viel op dat de schikking zag op de periode vanaf 2012, terwijl de eerder door het Nederlandse Openbaar Ministerie op 12 november 2014 openbaar gemaakte schikking met SBM juist zag op gedragingen van SBM uit de periode van 2005 tot 2011.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	5 van 75

Op 28 april 2016 verzoekt de AFM [rechtspersoon VV] om informatie over de betrokkenheid van SBM bij vermeende omkoppingen van medewerkers van [rechtspersoon VV].

Op 12 mei 2016 verzoekt de AFM SBM om informatie naar aanleiding van enkele door SBM gepubliceerde persberichten over vermeende oneigenlijke betalingen.

Op 24 mei 2016 verzoekt de AFM het Openbaar Ministerie in Rio de Janeiro, de Procuradoria da República no Rio de Janeiro om informatie met betrekking tot het onderzoek naar SBM en enkele betrokken personen.

Tijdens een bespreking met de AFM op 26 mei 2016 verstrekt de gemachtigde van SBM een deel van de bij het informatieverzoek van 12 mei 2016 verzochte informatie.

Op 30 mei 2016 ontvangt de AFM een reactie van de Procuradoria da República no Rio de Janeiro op haar informatieverzoek van 24 mei 2016.

op 31 mei 2016 verzoekt de AFM SBM per e-mail om nader te concretiseren hoe zij de verzochte informatie wenst aan te leveren. SBM doet hierover op 2 juni 2016 een schriftelijk voorstel.

Bij e-mail van 7 juni 2016 doet de AFM een voorstel voor de wijze waarop de van SBM verzochte informatie kan worden verstrekt.

Bij e-mail van 9 juni 2016 stuurt SBM de AFM een concept memorandum met een toelichting op de datacollectie door SBM en haar gemachtigde. Later op dezelfde dag stuurt SBM het finale memorandum met enkele bijlagen.

Op 9 juni 2016 verstrekt SBM overige bij het informatieverzoek van 12 mei 2016 gevraagde informatie.

Bij brief van 21 juni 2016 verzoekt de AFM het OM om informatie over het strafrechtelijk onderzoek ten aanzien van SBM en daarbij betrokken personen.

Op 28 juni 2016 verstrekt het OM de op 21 juni 2016 verzochte informatie via de FIOD.

Bij brief van 18 juli 2016 reageert [rechtspersoon VV] op het informatieverzoek van de AFM van 28 april 2016.

Op 22 augustus 2016 vindt een bespreking plaats ten kantore van de AFM, waarin SBM en [de gemachtigde van SBM] een toelichting geven op de gebeurtenissen binnen en rondom SBM in de onderzoeksperiode.

Op 12 december 2016 stelt de AFM aanvullende vragen aan de FIOD over diens bevindingen uit het bezoek aan de Zwitserse autoriteiten in mei 2014. Op dezelfde dag deelt de FIOD het journaal van de gebeurtenissen op 17 mei 2014 en 27 mei 2014 met de AFM. In de reactie van de FIOD wordt verwezen naar een flowchart, welke op 2 juli 2018 is opgevraagd en ontvangen door de AFM.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	6 van 75

Bij brief van 13 september 2017 richt de AFM een aanvullend informatieverzoek aan SBM.

Op 18 september 2017 verzoekt SBM om uitstel van de reactietermijn tot uiterlijk 4 november 2017. Bij e-mail van 19 september 2017 verleent de AFM het gevraagde uitstel.

Bij brief van 4 november 2017 reageert SBM op het aanvullende informatieverzoek van 13 september 2017.

Bij brief van 7 december 2017 richt de AFM een aanvullend informatieverzoek aan [rechtspersoon VV]. Hierop reageert [rechtspersoon VV] op 11 januari 2018.

Op 19 april 2018 zendt de AFM het concept-onderzoeksrapport aan SBM met het verzoek om uiterlijk op 10 mei 2018 schriftelijk te reageren op de feiten en bevindingen zoals opgenomen in het concept-onderzoeksrapport.

Bij brief van 24 april 2018 verzoekt SBM schriftelijk om uitstel van de reactietermijn op het concept-onderzoeksrapport. Op 30 april 2018 verleent de AFM uitstel voor de indiening van de zienswijze tot 10 juni 2018.

Op 4 mei 2018 verzoekt SBM om afschrift van dan wel inzage in (i) de informatieverzoeken van de AFM aan [rechtspersoon VV], Procuradoria da República no Rio de Janeiro, en het OM (via de FIOD), en (ii) de beantwoording van die informatieverzoeken door deze partijen. Deze documenten worden op 15 mei 2018 desverzocht door de AFM aan [de gemachtigde van SBM] verstrekt.⁴

Op 16 mei 2018 verzoekt [de gemachtigde van SBM] de AFM om aan te geven of vertalingen van in het Portugees opgestelde documenten beschikbaar zijn, en zo ja om deze aan [de gemachtigde van SBM] te verstrekken. Op 17 mei 2018 verstrekt de AFM een onofficiële vertaling van het document [kenmerk] aan SBM, die zij heeft ontvangen van [rechtspersoon VV].

Op 6 juni 2018 verzoekt SBM de AFM om uitstel van de reactietermijn op het concept-onderzoeksrapport. Tevens verzoekt SBM de AFM om haar de stukken te doen toekomen die de AFM bij [rechtspersoon VV] heeft opgevraagd en van haar heeft ontvangen, maar niet gebruikt heeft.

Op 7 juni 2018 vindt telefonisch contact plaats tussen de AFM en [de gemachtigde van SBM] inzake het verzoek van 6 juni 2018. De AFM verleent uitstel van de reactietermijn tot 13 juni 2018.

Op 13 juni 2018 ontvangt de AFM de zienswijze van SBM op het concept-onderzoeksrapport.

Bij brief van 19 oktober 2018 informeert de AFM SBM dat zij voornemens is om aan haar een bestuurlijke boete op te leggen wegens schending van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft.

⁴ Het betreft de documenten: [kenmerk] (aanvangsproces-verbaal [...] van 24 juli 2014), [kenmerk] en [kenmerk].

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	7 van 75

Bij e-mail en brief van 24 oktober 2018 verzoekt SBM de AFM om uitstel voor de indiening van haar zienswijze op het boetevoornemen. Tevens verzoekt zij om inzage in het dossier. Bij e-mail van 25 oktober 2018 verleent de AFM uitstel tot 23 november 2018. Bij brief van 1 november 2018 doet de AFM SBM het digitale boetedossier toekomen en wijst erop dat het papieren dossier leidend is.

Op 23 november 2018 geeft SBM haar mondelinge en schriftelijke zienswijze op het boetevoornemen.

Bij e-mail van 14 december 2018 stuurt SBM de AFM een brief van de gemachtigden van SBM in Brazilië waarin [...]. Op 19 december 2018 informeert SBM de AFM over de volgende stappen in het schikkingsproces.

Bij e-mail van 7 februari 2019 informeert SBM de AFM dat het gerechtshof Amsterdam op verzoek van een voormalig werknemer van SBM, [F], een voorlopig getuigenverhoor heeft gelast over het door SBM uitgevoerde onderzoek naar de vermeende omkoppingen. Een kopie van de beschikking van het hof is aangehecht.

1.3 Feiten die aanleiding vormen voor het besluit

Hieronder volgt een verkort overzicht van de feiten die aanleiding vormen voor het besluit. Een uitgebreidere weergave van de feiten is opgenomen in de beoordeling in de hoofdstukken 3 tot en met 6 van dit besluit. In bijlage 2 is een volledig overzicht van de feiten opgenomen. Dit overzicht maakte reeds deel uit van het onderzoeksrapport van de AFM en SBM heeft hierop in haar zienswijze gereageerd. De AFM heeft de door SBM vervolgens verzochte aanpassingen in het feitenoverzicht, waar relevant en gerechtvaardigd, in dit besluit overgenomen.⁵

Op 31 januari 2012 ontvangt SBM een melding van een van haar klanten over mogelijke oneerlijke handelspraktijken door een handelsagent van SBM ([G]) in Equatoriaal-Guinea. Naar aanleiding hiervan start SBM een intern onderzoek naar mogelijke oneerlijke handelspraktijken. Dit onderzoek wordt gemeld bij de autoriteiten in Nederland en de Verenigde Staten.

Op 27 maart 2012 vindt een gesprek plaats tussen [G] en SBM. Tijdens dat gesprek verklaart [G] dat een andere handelsagent van SBM, [H], een deel van de door SBM betaalde commissies heeft doorbetaald aan medewerkers van [rechtspersoon VV]. [rechtspersoon VV] is de grootste klant van SBM in haar belangrijkste afzetmarkt Brazilië, verantwoordelijk voor 50% van de omzet van SBM.

Op 10 april 2012 publiceert SBM een persbericht waarin onder meer staat dat *“the Company has recently become aware of certain sales practices involving third parties and which may have been improper”*. Het persbericht geeft geen geografische beperking weer van de onderzochte omkopingsproblematiek. Het persbericht vermeldt evenmin dat ook aanwijzingen voor corruptie bestaan in Brazilië.

⁵ De AFM heeft op verzoek van SBM enkele aanvullende feiten opgenomen, in bijlage 3 bij dit besluit.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	8 van 75

Op 6 februari 2014 verschijnt een artikel in het tijdschrift Quote waarin wordt verwezen naar informatie die een voormalig medewerker van SBM op 18 oktober 2013 op Wikipedia heeft geplaatst. In dit artikel worden de door SBM onderzochte mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken voor het eerst publiekelijk in verband gebracht met Brazilië.

Op 2 april 2014 publiceert SBM de bevindingen van haar onderzoek in een persbericht. Het persbericht vermeldt dat enig bewijs is gevonden voor onrechtmatige betalingen aan overheidsambtenaren in Angola en Equatoriaal-Guinea. SBM geeft aan dat haar onderzoek zich ook heeft gericht op Brazilië, en schrijft daarover: *“there were certain red flags but the investigation did not find any credible evidence that the Company or the Company’s agent made improper payments to government officials (including state company employees). Rather, the agent provided substantial and legitimate services in a market which is by far the largest for the Company”*.

Op 21 mei 2014 informeert het OM de gemachtigde van SBM dat de Zwitserse autoriteiten naar aanleiding van een rechtshulpverzoek van het OM betalingen hebben aangetroffen van de Zwitserse bankrekeningen van [H] aan Zwitserse bankrekeningen van een medewerker van [rechtspersoon VV]. SBM brengt [rechtspersoon VV] hiervan op 23 mei 2014 op de hoogte.

Op 24 mei 2014 ontvangt SBM van [I] namens [rechtspersoon VV] een brief waarin [rechtspersoon VV] aangeeft, haar eerdere besluit om SBM toe te laten tot twee tenders met betrekking tot de olievelden Tartaruga Verde/Mestiça en Libra (**de Tenders**), te heroverwegen.

Op 27 mei 2014 vindt een bespreking plaats tussen het OM, de FIOD en SBM. Tijdens deze bespreking krijgt SBM inzicht in een flow chart waarin de in Zwitserland aangetroffen betalingsstromen verder in kaart zijn gebracht.

In de avond van 27 mei 2014 (Nederlandse tijd) verklaart [J], [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV], in een parlementaire hoorzitting dat SBM niet mee mag dingen naar tenders totdat alle onderzoeken in Brazilië zijn afgerond.

Op 28 mei 2014 publiceert SBM voorbeurs een persbericht waarin zij aangeeft dat zij in gesprek is met [rechtspersoon VV] over het (niet) meedingen naar de Tenders.

Op 29 mei 2014 tekent SBM bij [rechtspersoon VV] beroep aan tegen de beslissing van 24 mei 2014. Dit beroep (**het Hiërarchisch Beroep**) wordt afgewezen bij brief van 4 juni 2014, waarvan SBM uiterlijk op 5 juni 2014 op de hoogte raakt.

Op 12 juni 2014 publiceert SBM een persbericht waarin zij aangeeft dat zij niet zal meedingen naar de Tenders.

Op 12 november 2014 publiceert SBM een persbericht waarin zij aankondigt dat zij een schikking heeft bereikt met het OM in relatie tot betalingen aan handelsagenten in Equatoriaal-Guinea, Angola en Brazilië tussen 2007 en 2011.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	9 van 75

2. Juridisch kader

2.1 Verplichting tot openbaar maken voorwetenschap

Op grond van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft stelt een uitgevende instelling informatie als bedoeld in de definitie van voorwetenschap in artikel 5:53, eerste lid, die rechtstreeks op haar betrekking heeft, onverwijld algemeen verkrijgbaar. De algemeenverkrijgbaarstelling wordt hierna openbaarmaking genoemd.

Voorwetenschap is in artikel 5:53, eerste lid, (oud) Wft gedefinieerd als bekendheid met informatie die concreet is en die rechtstreeks of middellijk betrekking heeft op een uitgevende instelling als bedoeld in het vierde lid, onderdeel a, waarop de financiële instrumenten betrekking hebben of omtrent de handel in deze financiële instrumenten, welke informatie niet openbaar is gemaakt en waarvan openbaarmaking significante invloed zou kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

Artikel 5:53, eerste lid, Wft is gebaseerd op artikel 1 van de Richt marktmissbruik (oud)⁶ en artikel 1 van de Richtlijn 2003/124/EG van de Commissie van 22 december 2003 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6 (Uitvoeringsrichtlijn marktmissbruik (oud)). Op 3 juli 2016 is Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmissbruik (Verordening marktmissbruik) van toepassing geworden en zijn de Richtlijn marktmissbruik (oud) en de Uitvoeringsrichtlijn marktmissbruik (oud) ingetrokken. Onder meer de artikelen 5:25i en 5:53 Wft zijn als gevolg daarvan ingetrokken. Met de inwerkingtreding van de Verordening marktmissbruik is geen materiële wijziging van de norm beoogd en is voorts geen gunstiger regime in werking getreden.

2.2 Invulling van het begrip 'Informatie die concreet is'

Voorwetenschap (in het verleden ook aangeduid als: koersgevoelige informatie) vereist informatie die concreet is. Op grond van artikel 1, eerste lid, Uitvoeringsrichtlijn marktmissbruik (oud) wordt informatie geacht concreet te zijn indien zij betrekking heeft op een situatie die bestaat of waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zij zal ontstaan, dan wel op een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden of waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zij zal plaatsvinden, en indien de informatie specifiek genoeg is om er een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van bovenbedoelde situatie of gebeurtenis op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide financiële instrumenten. De *Committee of European Securities Regulators (CESR)* heeft in 2007 nadere richting gegeven voor de beoordeling wanneer informatie kwalificeert als 'concreet' ('of a precise nature').⁷ Deze beoordeling zal van de omstandigheden van het geval afhangen en is afhankelijk van de informatie zelf en haar context. CESR geeft aan:

⁶ Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie, *Pb* 2003, L 96/16.

⁷ CESR, Market Abuse Directive. Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, CESR/06-562b. CESR is inmiddels opgevolgd door de *European Securities and Markets Authority (ESMA)*

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 10 van 75

“... in determining whether a set of circumstances exist or an event has occurred, a key issue is whether there is firm and objective evidence for this as opposed to rumours or speculation i.e. if it can be proved to have happened or to exist. When considering what may reasonably be expected to come into existence, the key issue is whether it is reasonable to draw this conclusion based on the ex ante information available at the time.”

De vraag wanneer informatie wordt geacht concreet te zijn, moet worden beantwoord in het licht van het doel van de openbaarmakingsplicht, namelijk het waarborgen van de integriteit van de financiële markten en het vergroten van het vertrouwen van de beleggers in deze markten.⁸ Dit vertrouwen berust met name op de omstandigheid dat deze beleggers met elkaar op voet van gelijkheid verkeren en dat zij in het bijzonder zullen worden beschermd tegen het ongeoorloofde gebruik van voorwetenschap.⁹ De preambule bij de Richtlijn marktmisbruik (oud) vermeldt dat handel met voorwetenschap een belemmering is voor volledige en reële markttransparantie, die voor alle marktdeelnemers in geïntegreerde financiële markten een eerste vereiste is om handelstransacties te kunnen verrichten.¹⁰ Daarnaast moet worden voorkomen dat personen die over voorwetenschap beschikken, een voordeel hebben ten opzichte van andere beleggers en hiervan profiteren ten nadele van degenen die hiervan niet op de hoogte zijn.¹¹ Deze doelstellingen brengen met zich mee dat de verplichting tot openbaarmaking zich niet uitstrekt tot geruchten of speculatie. Tegelijkertijd heeft CESR verduidelijkt dat de informatie waarop de voorwetenschap betrekking heeft niet volledig hoeft te zijn voordat de openbaarmakingsplicht ontstaat.¹²

CESR heeft in 2007 ook verduidelijkt *“that, if the information concerns a process which occurs in stages, each stage of the process as well as the overall process could be information of a precise nature”*.¹³ Dat ook informatie over een tussenstap van een in de tijd gespreid proces concrete informatie kan zijn is in 2012 bevestigd door het Hof van Justitie in de uitspraak *Geltl/Daimler*.¹⁴ Het kan zowel gaan om tussenstappen die reeds bestaan of hebben plaatsgevonden, als om tussenstappen waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zullen bestaan of zullen plaatsvinden. Informatie is aldus onder meer concreet wanneer deze betrekking heeft op toekomstige situaties en gebeurtenissen waarvan het op basis van een globale beoordeling van de reeds beschikbare gegevens reëel is te veronderstellen dat zij zullen ontstaan of plaatsvinden. Zodoende heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat niet moet worden aangetoond dat de mate van waarschijnlijkheid van de bedoelde situatie of gebeurtenis groot is. Informatie over gebeurtenissen waarvan het onwaarschijnlijk is dat zij zullen

⁸ Richtlijn marktmisbruik (oud), preambule, randnr. 12; HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Geltl/Daimler*, r.o. 33.

⁹ HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Geltl/Daimler*, r.o. 33, met verwijzingen.

¹⁰ Richtlijn marktmisbruik (oud), preambule, randnr. 15.

¹¹ HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Geltl/Daimler*, r.o. 36, met verwijzingen.

¹² CESR, Market Abuse Directive. Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, CESR/06-562b, par. 1.7: *“In addition, it is not necessary for a piece of information to be comprehensive to be considered precise”*.

¹³ CESR, Market Abuse Directive. Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, CESR/06-562b, par. 1.6.

¹⁴ HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Geltl/Daimler*.

plaatsvinden, wordt daarentegen niet als concreet beschouwd. In de literatuur wordt aangenomen dat sprake moet zijn van een mate van waarschijnlijkheid van minimaal 50% (een veronderstelde middenweg tussen 'grote mate van waarschijnlijkheid' en 'onwaarschijnlijk').¹⁵

2.3 Uitstel

Op grond van artikel 5:25i, derde lid, (oud) Wft kan de uitgevende instelling de openbaarmaking van de informatie uitstellen indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

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

Uitstel mag slechts voortduren indien aan elk van de drie voorwaarden is voldaan. Wordt niet langer aan één of meer van deze voorwaarden voor uitstel voldaan, dan dient de voorwetenschap onverwijld openbaar gemaakt te worden. Nu de mogelijkheid om uitstel te nemen een uitzondering vormt op de hoofdregel dat voorwetenschap onverwijld openbaar wordt gemaakt, moeten de uitstelgronden restrictief worden geïnterpreteerd.¹⁶

Rechtmatig belang

Van een rechtmatig belang kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer openbaarmaking van informatie de uitkomst of het normale verloop van aan de gang zijnde onderhandelingen of daarmee verband houdende elementen kan beïnvloeden. In het bijzonder wanneer de financiële levensvatbaarheid van de uitgevende instelling in ernstig en imminent gevaar is, zij het niet in het kader van de toepasselijke insolventiewetgeving, mag de openbaarmaking van informatie voor beperkte tijd worden uitgesteld wanneer een dergelijke openbaarmaking de belangen van bestaande en potentiële aandeelhouders ernstig zou schaden doordat de afronding van bepaalde onderhandelingen voor de verzekering van het financieel herstel van de uitgevende instelling op lange termijn erdoor in het gedrang zou worden gebracht. Daarnaast kan bijvoorbeeld van een rechtmatig belang sprake zijn wanneer verwarring onder het publiek moet worden voorkomen over de rechtsgeldigheid van genomen besluiten.

Geen misleiding te duchten

Van misleiding kan sprake zijn indien de uitgevende instelling opzettelijk informatie achterhoudt met het doel een verkeerde voorstelling van zaken te geven. Of als de uitgevende instelling redelijkerwijs had kunnen of moeten weten dat het achterhouden van informatie een verkeerde voorstelling van zaken zou geven (door in

¹⁵ Zie F.G.H. Kristen, N. Lemmers & H.J. de Kluiver, *Market Abuse Regulation: van Europese kaders naar uitleg en toepassing in Nederland* (Preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2017) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 138), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 94 en voetnoot 14 aldaar; G.J.T. Hoff, 'Met de billen bloot' in Van Amsterdam & Jurgens, *Fraude - Financieel recht - Ondernemingskamer* 2016/1 die meer verhuld spreekt van een "gulden middenweg". Voorts wordt ook een neutrale beschrijving gegeven in D. Busch e.a., *Handboek Marktmisbruik* (Onderneming en recht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 3.1.4 (hierna: Handboek Marktmisbruik).

¹⁶ ESMA Final Report 13 juli 2016, Guidelines on the Market Abuse Regulation – market soundings and delay of disclosure of inside information, ESMA/2016/1130, par. 52.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	12 van 75

haar andere berichtgeving informatie te verstrekken die niet in overeenstemming is met de informatie waarvoor uitstel is genomen).

Waarborgen van de vertrouwelijkheid

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

3 De 27 maart Informatie

De AFM heeft onderzocht of SBM in de periode van 27 maart 2012 tot 2 april 2014 heeft gehandeld in strijd met de openbaarmakingsplicht van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft ten aanzien van informatie over mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken in Brazilië. In het onderzoeksrapport is de AFM tot de conclusie gekomen dat SBM op 27 maart 2012 beschikte over voorwetenschap, namelijk de informatie dat SBM kennis heeft genomen van bepaalde verkooppraktijken in Brazilië die mogelijk onrechtmatig zijn geweest. Hierna wordt kortheidshalve verwezen naar 'de 27 maart Informatie'. Met deze conclusie kan SBM zich niet verenigen. Hieronder wordt eerst de zienswijze van SBM op dit punt weergegeven (paragraaf 3.1), gevolgd door de beoordeling door de AFM (paragraaf 3.2) en de conclusie ten aanzien van de 27 maart Informatie (paragraaf 3.3).

3.1 Zienswijze van SBM over de 27 maart Informatie

SBM stelt zich primair op het standpunt dat voor een schending van de openbaarmakingsplicht slechts relevant is of SBM op 27 maart 2012 naar destijds geldend recht beschikte over "*information of a precise nature*". Voor omkoping in Brazilië bestond op 27 maart 2012 geen bewijs, zodat ook geen sprake kon zijn van concrete informatie. Het relevante juridisch kader moet volgens SBM als volgt worden weergegeven. Bij de beoordeling of informatie concreet is, moet onderscheid worden gemaakt tussen toekomstige gebeurtenissen en een beweerdelijk plaatsgevonden hebbende historische situatie. In het eerste geval dient de vraag naar de concreetheid te worden beantwoord aan de hand van wat men redelijkerwijs moet verwachten. In het tweede geval gaat het er om of aan de hand van objectief bewijs kan worden vastgesteld dat die situatie of gebeurtenis zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. De vraag of een vennootschap betrokken is geweest bij oneerlijke handelspraktijken of fraude, betreft een historische gebeurtenis en dient daarom te worden beantwoord aan de hand van objectief bewijs. De mogelijkheid dat in de toekomst fraude uit het verleden zou worden vastgesteld, is geen voorwetenschap. Pas wanneer fraude daadwerkelijk wordt vastgesteld, is op dat moment voldaan aan de maatstaf voor concreetheid. Het publiceren van nog niet gesubstantieerde beweringen terwijl nog onzeker is of de kwestie die gesignaleerd is of wordt onderzocht daadwerkelijk heeft plaatsgevonden zou niet getuigen van

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	13 van 75

prudent beleid van de onderneming. Het concreetheidsvereiste dient mede tot het voorkomen van voorbarige openbaarmaking waarmee de markt juist verkeerd voorgelicht zou worden.

Ook als de AFM een andere maatstaf zou hanteren, vormen de door haar aangedragen feiten en omstandigheden zowel los van elkaar als in samenhang een volstrekt onvoldoende basis om aan te nemen dat SBM op deze datum redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat omkoping in Brazilië zou worden vastgesteld. De feiten en omstandigheden die destijds bekend waren konden evenmin tot de conclusie leiden dat er sprake zou zijn geweest van een overtreding van de Amerikaanse *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, als gevolg waarvan de relatie tussen SBM en haar klanten onder druk had kunnen komen te staan. Dit licht SBM als volgt toe.

In de eerste plaats geeft SBM aan dat zij vanaf 2012 een uitgebreid onderzoek heeft gedaan naar de handelspraktijken van haar agenten en dat dit onderzoek geen bewijs heeft opgeleverd van onrechtmatige betalingen door [H], de handelsagent van SBM in Brazilië. Als gevolg van de melding van [rechtspersoon A] over mogelijk oneerlijke handelspraktijken in Equatoriaal-Guinea heeft SBM een onderzoek gestart naar mogelijke ongepaste betalingen aan handelsagenten en eventueel oneerlijke handelspraktijken door handelsagenten (**het Interne Onderzoek**).

Dit onderzoek werd vanaf februari 2012 geleid door het advocatenkantoor [rechtspersoon B] met behulp van [rechtspersoon C]. De opzet van dit omvangrijke onderzoek (op basis van meerdere honderdduizenden bestanden en tientallen interviews) was *evidence based* en richtte zich dus in eerste instantie op landen waarvoor SBM duidelijke indicaties had van mogelijk oneerlijke handelspraktijken. Het onderzoek begon met Equatoriaal-Guinea en breidde zich naar aanleiding van het gesprek met [G] uit naar Angola. Het onderzoek naar Brazilië begon in eerste instantie in een andere context, namelijk in het kader van een inventarisatie naar alle handelsagenten door het *Compliance Task Force Team (de Task Force)*. In december 2013 heeft SBM de externe onderzoekers gevraagd om de handelspraktijken in Brazilië te betrekken. [H] heeft in het kader van deze onderzoeken herhaaldelijk ontkend betalingen te hebben gedaan aan ambtenaren, vertegenwoordigers van cliënten en medewerkers van SBM en heeft inzage in [...] offshore bankrekeningen geweigerd met een beroep op [...] privacy. Als reden voor het gebruik van [...] offshore entiteiten noemde [H] belastingmotieven. Op basis van het verrichte onderzoek heeft SBM geen objectief bewijs gevonden dat [H] onrechtmatige betalingen had gedaan, zoals zij in haar persbericht van 2 april 2014 met het publiek heeft gedeeld.

In de tweede plaats voert SBM aan dat het gesprek met [G] op 27 maart 2012 niet van dien aard was dat zij op basis daarvan moest worden geacht kennis te hebben van oneerlijke verkooppraktijken in Brazilië. Dit gesprek richtte zich voornamelijk op de werkwijze van [G] en specifiek op de informatie die [G] met [rechtspersoon A] had gedeeld ten aanzien van Equatoriaal-Guinea. De opmerkingen van [G] ten aanzien van Brazilië waaraan de AFM zoveel waarde hecht, vormen slechts een zeer beperkt onderdeel van het gesprek met [G]. Deze informatie is door [G] op geen enkele wijze nader gesubstantieerd of met bewijs onderbouwd. Daarnaast was [G] ten tijde van het gesprek al [...] jaar geen werknemer meer van SBM en trad [G] sindsdien op als handelsagent in Afrika,

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	14 van 75

niet Brazilië. De betrokkenheid van [G] bij projecten in Brazilië was beperkt¹⁷ en de samenwerking met SBM was (uitsluitend) gebaseerd op een zeer persoonlijke relatie tussen [H] en [K].¹⁸ Tegenover de uitspraken van [G] stond bovendien dat SBM de hoogte van de commissies aan [H] verklaarbaar achtte gelet op [...] rol binnen de Braziliaanse markt, zeker gezien het ontbreken van een kantoor in Brazilië en de Braziliaanse *local content*-wetgeving, en de omvang van de onderliggende projecten.

In de derde plaats hecht de AFM volgens SBM teveel waarde aan het zogenoemde *binning incident* van 7 februari 2012. Deze poging van de toenmalige [(oud)-bestuurder] om bepaalde documenten te vernietigen leidt op geen enkele wijze tot de gevolgtrekking dat in Brazilië sprake was van omkoping. De documenten zijn door [F]¹⁹ veiliggesteld en voor zover SBM bekend zijn er geen documenten verloren gegaan. Het overgrote merendeel van de 177 relevante documenten zag op Equatoriaal-Guinea en Angola. Slechts drie daarvan zagen op Brazilië en slechts twee bevatten informatie over [H]. Ook de documenten uit de kluis van [A] zijn in het Interne Onderzoek betrokken. Slechts twee van deze 37 documenten hielden verband met [rechtspersoon D] (een vennootschap van [H]). Uit die documenten volgde zeker niet dat sprake was geweest van omkoping in Brazilië.

Ten vierde verbindt de AFM onterechte conclusies aan uitspraken die [A] over [H] heeft gedaan tijdens de beginfase van het Interne Onderzoek. Deze uitlatingen waren niet gebaseerd op indicaties van omkoping in Brazilië, maar gaven slechts uiting aan emoties en gevoelens van zorg. Zij zijn gemaakt in de context van [...] ergernis over de autonome rol van [H] binnen SBM. Al vóór aanvang van het Interne Onderzoek, op 19 januari 2012, heeft [A] met [H] gesproken over [...] rol en de voorwaarden waaronder de commerciële relatie kon worden voortgezet. Uit [...] uitlatingen kan en mag niet worden afgeleid dat [A] er voor of op 27 maart 2012 van overtuigd was dat er sprake was van mogelijke omkoping in SBM's verkooppraktijken in Brazilië. Primair ging het erom dat [A] het onbestaanbaar vond dat een agent als [H] zoveel ruimte kreeg, dat [H] bijna bepaalde wat de onderneming moest doen in plaats van andersom, en dat [H] zoveel invloed had op [...] beloning en de gebrekkige vastlegging daarvan.

SBM kan zich, ten vijfde, niet aan de indruk onttrekken dat de AFM zich mede heeft laten beïnvloeden door gebeurtenissen die zich sinds de transactie tussen SBM en het OM van 12 november 2014 hebben voorgedaan, waaronder in het bijzonder de getroffen schikkingen, tegen bepaalde betrokkenen ingestelde stafvorderingen, de negatieve berichtgeving rondom [rechtspersoon E] (die diensten heeft verleend aan SBM in [landen]) en de resultaten van het grootschalige 'Lava Jato' onderzoek in Brazilië. Met deze gebeurtenissen mag, ter voorkoming van *hindsight bias*, bij de beoordeling geen rekening worden gehouden.

In de zesde plaats stelt SBM zich op het standpunt dat zij de markt in het persbericht van 10 april 2012, onverplicht, geheel correct heeft geïnformeerd over de start van het Interne Onderzoek. Uit de koersontwikkeling op die dag (koerseffect van 11,7%) kan worden afgeleid dat de markt zich ten volle realiseerde dat, als het onderzoek oneerlijke handelspraktijken zou aantonen, dit een substantiële negatieve impact zou

¹⁷ SBM wijst op een – overigens bij de AFM niet bekend – gespreksverslag van 14 februari 2012 tussen SBM en [L], Director of [...]: "The other big projects in [L]'s tenure as [...] director were in Brazil. [L] stated that [G] did not know much about Brazil."

¹⁸ [K] was van [jaar] tot [jaar] de [(oud)-bestuurder] van SBM.

¹⁹ [F] was destijds [functie] van SBM.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	15 van 75

hebben. Uit de in het persbericht vermelde informatie viel duidelijk op te maken dat de situatie uitermate serieus werd genomen. Bovendien werd in het persbericht geen enkele geografische beperking aangebracht in de reikwijdte van het onderzoek.

Ten slotte zou SBM, indien zij op 27 maart 2012 had gepubliceerd dat zij kennis had genomen van mogelijke omkoping in Brazilië, daarmee ook [rechtspersoon VV] – zonder daar bewijs voor te hebben – publiekelijk hebben beschuldigd van betrokkenheid bij een strafbaar feit (mogelijke omkoping).

3.2 Beoordeling van de 27 maart Informatie

In de hierna volgende paragrafen bespreekt de AFM de verschillende bestanddelen van de openbaarmakingsplicht van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft en wordt beoordeeld in hoeverre deze op 27 maart 2012 op SBM van toepassing waren.

3.2.1 De informatie is concreet

In de eerste maanden van 2012 hebben (binnen SBM) bepaalde ontwikkelingen plaatsgevonden die ertoe hebben geleid dat zij uiterlijk op 27 maart 2012 beschikte over concrete informatie. Dit licht de AFM in de volgende paragrafen toe, waarbij achtereenvolgens wordt besproken: de eerste aanwijzingen van omkoping in de verkooppraktijken van SBM, het bekend raken met de betrokkenheid van Brazilië, de reacties binnen SBM op de tot op dat moment bekende informatie en het gesprek tussen SBM en [G] van 27 maart 2012. Hierop volgt een juridische analyse.

De eerste aanwijzingen

Begin 2012 ontvangt SBM verschillende aanwijzingen van omkoping in de verkooppraktijken van SBM. Die aanwijzingen betreffen in eerste instantie de verkooppraktijk in Equatoriaal-Guinea en later onder meer Angola en Brazilië. Op 31 januari 2012 wordt [M], de [functie] van SBM, door [rechtspersoon A] geïnformeerd dat een handelsagent van SBM, [G], via [...] onderneming [rechtspersoon F] gelden van SBM heeft gebruikt om bepaalde voorwerpen van waarde aan te schaffen voor een voormalig medewerker van [rechtspersoon A] en twee ambtenaren.²⁰ Tijdens een bespreking tussen leden van de Raad van Commissarissen en de Raad van Bestuur van SBM op 7 februari 2012 wordt aangegeven dat in het kader van PERM²¹ nog geen *due diligence* is uitgevoerd op [rechtspersoon F] en dat ook sprake lijkt te zijn van twee andere agenten “*who have not yet been reviewed and could also be potential issues.*” Besloten wordt onder meer om over de kwestie extern juridisch advies in te winnen en om een nader onderzoek te starten naar de mogelijk oneerlijke handelspraktijken (het Interne Onderzoek).²² Dit onderzoek wordt zeer serieus genomen, waarbij lijkt te worden verwacht dat de uitkomsten

²⁰ Notulen van de Supervisory Board ad hoc Committee for Equatorial Guinea telephone conference, 7 februari 2012.

²¹ Gedoeld wordt op het project ‘Partnership and External Relationship Management’, een inventarisatie door SBM van handelsagenten, tussenpersonen, partners, consultants en belangrijke leveranciers en dienstverleners waarmee zij contractuele relaties onderhield.

²² Notulen van de Supervisory board ad hoc committee for Equatorial Guinea telephone conference, 7 februari 2012; e-mail van [M] aan [A] van 9 februari 2012.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	16 van 75

verstrekking en de gevolgen groot kunnen zijn. Gesproken wordt onder meer over een dagelijkse telefonische bespreking tussen de [(oud)-bestuurder], de [functie] en de [functie] van SBM over het project, het betrekken van juridisch advies in de Verenigde Staten en in Nederland, het stopzetten van betalingen aan agenten en het in kaart brengen welke risicovolle betalingen aan agenten zijn gedaan. Het project krijgt de naam Pandora.²³

Eveneens op 7 februari 2012 heeft [A] voor het eerst de kluis in [...] kantoor geopend. In deze kluis wordt een tweetal mappen aangetroffen. Hierin bevinden zich onder meer een aantal overeenkomsten met [G] en [...] bedrijven en enkele overeenkomsten met [H], de handelsagent van SBM in Brazilië. Op dezelfde dag wordt [E], de [(oud)-bestuurder] van SBM, door enkele medewerkers aangetroffen in [...] kantoor terwijl [E] met [...] secretaresse papieren in vuilniszakken stopt (het 'binning incident').²⁴ Hierop worden twaalf vuilniszakken met relevante documenten door [F] veiliggesteld en overhandigd aan de externe onderzoekers. De vuilniszakken bevatten onder meer stukken die wijzen op illegale (omkoop)praktijken door [rechtspersoon F].²⁵

Zicht op de (geografische) reikwijdte van het probleem

Op dezelfde dag verzoekt [O], [functie] van SBM, in aanvulling op de informatie over [rechtspersoon F] om informatie over de in de afgelopen tien jaren verrichte betalingen aan de agent van SBM in Brazilië, [H], evenals aan [...] ondernemingen en enkele familieleden.²⁶ Het wordt duidelijk dat [H] en [...] ondernemingen in het omkopingsonderzoek tot zorgen leiden. [M] schrijft in een e-mail van 20 februari 2012 het volgende:

“As discussed, we need to get a more refined and considered assessment of our agents. We need to know the good, the bad, the ugly. Off the top of my head, the ones that I am particularly concerned about are the following: -[rechtspersoon G]/[rechtspersoon H]/[rechtspersoon I], [rechtspersoon D]/[rechtspersoon J], [rechtspersoon K], [rechtspersoon E].”²⁷

[rechtspersoon D] en [rechtspersoon J] zijn twee van de ondernemingen van [H]. Op 21 februari 2012 schrijft [M]: “The [H] companies are also problematic. Stopping payments is only a temporary solution and we will need to discuss with [A] the longer term implications”.²⁸

SBM richt de *Task Force* op, met als doel “to perform an inventory and assessment of the agreements signed with agents” en “to check the traceability of the payments with those agreements, their conformance with the authority level matrix and compliance FCPA requirements”.²⁹ Dit onderzoek wordt breed opgezet en zal naar

²³ E-mail van [N] aan [A] en [M] van 11 februari 2012.

²⁴ Onofficieel transcript van de vergadering van de Raad van Commissarissen van 5 april 2012, opgesteld door [F]: “... our [(oud)-bestuurder] decided to have an impromptu spring clean and filled 12 bags with papers, a lot which were quite damning and included correspondence with [rechtspersoon F].”

²⁵ E-mail van [M] aan [A] en [F] van 10 februari 2012: “... [G] showed me some of the contents of the bin bags. Notably, there were some non-routine discards including a spine label from an emptied [rechtspersoon F] file.”

²⁶ E-mail van [O] aan [P] van 7 februari 2012.

²⁷ E-mail van [M] aan [O], [F], [Q] en [R] van 20 februari 2012.

²⁸ E-mail van [M] aan [Q] van 21 februari 2012.

²⁹ Memorandum van 13 maart 2012, ‘Agents TASK FORCE – Terms of reference’.

verwachting vier tot zes maanden in beslag nemen.³⁰ In februari 2012 wordt een tabel opgesteld met daarin een overzicht van 122 agenten die voor SBM werkzaam zijn geweest, hun werkzaamheden, gesignaleerde *red flags* ten aanzien van het omkopingsonderzoek en de verrichte betalingen door SBM aan de agenten.³¹ De agenten worden ingedeeld in zes risicocategorieën: ‘*High Risk Agents*’, ‘*Agents under PERM Process*’, ‘*Agents Validated*’, ‘*Unknown Agents*’, ‘*Agents Terminated*’ en ‘*To be checked*’. Negen agenten worden gekwalificeerd als ‘*high risk*’, waaronder [H] en [...] bedrijven, die kennelijk een wezenlijk risico vormen. De tabel bevat, voor zover relevant, de volgende informatie (waarvan SBM de volledigheid op dat moment nog nader moet onderzoeken):

Agents	Area covered	Due Diligence Performed	Status of relationship with SBM	Red Flags	Remedial Steps	Payment Suspension	Total ³²	
							Cumulated payments	Number of payments
[H] [rechtspersoon D] [rechtspersoon J] [rechtspersoon L] [rechtspersoon M] [rechtspersoon N]	Brazil	On going	Agreements for various companies – discrepancies	Various payments without invoices or agreements Numerous companies owned by [H] [rechtspersoon L], [rechtspersoon M] and [rechtspersoon N] seem to be offshore companies – no agreements for with these companies High Commission Numerous and repetitive payments	Seeking to terminate the relation	X	63.073.902	95
[G] [rechtspersoon F] [rechtspersoon O]	World-wide	On going	Various agreements with [rechtspersoon F]	Numerous payments High amount and not justified [rechtspersoon F]: Shell company and unknown shareholders and directors		X	29.654.301	44

Uit dit overzicht blijkt dat SBM in februari 2012 bekend was met risico's ten aanzien van agenten in diverse landen en de belangrijkste *red flags* in kaart had gebracht, waaronder ten aanzien van Brazilië. In Brazilië zijn met afstand de hoogste bedragen uitgekeerd, waarbij de hoogte van deze betalingen wordt gezien als een belangrijke aanwijzing dat delen daarvan mogelijk waren doorbetaald aan overheidsambtenaren. Zodoende moet het SBM duidelijk zijn geweest dat zij ernstig rekening diende te houden met de mogelijkheid dat via haar agent in Brazilië

³⁰ Memorandum van 13 maart 2012, ‘Agents TASK FORCE – Terms of reference’.

³¹ Deze tabel is onder meer opgenomen in de bijlage bij de e-mail van [O] aan [A] en [Q] van 24 februari 2012.

³² In de tabel is informatie opgenomen over het totale bedrag van de betalingen en het aantal betalingen van 2005 tot en met 2011.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 18 van 75

gedurende een langere periode sprake is geweest van omkoping. Dit geldt des te meer nu de tot dusverre verzamelde informatie moet worden beoordeeld in het licht van de eerdere verklaring van [G] aan [rechtspersoon A] over de betaling van smeergelden en de omstandigheid dat de toenmalige [(oud)-bestuurder] van SBM als gevolg van of in ieder geval kort na deze verklaring aanleiding zag om een grote hoeveelheid documenten te proberen te vernietigen (het ‘*binning incident*’ van 7 februari 2012).

Reacties binnen SBM: vermoeden van omkoping

Hoewel tijdens de beginfase van het onderzoek de precieze omvang van de problematiek en de mogelijke oplossingsrichtingen nog nader zullen worden onderzocht, lijkt er geen twijfel over te bestaan dat serieus rekening moet worden gehouden met de aanwezigheid van wijdverspreide corruptie en dat dit zwaarwegende gevolgen voor SBM kan hebben. Zo stelt de [functie] van SBM, [N], op 24 maart 2012 voor dat [A] aan een reactie op een e-mail van [F] de volgende passage toevoegt:

“Whilst it was always clear that our internal investigation on the Pandora issue in EG [Equatoriaal-Guinea, toev. AFM] may result in findings which in turn warrant an investigation into other areas, I believe we need to take account of the (limited) resources we have available and of the many other issues the Company is facing and prioritise the issues.”³³

Deze passage licht [N] als volgt toe:

“As a [(oud)-bestuurder] I believe you have every right to decide on the course of action because you – more than anyone else in the company- have the required overall view on the many management issues we face to decide on how to address these whilst trying to ensure the continuity of the Company and the responsibilities we have towards our 6,000 staff, our clients and our shareholders. You cannot allow [M] and [F] to take over the steering of the Company and they must not be allowed to use the information gained whilst carrying out the duties which have been assigned to them to further their own interest and basically cover their ass for not having asked the right questions in the past.”³⁴

Eveneens op 24 maart 2012 uit [A] in een gesprek met [F] en [M] [...] grote zorgen over de omkopingsproblematiek, in het bijzonder in relatie tot de Braziliaanse markt:

“There is no need to go through thousands of studies. I saw [the contents of the [(oud)-bestuurder]’s safe] and felt sick seeing how rotten the company is. I am trying to survive. I recognize that the commercial staff is rotten to the core. When I look at [H] [H] is the smelliest of the smelliest. You cannot exclude that the Brazil payments have funded political parties.”³⁵

³³ E-mail van [N] aan [A] van 24 maart 2012.

³⁴ E-mail van [N] aan [A] van 24 maart 2012.

³⁵ Zoals opgenomen in het artikel dat [F] op 18 oktober 2013 op Wikipedia heeft geplaatst: beschikbaar via https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=SBM_Offshore&oldid=577742341. Zie ook Bijlage bij de e-mail van [B] aan [S] van 19 februari 2014, ‘RE: Besprekingsverslag’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 19 van 75

Ook als wordt aangenomen dat, zoals SBM stelt, deze uitlatingen van [A] mede zijn ingegeven door [...] onvrede over de autonome werkwijze van [H], blijkt uit [...] opmerking dat [A] al op dat moment, dus ruim vóór afronding van het Interne Onderzoek, over de uitkomsten van dat onderzoek een helder beeld heeft. Duidelijk is eveneens dat [A] inschat dat de problematiek de hele onderneming raakt, dat [A] zich ernstige zorgen maakt over de werkwijze die door SBM is gevolgd en dat [A] de kans dat in Brazilië (ook door SBM) omkopingspraktijken hebben plaatsgevonden, reëel acht.

De ernst van de op dat moment al beschikbare aanwijzingen van omkoping wordt verder bevestigd in een e-mail die [M] op 27 maart 2012 aan [A] stuurt. In deze e-mail verwijst [M] naar wijdverspreide omkoping door SBM, waarvan [M] formele melding zou hebben gedaan. [M] uit tegelijkertijd [...] zorgen over de wijze waarop met [...] melding wordt omgegaan.

“The plans to continue to involve me as the [...] lawyer in the Pandora matter are inappropriate. I have already advised you and [T] about our diverging views on Pandora and my concerns about the way I have been treated following my formal reporting of widespread bribery at SBM.”³⁶

Het gesprek met [G] ('de 27 maart Informatie')

Voor zover over de overtuigingskracht van de tot dusverre aanwezige aanwijzingen van onrechtmatige verkooppraktijken in Brazilië nog twijfel bestaat, wordt uiterlijk op 27 maart 2012 een omslagpunt bereikt. Op deze datum vindt een overleg plaats tussen [A], [N], [F] en [G].³⁷ Aanleiding voor dat overleg en tevens het belangrijkste gespreksonderwerp zijn de door [G] aan [rechtspersoon A] afgelegde verklaringen over de door [rechtspersoon F] betaalde smeergelden in Equatoriaal-Guinea. Op enig moment komt ook Brazilië ter sprake. [A] vraagt aan [G]:

“Your last position with SBM was as [functie]? so you were dealing with [H] also – what’s the story with [H]?”

[G] reageert:

“Unfortunately it was a very personal relationship with [K]³⁸ and [H], so a lot of things were not to be questioned and [H] was successful in Brazil [...]. [H] story was, I know there was some commission of more than 3% but [H] standard story was there was 1% for [H] and 2% to be disbursed. Now sometimes a commission of up to 4-5%. But that was [H] story. And every time we tried to negotiate it was non-negotiable.”

[F] : “What, it would go to [rechtspersoon VV] people?”

[G] antwoordt: “Yes.”

³⁶ E-mail van [M] aan [A] van 27 maart 2012.

³⁷ Bijlage ‘Spraak0005 – Copy.vlc’ bij de e-mail van [U] aan [V] van 20 februari 2015, ‘RE: VLC’.

³⁸ Gedoeld wordt op [K], de [(oud)-bestuurder] van SBM van [jaar] tot [jaar].

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	20 van 75

Uiterlijk na het bovenstaande gesprek van 27 maart 2012 beschikte SBM over zodanige aanwijzingen voor onrechtmatige omkooppraktijken via haar agent in Brazilië, dat op die datum redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat in de toekomst omkoping zou worden vastgesteld. De AFM komt tot dit oordeel op grond van de volgende feiten en omstandigheden:

Allereerst is van belang dat de uitlatingen van [G] op 27 maart 2012 niet op zichzelf staan, maar moeten worden beoordeeld in het licht van de gebeurtenissen van de voorafgaande maanden, waaronder in het bijzonder:

- De melding van [rechtspersoon A] dat bewijs bestond voor betalingen van smeergelden door [G] in Equatoriaal-Guinea en de bevestigende verklaringen van [G] daarover;
- Het *'binning incident'* dat de ernst van de situatie bevestigde;
- De start van het omvangrijke onderzoek naar de door agenten van SBM verrichte betalingen;
- De omstandigheid dat negen van deze agenten, waaronder [H] en [...] bedrijven en familieleden, al spoedig als *high risk* werden aangemerkt en dat ten aanzien van hen verschillende *red flags* werden gesignaleerd;
- De (onder meer uit de e-mailwisseling tussen [A] en [N]) blijkende erkenning van de aanzienlijke kans dat het onderzoek wijdverspreide corruptiepraktijken aan het licht zou brengen, en van de mogelijke implicaties hiervan voor het voortbestaan van de onderneming.
- De door [A] uitgesproken zorgen over [H] en [...] constatering dat het bedrijf *'rotten to the core'* was;
- De door [M] in [...] hoedanigheid als *'[...] lawyer'* bij het project Pandora verrichte meldingen over *'widespread bribery at SBM'*.

In de tweede plaats constateert de AFM dat voor SBM alle aanleiding bestond om de verklaringen van [G] over de verkooppraktijken van SBM en de rol van [H] in Brazilië, evenals de implicaties van deze verklaringen, uiterst serieus te nemen. Hiertoe acht de AFM van belang dat de verklaringen van [G] klaarblijkelijk het beeld bekrachtigen dat bij SBM op basis van de eerste resultaten van het interne onderzoek is ontstaan. In reactie op de beschrijving door [G] van [...] activiteiten in relatie tot [rechtspersoon A] merkt [N] op: *"in fact what we found internally is very similar to what you described"*. Op een later moment zegt [A]: *"What's the right action at this stage? I cannot give you an answer. It's certainly not the way SBM has been doing business"*, en vervolgens: *"the company has done a lot of wrong things. A lot of wrong things."*

Anders dan SBM stelt, is de waarde van de verklaringen van [G] zeker niet beperkt tot de activiteiten in Equatoriaal-Guinea. In het hierboven opgenomen overzicht van agenten van SBM wordt de reikwijdte van [...] dienstverlening omschreven als *'worldwide'*. Ook tijdens het gesprek op 27 maart 2012 laat [G] zien bekend te zijn met de voor SBM specifiek verrichte diensten in diverse landen, waaronder Nigeria, Maleisië en Egypte. Dat aan de verklaringen van [G] waarde moest worden gehecht, en niet alleen ten aanzien van Equatoriaal-Guinea, vloeit eveneens voort uit de belangrijke rol die [G] binnen SBM heeft bekleed en de sindsdien door [G] opgedane ervaringen. [G] is meer dan dertig jaar werkzaam geweest voor SBM en werkte tussen [jaar] en [jaar] als [functie]

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 21 van 75

van SBM.³⁹ In die hoedanigheid is [G] ook betrokken geweest bij de totstandkoming van overeenkomsten tussen SBM en [H].⁴⁰ Het staat buiten kijf dat [G] zowel gedurende [...] dienstverband bij SBM als in [...] capaciteit als agent voor SBM uitgebreide kennis heeft opgedaan van de manier waarop SBM (via haar agenten) wereldwijd zaken deed.

De AFM constateert verder dat [G] niet alleen geloofwaardig kon verklaren over de verkooppraktijken van SBM buiten Equatoriaal-Guinea, maar ook meer in het bijzonder over de met [H] gemaakte afspraken. Dat [G] kennis kon hebben en ook had van de afspraken met [H], blijkt al uit [...] verklaring dat *“every time we tried to negotiate it was non-negotiable [onderstreping AFM]”*. [...] kennis over de tussen [H] en SBM gemaakte afspraken wordt op een later moment bevestigd door [F] :

“ [G] was aware of the relationship that we have with [H], which was a very personal one between [H] and [K], and [G] never asked exactly where money was paid, but knew about the agreements.”⁴¹

In dat kader wijst de AFM er ook op dat [G] verschillende uitspraken doet waaruit blijkt dat [G] goed op de hoogte is van de manier waarop SBM in het algemeen zaken deed. Naar aanleiding van het gesprek over de gelden die zijn betaald in Equatoriaal-Guinea zegt [G]:

“All that you have to look is what you got out of it. This amount here is a ridiculous amount, 7 million Dollars, no one would ever think that you could get this money out of this project, but just look at the revenue SBM got out of this project ... Sometimes you used to call it insurance premium.”

Op de vraag van [F] of de Raad van Commissarissen op de hoogte was van de door [G] beschreven omkopingspraktijken antwoordt [G]:

“I have no idea whether it was discussed or not ... but the business model is SBM. Was the business model in industry...”

Bij deze verklaringen, die zien op de werkwijze van SBM in het algemeen (en dus niet alleen in relatie tot Equatoriaal-Guinea), worden door de aanwezigen geen vraagtekens gezet. Sterker nog: er lijkt geen enkele twijfel te bestaan dat sprake is geweest van systematische omkoping. Bij de vraag van [F] , of de Raad van Commissarissen op de hoogte was van de bewuste verkooppraktijken spreekt [F] over de, *“let’s call it business*

³⁹ Zienswijze SBM van 23 november 2018; Verslag van de Supervisory Board ad hoc Committee for Equatorial Guinea Telephone Conference, 7 februari 2012 (verwezen wordt naar ‘[functie]’);

⁴⁰ Zie bijlage 6B (‘Aanklacht federale justitie Rio de Janeiro 17 december 2015’) bij de beantwoording door SBM per brief van 9 juni 2016 van het informatieverzoek van de AFM van 12 mei 2016:

“[rechtspersoon D] entered into several sales consulting agreements with companies in the SBM Group, signed by [H] and SBM’s representatives such as [K], [naam] [G] e [W].”

“In an email dated November 23, 2008, [naam] reported to [M] the terms of the agreement made by [H] with ‘[afkorting]/[afkorting]’, meaning [K] and [G]. [rechtspersoon D] would supposedly receive a 3% commission and provide services to two companies: [rechtspersoon J], which would receive 1%, and [rechtspersoon L], which would collect 2%.”

⁴¹ Onofficieel transcript van de vergadering van de Raad van Commissarissen van 5 april 2012, opgesteld door [F].

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 22 van 75

model that we adopted in the last quarter century in relation to the way we won bids.” [G] benadrukt dat *“you were not aware of half the things I told you today. What was the culture, what was the way SBM used to do business...”*. Daarop reageert [N] enigszins wrang: *“We start to have an understanding...”*.

Dat [G] over de door [G] beschreven praktijken slechts beperkt details prijs gaf, deed – anders dan SBM meent – klaarblijkelijk geen afbreuk aan de geloofwaardigheid van [...] verklaringen. Het ontbreken (of achterhouden) van details valt wanneer het gaat over de betaling van smeergelden immers tot op zekere hoogte te verwachten. De AFM wijst op de toelichting van [F] tijdens de vergadering van de Raad van Commissarissen van 5 april 2012:

“Likewise, [G] knew of the [rechtspersoon G] payments, again it’s not very clever to ask questions, so [G] didn’t know too much”.⁴²

Zodoende blijkt ook uit de betrouwbaarheid van de verklaringen van [G] dat SBM als gevolg van het gesprek op 27 maart 2012 beschikte over informatie op grond waarvan zij redelijkerwijs moest aannemen dat in de toekomst omkoping zou worden vastgesteld.

In de derde plaats blijkt het belang van de op 27 maart 2012 verkregen informatie uit de omstandigheid dat de verklaringen van [G] door SBM zowel tijdens als onmiddellijk na het gesprek daadwerkelijk uitermate serieus worden genomen. De door [G] gegeven informatie, al dan niet in combinatie met de gebeurtenissen die aanleiding hebben gegeven voor het Interne Onderzoek en de voorlopige bevindingen daarvan, blijkt voldoende om te kunnen vrezen voor het voortbestaan van de onderneming. Te wijzen valt onder meer op de volgende verklaringen tijdens het gesprek:

[F] : *“We want to keep our 6000 people gainfully employed and obviously if there came about the termination of our various leases ...”*

[A]: *“But most of our clients could terminate us on the basis of what could be seen as illicit payments or so ...”*

[...]

[N]: *“But it’s not only about leasing. We want the continuation of the company, we have responsibilities to staff, clients, you name it. And that has to be taken into account – that’s the big issue”*.

[...]

[A]: *“Today my biggest concern is to try and find ways to protect SBM, that’s my biggest concern. With all the information which I have found over the past two months, I have question marks about that.”*⁴³

⁴² Onofficieel transcript van de vergadering van de Raad van Commissarissen van 5 april 2012, opgesteld door [F].

⁴³ Bijlage ‘Spraak0005 – Copy.vlc’ bij de e-mail van [U] aan [V] van 20 februari 2015, ‘RE: VLC’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 23 van 75

[G] bepleit dat de problematiek niet groter moet worden gemaakt dan nodig.⁴⁴ [N] merkt op: *“As long as there is no evidence of money movements in bank accounts there is no hard proof.”* En [A]: *“All of us need to protect each other. We need to look at SBM’s interest. [...] I just cannot tell you where we will ... let’s not kill ourselves.”*

De informatie van [G] is kortom geloofwaardig en ernstig genoeg om te leiden tot discussies over de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden. [...]

Juridische analyse van de 27 maart Informatie

Op grond van de hierboven uiteengezette feiten en omstandigheden is de AFM tot het oordeel gekomen dat SBM op 27 maart 2012 over dermate sterke en gevarieerde aanwijzingen voor onrechtmatige verkooppraktijken via haar agent in Brazilië beschikte dat uiterlijk op die datum redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat in de toekomst zou worden vastgesteld dat in haar verkooppraktijk in Brazilië sprake is geweest van omkoping. Hiermee beschikte SBM over concrete informatie in de zin van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft. De AFM is – met SBM – van mening dat uit de bovenstaande feiten en omstandigheden nog niet volgt dat SBM op deze datum beschikte over objectief bewijs van omkoping door haar handelsagent in Brazilië, dan wel dat zij toen op nauwkeurige wijze de ernst, omvang en toedracht daarvan had kunnen vaststellen. De AFM verwijt SBM dan ook niet dat zij voorwetenschap achterhield (of had) over het *hebben plaatsgevonden* van omkoping. De AFM komt echter wel tot het oordeel dat SBM op 27 maart 2012 redelijkerwijs mocht aannemen dat in de toekomst omkoping zou worden vastgesteld. De op 27 maart 2012 bekende informatie vormde daarmee een tussenstap die verband hield met de toekomstige vaststelling dat de corruptie had plaatsgevonden. Deze informatie was bovendien specifiek genoeg om er een conclusie aan te kunnen verbinden over de invloed daarvan op de koers. Dit licht de AFM als volgt toe.

De AFM brengt in herinnering dat informatie onder meer concreet is wanneer deze betrekking heeft op toekomstige situaties en gebeurtenissen waarvan het op basis van een globale beoordeling van de reeds beschikbare gegevens reëel is te veronderstellen dat zij zullen ontstaan of plaatsvinden. De toekomstige gebeurtenis is de vaststelling dat SBM via haar agenten betrokken is geweest bij corruptie in Brazilië, haar grootste afzetmarkt. Ook tussenstappen die verband houden met de verwezenlijking van deze situatie of gebeurtenis kunnen concrete informatie zijn. De 27 maart Informatie vormt een dergelijke tussenstap, nu op basis van deze informatie redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de omkoping in de toekomst zal worden vastgesteld. Deze uitleg is geheel in lijn met het doel en de strekking van de openbaarmakingsplicht. Pas wanneer (potentiële) beleggers in SBM op de hoogte zijn van de aannemelijke situatie dat in de toekomst omkoping in Brazilië zal worden vastgesteld, kunnen zij hun beleggingsbeslissingen nemen op basis van volledige

⁴⁴ Zo zegt [G] blijkens de geluidsopname van de bespreking op 27 maart 2012: *“because I don’t have a problem with a few hundred thousand dollars, let’s put it this way. To blow it up, to what is it 30 million, I added the numbers, because those guys [de advocaten van SBM, toev. AFM] might say let’s pay all those fines, and it’s nothing to do with [rechtspersoon A], I mean ... you may have a clear conscience at the end and a big bill, and that’s what you’re looking for? I don’t know.....”*. En later: *“what is the drive to clean the history? I would say clean the future, but to clean the whole history with one big wipe... I don’t know ... I can see that the drive from what [A] said when [...] was talking is that [...] wants to clean 25 years of history, through that case of three cars”*. De drie auto’s waarnaar [G] verwijst zijn de auto’s ten aanzien waarvan [rechtspersoon A] bewijs heeft gevonden dat zij zijn gebruikt als smeergelden.

informatie. Het achterhouden van deze informatie valt niet te verenigen met het doel van de openbaarmakingsplicht, namelijk het vergroten van het vertrouwen van de beleggers in de financiële markten door, onder meer, informatie-asymmetrie zoveel mogelijk tegen te gaan. Zoals het Hof in het *Geltl*-arrest heeft bevestigd, moet worden voorkomen dat door een te restrictieve uitleg van het begrip ‘concrete informatie’ personen die over voorwetenschap beschikken, hieruit oneerlijk voordeel kunnen halen ten nadele van derden die hiervan niet op de hoogte zijn.⁴⁵

Dat het (waarschijnlijk) hebben plaatsgevonden van omkoping een historische situatie betreft, zoals SBM op zichzelf terecht opmerkt, maakt niet dat aan een toekomstige kwalificatie van deze situatie geen gewicht meer kan toekomen. Zo houdt CESR al in 2007 expliciet rekening met de mogelijkheid dat voorwetenschap betrekking heeft op een toekomstige situatie die het gevolg is van een gebeurtenis uit het verleden waarvan de omvang of betekenis nog niet vaststaat. In het bijzonder wijst CESR op “*product liability or environmental damages cases*” en “*legal disputes*” als voorbeelden van voorwetenschap.⁴⁶ Kenmerkend aan deze voorbeelden is dat zij betrekking hebben op een mogelijk in de toekomst te verwezenlijken risico (zoals de veroordeling tot het betalen van schadevergoeding), terwijl de daadwerkelijke verwezenlijking van dit risico deels afhankelijk zal zijn van een situatie die in het verleden heeft plaatsgevonden (zoals een productiefout). Zelfs indien nog niet vaststaat of de bedoelde situatie zich daadwerkelijk heeft voorgedaan – dat kan nu juist het voorwerp van geschil zijn – kan de toekomstige kwalificatie daarvan concrete informatie zijn die onder omstandigheden openbaar moet worden gemaakt. Hetzelfde juridische kader geldt wanneer een onderneming als zeer ernstig te nemen signalen bereiken over gebeurtenissen uit het verleden, ook wanneer de precieze aard en omvang van deze gebeurtenissen nog nader onderzoek behoeft.⁴⁷

De omstandigheid dat nader onderzoek nodig is naar de ernst en omvang van een situatie, kan een onderneming niet zonder meer ontslaan van haar openbaarmakingsplicht. De op zichzelf gerechtvaardigde noodzaak om de juistheid van informatie te verifiëren kan namelijk niet tot gevolg hebben dat voorwetenschap gedurende een uitgestrekte periode aan de openbaarheid wordt onttrokken om daarmee de betrokken onderneming in de gelegenheid te stellen, de resultaten van het onderzoek af te wachten.⁴⁸ Een andere benadering zou geen recht doen aan het hierboven beschreven doel van de openbaarmakingsplicht, namelijk het creëren van transparantie zodat beleggers op voet van gelijkheid hun beleggingsbeslissingen kunnen nemen. Het verrichten van onderzoek kan kortom geen vrijbrief zijn voor het niet openbaar maken van voorwetenschap. Dat geldt zeker in een situatie

⁴⁵ HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Geltl/Daimler*, r.o. 47.

⁴⁶ CESR, Market Abuse Directive. Level 3 – second set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, CESR/06-562b.

⁴⁷ Zie ook Handboek Marktmissbruik, p. 104: “Bij wijze van aanvulling noem ik hier nog het voorbeeld van tussenstappen in een juridisch proces, dat kan lopen vanaf de aankondiging van een megaclaim tot aan de definitieve rechterlijke beslissing, of van de beschuldiging van wanbeleid tot aan de einduitspraak van de Ondernemingskamer. Ook het besluit tot het instellen van een intern fraudeonderzoek zal in voorkomend geval kunnen gelden als een tussenstap die voorwetenschap inhoudt.”

⁴⁸ Zie in dat kader ook Handboek Marktmissbruik, par. 7.1: “Het moment van publicatie zal vaak nauw luisteren. Enerzijds hoeft een persbericht niet uitgebracht te worden zodra bijvoorbeeld een klokkenluidersmelding is gedaan, en moet de onderneming de tijd hebben om te onderzoeken wat er aan de hand is; anderzijds moet dat onderzoek wel voortvarend uitgevoerd worden, en bovendien: voor de impact op het toekomstige resultaat is vaak niet nodig te weten hoe precies de vork in de steel zit.”

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	25 van 75

als de onderhavige, waarin het onderzoek gefaseerd plaatsvindt,⁴⁹ bijna twee jaar voortduurt, en alle aanleiding bestaat om aan te nemen dat op grote schaal sprake is geweest van omkoping door de agenten van SBM.

Evenmin is de bij SBM op 27 maart 2012 bekende informatie gedurende het Interne Onderzoek ontkracht of van kleur verschoten in die zin dat niet meer redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat omkoping zou worden vastgesteld. Ter toelichting wijst de AFM op de volgende omstandigheden:

- Alle van de op 27 maart 2012 bekende *red flags* zijn gedurende het onderzoek en ook daarna blijven bestaan. Dit blijkt onder meer uit de aangifte die SBM op 2 mei 2014 bij het OM heeft gedaan en het verslag van een bespreking van [B] met [rechtspersoon VV] op 21 februari 2014;⁵⁰
- Gedurende het onderzoek is ten aanzien van Brazilië een nieuwe *red flag* gevonden, namelijk dat [H] beschikte over vertrouwelijke informatie van [rechtspersoon VV];⁵¹
- Gedurende het onderzoek is klaarblijkelijk geen bewijs gevonden dat de op 27 maart 2012 bekende informatie kon ontkrachten;
- Tijdens het Interne Onderzoek zijn bewijzen gevonden die verder gewicht toekenden aan de verklaring van [G], dat de betalingen aan [H] werden gesplitst over [...] onshore en offshore bedrijven;⁵²
- De resultaten van het Interne Onderzoek leunden in sterke mate op de constatering dat weliswaar *red flags* werden aangetroffen, maar dat geen bewijs kon worden gevonden voor de betaling van gelden aan overheidsmedewerkers of de vertegenwoordigers van cliënten zoals [rechtspersoon VV].⁵³ Nu SBM niet over de onderzoeksmogelijkheden beschikte om dit bewijs te vinden⁵⁴ – door inzage te verkrijgen in de Zwitserse bankrekeningen van de offshore ondernemingen van [H] – betekende het uitblijven van dit bewijs op geen enkele manier dat niet meer redelijkerwijs mocht worden aangenomen dat in de toekomst omkoping zou worden vastgesteld;
- Tegelijkertijd was de beoordeling door de bevoegde autoriteiten nog niet afgerond en is Brazilië betrokken in de aangifte die SBM op 2 mei 2014 bij het OM heeft gedaan in de omkopingszaak;

⁴⁹ Brazilië wordt pas in oktober 2012 in het onderzoek betrokken. Notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur van SBM van 17 oktober 2012; bijlage bij de e-mail van [N] van 22 oktober 2012, 'Confidential: BoM meeting dd. 17 October'.

⁵⁰ 'Statement term', bijlage bij de brief van [de gemachtigde van SBM] aan de AFM van 9 juni 2016, betr. 'SBM Offshore N.V. – beantwoording informatieverzoek d.d. 12 mei 2016; Brief van SBM aan de Vereniging VEB NCVB van 26 mei 2015, randnrs. 13 en 8.

⁵¹ Aangifte door SBM Offshore N.V. d.d. 2 mei 2014, randnr. 5.4.13. Hierover staat in de aangifte: "Het interne onderzoek heeft slechts enkele documenten geïdentificeerd, die vertrouwelijke en gevoelige informatie bevatten met betrekking tot [rechtspersoon VV] projecten. Voorbeelden van deze documenten zijn interne verslagen voorbereid door het [rechtspersoon VV] management, prijsinformatie met betrekking tot een concurrerend bod, een intern [rechtspersoon VV] ontwikkelingsplan met daarop de vermelding Confidential not for distribution en logboeken waarin vragen van concurrenten staan beschreven, evenals ook de antwoorden van [rechtspersoon VV], gesteld tijdens de biedingsprocedure. Niet duidelijk is om hoeveel documenten het gaat."

⁵² Aangifte door SBM Offshore N.V. d.d. 2 mei 2014, randnr. 5.4.9; Gespreksverslag van de bespreking tussen [B] en [rechtspersoon VV] op 21 februari 2014: 'Statement term', bijlage bij de brief van [de gemachtigde van SBM] aan de AFM van 9 juni 2016, betr. 'SBM Offshore N.V. – beantwoording informatieverzoek d.d. 12 mei 2016.

⁵³ Brief van SBM aan de Vereniging VEB NCVB van 26 mei 2015, randnr. 13.

⁵⁴ Zoals zij zelf ook heeft benadrukt in haar concept-persbericht naar aanleiding van het Novum (zie hierna paragraaf 4.2.1), 2014.05.26 FRED – draft press release v3, en de brief van SBM aan [rechtspersoon VV] van 27 mei 2014, 'Your letter (Convite [kenmerk] e [kenmerk]) of 24 May 2014...'. Ook: Persbericht van het OM van 12 november 2014, 'SBM Offshore N.V. betaalt US\$ 240.000.000 wegens omkoping': "Deze bevindingen zijn het resultaat van onderzoeksmethoden die niet ter beschikking staan aan SBM Offshore".

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	26 van 75

- De FIOD heeft op 11 februari 2014, volgend op de berichtgeving in Wikipedia en de Quote, besloten om ten aanzien van Brazilië niet enkel het Interne Onderzoek te beoordelen maar om zelfstandig onderzoek in te stellen.⁵⁵

3.2.2 De 27 maart Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM

De 27 maart Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM. Immers, de besproken verkooppraktijken betreffen die van SBM.

3.2.3 De 27 maart Informatie is niet openbaar gemaakt

Op 27 maart 2012, het moment van de aanvang van de overtreding, is de 27 maart Informatie niet openbaar gemaakt. SBM heeft daarover voor het eerst in het persbericht van 2 april 2014 het publiek geïnformeerd. De informatie was in de periode van 27 maart 2012 tot 2 april 2014 ook niet op andere wijze voor iedereen kenbaar, zoals hierna nader wordt toegelicht in paragraaf 3.2.5.

3.2.4 Openbaarmaking van de informatie zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten

De 27 maart Informatie kon zonder meer significante invloed hebben op de koers van de aandelen van SBM. In de eerste plaats kon de informatie, dat SBM kennis heeft genomen van bepaalde verkooppraktijken in Brazilië die mogelijk onrechtmatig zijn geweest een negatieve impact hebben op de relatie met de klanten van SBM, waaronder haar belangrijkste klant [rechtspersoon VV] (verantwoordelijk voor ongeveer 50% van de omzet van SBM).⁵⁶ Zoals hierna wordt besproken in hoofdstuk 5 van dit besluit heeft de latere bekendwording van door [H] verrichte betalingen aan een medewerker van [rechtspersoon VV] (**het Novum**) er ook daadwerkelijk toe geleid dat SBM door [rechtspersoon VV] werd uitgesloten van twee belangrijke tenders. In de tweede plaats kon de informatie voor kapitaalverstrekkers aanleiding vormen om hun samenwerking met SBM te staken of te heroverwegen.⁵⁷ Klanten van SBM vragen daarnaast regelmatig verklaringen en/of garanties van SBM over naleving van geldende wetgeving, waaronder de FCPA.⁵⁸ Indien daadwerkelijk zou worden vastgesteld dat SBM zich schuldig had gemaakt aan omkoping, kon dit, ten derde, leiden tot boeteoplegging door of schikkingen met de bevoegde autoriteiten. Om deze redenen zou openbaarmaking van de 27 maart Informatie relaties met opdrachtgevers en kapitaalverstrekkers zwaar onder druk zetten of zelfs doen beëindigen, waardoor de omzet onder druk zou komen te staan en een sterke negatieve impact op de koers viel te verwachten. Het verbaast daarom niet dat analisten hun adviezen mede baseerden op inschattingen van de (financiële) implicaties van het door SBM verrichte onderzoek naar mogelijke corruptiepraktijken.⁵⁹ Om deze redenen mag worden aangenomen

⁵⁵ E-mail van [B] aan [A] en [D] van 11 februari 2014, 'OM'.

⁵⁶ Zie de analyserapporten volgend op de bekendwording van de uitsluiting, bijlage bij de e-mail van [NN] aan [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, 'Analyst Reports'.

⁵⁷ Zie e-mailwisseling tussen [X] en [Y] van 7 april 2013, 'RE: [...] Plan – Compliance with Laws and Ethics', waaruit blijkt dat externe partners hun zorgen uiten over het interne onderzoek; e-mailwisseling tussen [Z] en [B] van 7 februari 2014, 'Fwd: MOST CONFIDENTIAL – questions regarding recent media reports'; E-mail van [Z] aan [D], [A] en [B] van 13 december 2012, 'FW: Legacy issues'.

⁵⁸ Zie de reactie van SBM bij brief van 3 november 2017 op het informatieverzoek van september 2017 (randnr. 17, voetnoot 3).

⁵⁹ E-mail van [AA] aan [A], [D], [B] en [BB] van 28 maart 2013, 'Press release- Analysts' comments'.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	27 van 75

dat de redelijk handelende belegger de 27 maart Informatie had willen gebruiken om zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.

3.2.5 Duur van de overtreding

De overtreding heeft voortgeduurd tot het moment dat SBM de informatie alsnog openbaar heeft gemaakt, op 2 april 2014.⁶⁰ Gedurende de periode van overtreding heeft SBM diverse berichten gepubliceerd die in meer of mindere mate raakten aan de onderwerpen waarop de voorwetenschap betrekking had. Anders dan SBM meent, heeft zij hiermee niet voldaan aan de plicht om de voorwetenschap openbaar te maken, zoals blijkt uit de persberichten zelf en wordt bevestigd door de daarop volgende gebeurtenissen. De AFM bespreekt in chronologische volgorde de verschillende relevante gebeurtenissen.

Persbericht van 10 april 2012

Het persbericht van 10 april 2012 bevat de volgende tekst:

“In 2011, SBM Offshore’s Management Board launched a review of the Company’s compliance procedures, including its anti-corruption guidelines, and their implementation. The addition of a Management Board position reflects the determination of SBM Offshore’s new [(oud)-bestuurder], [A], and of the Raad van Commissarissen to establish a robust compliance culture throughout the Company. As part of this review, the Company has recently become aware of certain sales practices involving third parties and which may have been improper. Outside counsel and forensic accountant, reporting to both the Management and Supervisory Boards, have been engaged to investigate these practices thoroughly. The Company has also taken the necessary steps to terminate such practices. SBM offshore has disclosed its internal investigation to appropriate authorities and is taking remedial action to enhance its compliance programme.”

Volgens SBM zal het belegend publiek op basis van dit bericht zeer wel in de gelegenheid zijn geweest om te begrijpen dat ook Brazilië betrokken kon zijn. Dit zou ook blijken uit een koersdaling van 11,7% volgend op dit persbericht. SBM wijst er in dat kader op dat het persbericht tevens vermeldt dat de start van het Interne Onderzoek was gemeld bij de relevante autoriteiten en dat SBM een CGCO heeft aangesteld, en benadrukt dat het persbericht geen geografische beperking aanbrengt.

Naar het oordeel van de AFM heeft SBM door de publicatie van het persbericht van 10 april 2012 echter niet (alsnog) de voorwetenschap openbaar gemaakt. Hoewel met het persbericht enige openheid wordt geboden over problemen in de ‘*compliance culture*’ binnen de onderneming en mogelijk onzuivere verkooppraktijken, waarop de markt met een koersdaling heeft gereageerd, mist de belegger namelijk nog steeds essentiële informatie over de reikwijdte van het probleem. In het bijzonder bagatelliseert het persbericht de mate waarin de toekomstige vaststelling van omkoping de financiële positie van SBM kan raken, met name doordat niet blijkt dat ook aanwijzingen bestaan voor omkoping in Brazilië. Zo kan uit het persbericht, bijvoorbeeld door de verwijzing naar ‘*certain sales practices*’, de indruk ontstaan dat het gaat om perifere aangelegenheden terwijl er

⁶⁰ De verplichting om relevante inlichtingen te verstrekken blijft bestaan zolang die relevante informatie nog niet is gemeld. Zolang die melding niet is geschied, blijft sprake van schending van die inlichtingenplicht. CRvB 28 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4614, r.o. 7.3, met verwijzingen.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	28 van 75

in werkelijkheid ernstig rekening mee moest worden gehouden dat enkele van de belangrijkste projecten van SBM (en dus een groot deel van haar winst) het gevolg waren van deze activiteiten.

Dat het beleggend publiek de ernst van de situatie mede heeft kunnen afleiden uit de – op dat moment unieke – aanstelling van een CGCO, vindt de AFM niet reëel. Dat zou hooguit het geval kunnen zijn als deze aanstelling het gevolg zou zijn geweest van het bekendmaken met de omkopingsproblematiek. Dat blijkt echter niet uit het persbericht, dat de aanstelling juist in het licht plaatst van de wens van SBM om haar compliance cultuur aan te scherpen, terwijl de problematische verkooppraktijken zouden zijn ontdekt als gevolg van de lopende controle van de compliance procedures. SBM heeft een verband tussen het Interne Onderzoek en de aanstelling tegenover de AFM destijds overigens ook met zoveel woorden ontkend. Toezichthouders van de AFM hebben op 13 april 2012 opgetekend dat SBM heeft gemeld dat zij eerder al de intentie had de post ‘Compliance’ hoger in de organisatie te plaatsen.⁶¹ Dit komt overeen met de toelichting van SBM, dat parallel aan het Interne Onderzoek de betalingen aan SBM’s handelsagenten in bredere zin werden onderzocht door de *Task Force*.⁶²

Ook uit de gebeurtenissen na 10 april 2012 blijkt dat SBM op basis van het persbericht niet aan haar openbaarmakingsplicht heeft voldaan. De AFM zet deze gebeurtenissen hieronder uiteen.

[rechtspersoon P] verzoekt om informatie, 13 december 2012

Op 13 december 2012 verzoekt een analist van [rechtspersoon P], [CC], een medewerker van SBM om te reageren op de bij [...] bekende informatie over door agenten verrichte onrechtmatige betalingen, het onderzoek naar Angola en Brazilië, de hoogte van de in het onderzoek betrokken bedragen en de risico’s voor SBM.⁶³ De medewerker van SBM brengt [A], [B] en [D] op de hoogte van dit verzoek en voegt daaraan toe:

“[rechtspersoon P] seems to be very informed...and this is scary, especially in light of the fact that [rechtspersoon P] is the Facility Agent of the [Project] Financy and that this kind of information could trigger an event of default under Loan Agreement.
I think that their due diligence is going too far and that we should put an end to their investigation/request, especially if it appears that we don’t necessarily need their subordinated loan.”⁶⁴

Dat de vrees wordt uitgesproken dat – voorheen kennelijk als onbekend veronderstelde – informatie kan leiden tot een situatie van niet-nakoming onder een leenovereenkomst van SBM, bevestigt het vermoeden dat SBM de markt op basis van het persbericht van 10 april 2012 onvoldoende op de hoogte heeft gebracht van de voorwetenschap.

Persbericht van 28 maart 2013

Op 28 maart 2013 heeft SBM opnieuw een persbericht gepubliceerd waarin meer gedetailleerde informatie wordt gegeven over het op 10 april 2012 aangekondigde onderzoek naar “*potentially improper sales practices*”.

⁶¹ Verslag van de AFM van 13 april 2012, ‘SBM Offshore –Probleem in de verkooppraktijk-.

⁶² Zienswijze SBM, randnr. 43.

⁶³ E-mail van [CC] aan [Z] van 13 december 2012.

⁶⁴ E-mail van [Z] aan [D], [A] en [B] van 13 december 2012, ‘FW: Legacy issues’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	29 van 75

Vermeld wordt dat dit onderzoek is gestart naar aanleiding van een evaluatie door SBM van haar compliance procedures eind 2011. Daarbij wordt gewezen op *“alleged payments involving sales intermediaries in certain African countries in the period 2007 through 2011”*. Het persbericht vervolgt:

“In the course of the investigation allegations were made of improper payments in countries outside Africa but to date no conclusive proof of such allegations has been established”.

In dit persbericht geeft SBM (meer) openheid van zaken over de omkopingsproblematiek in Afrika. Over de problematiek in Brazilië worden de beleggers in het ongewisse gelaten. Sterker nog: het persbericht wekt de indruk dat de door SBM gesignaleerde (mogelijke) corruptie slechts bepaalde Afrikaanse landen raakt en enkele overige landen in dezelfde orde van grootte. Uit niets blijkt dat ernstige vermoedens zijn gerezen ten aanzien van de veruit grootste afzetmarkt van SBM. Zodoende wordt (opnieuw) het belegend publiek op het verkeerde been gezet.

Artikelen in Wikipedia (18 oktober 2013) en Quote (7 februari 2014)

Dat met de persberichten van 10 april 2012 en 28 maart 2013 geen openheid van zaken is gegeven, blijkt opnieuw naar aanleiding van een op 6 februari 2014 gepubliceerd artikel van het tijdschrift Quote dat is gebaseerd op informatie die door [F] op 18 oktober 2013 op Wikipedia is geplaatst.⁶⁵ In dit artikel staat onder meer de volgende tekst:

“Een voormalige medewerker van SBM heeft een grote hoeveelheid informatie over mogelijke fraudezaken door medewerkers van SBM Offshore op internet geplaatst, waarin wordt gerept over omkoping van functionarissen in Angola, het eveneens in West-Afrika gelegen Equatoriaal-Guinea, Brazilië, Maleisië, Irak, Kazachstan en Italië. Ook zijn fragmenten uit transcripties van ‘opnames’ gepubliceerd waaruit zou blijken dat (leden van) de Raad van Bestuur en (leden van) de Raad van Toezicht al jarenlang op de hoogte zijn van de malafide praktijken. De top van het bedrijf zou deze zaken met opzet proberen te verhullen. In totaal zou tussen 2005 en 2011 \$250 miljoen zijn besteed aan steekpenningen.

[...]

In Brazilië zou voor diensten \$139 miljoen zijn betaald aan een Braziliaanse zaken[...] en [...] bedrijvengroep, waarvan 2% als omkoopgeld is doorbetaald aan medewerkers van [rechtspersoon VV], het Braziliaanse oliebedrijf. De Braziliaan mocht volgens de oud-medewerker 1% voor zichzelf houden.”

Op basis van dit artikel ontvangt het publiek voor het eerst aanwijzingen dat de omkopingsproblematiek zich ook uitstrekke tot Brazilië en mogelijk veel groter is dan tot op dat moment werd aangenomen.

⁶⁵ Quote 6 februari 2014, ‘Gestolen info SBM Offshore rept over fraude \$250 miljoen en betrokkenheid topbestuurders’. [F] heeft SBM verlaten en is rond de publicatie van het artikel in Wikipedia verwickeld in discussies met SBM, waarin [F] zichzelf ziet als klokkenluider, terwijl [...] handelswijze (waaronder de publicatie op Wikipedia) door SBM wordt geduid als chantage.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 30 van 75

De markt blijkt onaangenaam verrast door het artikel. SBM wordt door meerdere analisten benaderd met vragen.⁶⁶ Een analist van [rechtspersoon P] schrijft in een e-mail aan [DD], [functie] van SBM: *"I hope you are aware how sensitive this info is for the market."*⁶⁷ Die inschatting blijkt te kloppen: de aandelenkoers van SBM is bij de opening van de beurs op 7 februari 2014 met 18% gedaald.⁶⁸ De toegenomen onzekerheid als gevolg van het Quote artikel leidt er onder meer toe dat SBM wordt verwijderd van de '[rechtspersoon Q] [lijst]'⁶⁹ en van de '[lijst]' van [rechtspersoon R],⁷⁰ dat de pensioenfondsen [naam] en [naam] vaagtekens stellen bij de financiering van projecten van SBM⁷¹ en dat investeerders hun posities in SBM afbouwen.⁷² Hoewel SBM zich op het standpunt stelt dat de negatieve reacties ook (of: vooral) kunnen zijn ingegeven door de overige verwijten die SBM in het artikel worden gemaakt, zoals grootschalige betrokkenheid van de top van het bedrijf, is de betrokkenheid van Brazilië wel degelijk relevant. [Rechtspersoon P] meldt:

"Dutch investors were not pleased with the background story of the compliance case. For several investors it was a shock to hear that more countries were involved, including Brazil. As a result, a number of investors started selling SBMO."⁷³

Deze analyse weerspreekt het standpunt van SBM, dat (zoals bevestigd door de koersdaling van 11,7%) het de markt al op basis van het persbericht van 10 april 2012 voldoende bekend moest zijn geweest dat de corruptieproblematiek zich ook uitstrekte tot Brazilië. Hoewel het mogelijk is dat een deel van het beleggend publiek begreep, of ermee rekening hield, dat mogelijk ook Brazilië betrokken was, kwam deze betrokkenheid blijkens de reacties op met name het Quote-artikel voor een goed deel als een onprettige verrassing. Van het algemeen verkrijgbaar stellen van de voorwetenschap is aldus geen sprake geweest.

Persbericht van 7 februari 2014

SBM neemt onmiddellijk afstand van het Quote-artikel en de beschuldigingen van [F]. In een persbericht van 7 februari 2014 geeft zij aan dat deze beschuldigingen verband houden met het Interne Onderzoek, dat zoals

⁶⁶ Zie e-mailwisseling van 6 februari 2014 tussen [B], [D], [DD] en [A] en [EE], 'RE: [G] story', e-mail van 6 februari 2014 van [DD] aan [D], [A], [B], [GG], [HH] en [EE], 'Bribery', e-mailwisseling van 6 februari 2014 tussen [DD], [B], [D], [A], [HH] en [EE], 'Fwd: What to think about this?!?!', e-mailwisseling van 6 februari 2014 tussen [DD], [A], [D], [B], [HH] en [EE], 'Fwd: Quote', en e-mailwisseling van 6 februari 2014 tussen [D] en [B], 'Fwd; Ter info'.

⁶⁷ Zie e-mailwisseling tussen [B] en [HH] van 6 februari 2014, 'Fwd: Background'.

⁶⁸ Zie notulen telefonische conferentie raad van bestuur en raad van Commissarissen van 9 februari 2014, 'Record note of the telephone conference with the supervisory board and the management board held on 9 February 2014 at 07.30 P.M. C.E.T.'.

⁶⁹ Zie e-mail van 7 februari 2014 van [NN] aan [D], [A] en [B]. 'Fwd: [rechtspersoon Q]: SBM Offshore (EUR 13.66 – Buy): Documents suggest bribes were huge'.

⁷⁰ Zie e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [DD], [B], [A], [D] en [GG] en [AA], 'Fwd: [rechtspersoon R] [naam rapport]: [...], SBM Offshore'.

⁷¹ Zie e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [Z] en [B], 'Fwd: [...], en e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [Z], [B], [A] en [D], 'Fwd: MOST CONFIDENTIAL – questions regarding recent media reports'.

⁷² Zie e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [DD], [D], [A], [B] en [HH] en [EE], 'FW: [rechtspersoon R] – Investor Feedback SBM Offshore (07-02-2014)', en e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [DD], [D], [A], [B] en [HH] en [EE], 'FW: [rechtspersoon P] Investor Comments SBM Offshore – Compliance case'.

⁷³ Zie e-mailwisseling van 7 februari 2014 tussen [DD], [D], [A], [B] en [HH] en [EE], 'FW: [rechtspersoon P] Investor Comments SBM Offshore – Compliance case'.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	31 van 75

bekend door externe onderzoekers zou worden uitgevoerd en waarover SBM aan zowel investeerders als de bevoegde autoriteiten openheid van zaken zou hebben gegeven. Het persbericht vervolgt:

“As mentioned by the Company in its comments to yesterday’s 2013 earnings release, the investigation centers around potentially improper sales practices in two countries in Africa, and in one other country outside of Africa. As previously stated, it is not yet possible to provide further information or an estimate of the potential outcome, financial or otherwise.

The document published on the internet is not a Company produced document. Since the investigation is still ongoing, SBM Offshore cannot comment on its contents, however it is safe to note that it is partial, taken out of context and to the extent factually correct, is outdated. As such, it is not representative of the facts as the Company understood them then, or understands them now. The Company denies any allegations of containment.”

De AFM constateert dat SBM ook nu niet heeft voldaan aan haar openbaarmakingsplicht. Hoewel het Quote-artikel er voor het eerst publiekelijk over rept dat ook de Brazilië in het omkopingsonderzoek is betrokken, neemt SBM van de inhoud van dat artikel nog op dezelfde dag afstand. Over de reikwijdte van het Interne Onderzoek vermeldt SBM dat het gaat om twee landen in Afrika en één land daarbuiten, waarmee opnieuw wordt verhuld dat het in werkelijkheid gaat om de belangrijkste afzetmarkt Brazilië. Dit blijkt ook uit een e-mailwisseling die op 7 februari 2014 plaatsvindt tussen [A] en [B]. De aanleiding is een vraag van een medewerker van [rechtspersoon VV], [FF], aan de [functie] van SBM, [Y]. Op 7 februari 2014 vraagt [FF]:

“[...] when it is mentioned that ‘investigation centers ...in one other country outside Africa’, please confirm to me that this country is not Brazil.”

[A] verzoekt [B] om hierop een antwoord te formuleren, waarop [B] reageert:

“Pff.

We will tell [FF] in confidence it is Brazil but assure [FF] we will at no time share that with anyone except the authorities.”⁷⁴

Hiermee wordt opnieuw bevestigd dat de informatievoorziening aan het belegend publiek op zijn minst niet volledig was, hetgeen SBM ook bekend was en bovendien haar bedoeling lijkt te zijn geweest. Dit, terwijl de bekendheid met deze informatie evident van belang was om daarop de nodige beleggingsbeslissingen op te baseren. Ook de bovenstaande e-mailwisseling weerspreekt het standpunt van SBM dat het de markt al voldoende bekend was of kan zijn geweest dat de corruptieproblematiek zich ook uitstreckte tot Brazilië. Als dit het geval was geweest, had [FF] geen bevestiging nodig gehad en had SBM niet de kennelijke noodzaak gevoeld om de informatie over Brazilië zo veel mogelijk onder de pet te houden.

⁷⁴ E-mail van [B] aan [A] van 7 februari 2014, ‘Re: question – From [FF]’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	32 van 75

Ook op basis van deze omstandigheden moet worden geconcludeerd SBM de haar bekende voorwetenschap niet op 27 maart 2012, maar ook niet op een ander moment vóór 2 april 2014 openbaar heeft gemaakt op een zodanige wijze dat de deelnemers op de markt volledig, correct en tijdig zijn geïnformeerd en in staat zijn gesteld om weloverwogen en gefundeerde aankoop- en verkoopbeslissingen te nemen.

Einde van de overtreding: persbericht van 2 april 2014

Pas op 2 april 2014 heeft SBM openbaar gemaakt dat zij beschikte over informatie over vermoedelijke omkoping in Brazilië en daarmee de overtreding beëindigd. Het persbericht vermeldt:

“In respect of Angola and Equatorial Guinea there is some evidence that payments may have been made directly or indirectly to government officials;
In respect of Brazil there were certain red flags but the investigation did not find any credible evidence that the Company or the Company’s agent made improper payments to government officials (including state company employees). Rather, the agent provided substantial and legitimate services in a market which is by far the largest for the Company;
The Company voluntarily reported its internal investigation to the Dutch Openbaar Ministerie and the US Department of Justice in April 2012. It is presently discussing the disclosure of its definitive findings with the Openbaar Ministerie, whilst simultaneously continuing its engagement with the US Department of Justice. New information could surface in the context of the review by these authorities or otherwise which has not come up in the internal investigation to date”.

3.2.6 Reactie AFM op overige aspecten zienswijze ten aanzien van de 27 maart Informatie

Voor zover in het bovenstaande niet al op de in paragraaf 3.1 weergegeven zienswijze van SBM is gereageerd, overweegt de AFM als volgt.

SBM heeft zich op het standpunt gesteld dat onverwijlde openbaarmaking van de 27 maart Informatie zou hebben betekend dat zij [rechtspersoon VV] publiekelijk zou beschuldigen van deelname aan omkoping, zonder daarvoor bewijs te hebben.

Reactie AFM: Een dergelijke omstandigheid doet niet af aan de kwalificatie van de informatie als voorwetenschap. Voor zover SBM heeft beoogd, een (subsidiar) beroep te doen op een uitstelrecht, merkt de AFM op dat SBM op geen enkele wijze heeft toegelicht waarom volgens haar de vertrouwelijkheid van de informatie was gewaarborgd of van uitstel geen misleiding te duchten viel. De AFM betwist daarnaast uitdrukkelijk dat de door SBM naar voren gebrachte omstandigheid kan leiden tot een rechtmatig belang om publicatie uit te stellen. Het stond SBM immers vrij om haar beleggers te informeren over de bij haar bekende informatie over de vermoedelijke omkooppraktijken, zonder deze praktijken als een vaststaand gegeven te melden.⁷⁵ Daarbij kon SBM tevens haar eigen mening geven over de gevolgen en de context van de mogelijke omkoping.

⁷⁵ Zie, in de context van het recht van ondernemingen om niet *aan hun eigen veroordelingen* mee te werken, Handboek Marktmissbruik, p. 318.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	33 van 75

SBM heeft daarnaast de vrees uitgesproken dat de AFM zich mede heeft laten beïnvloeden door gebeurtenissen die zich sinds de transactie tussen SBM en het OM van 12 november 2014 hebben voorgedaan.

Reactie AFM: Deze gebeurtenissen maken geen deel uit van de feitelijke grondslag van de bovenstaande beoordeling, die zelfstandig de conclusie draagt dat SBM beschikte over voorwetenschap die zij niet onverwijld openbaar heeft gemaakt. Zij zijn in zoverre ook irrelevant, nu voor de vaststelling van de overtreding slechts van belang is of SBM in de periode van 27 maart 2012 tot 2 april 2014 redelijkerwijs moest aannemen dat omkoping zou worden vastgesteld, en niet wat er later naar boven is gekomen.

3.3 Conclusie ten aanzien van de 27 maart Informatie

De AFM komt tot de conclusie dat SBM uiterlijk op 27 maart 2012 over voorwetenschap kwam te beschikken. Deze voorwetenschap betreft de informatie dat SBM kennis heeft genomen van bepaalde verkooppraktijken in Brazilië die mogelijk onrechtmatig zijn geweest (de 27 maart Informatie). De 27 maart Informatie heeft SBM op grond van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft onverwijld algemeen verkrijgbaar moeten stellen. Dit heeft zij echter nagelaten, waarmee zij dit artikel heeft overtreden. Van een recht op uitstel voor SBM van deze plicht is niet gebleken. Pas op 2 april 2014 is de overtreding beëindigd doordat SBM de voorwetenschap openbaar heeft gemaakt.

4. De 27 mei Informatie

De AFM heeft onderzocht of SBM in de periode van 27 mei 2014 tot 12 november 2014 opnieuw heeft gehandeld in strijd met de openbaarmakingsplicht van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft ten aanzien van informatie over mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken in Brazilië. Op 27 mei 2014 heeft SBM namelijk tijdens een bespreking met het OM en de FIOD inzage gekregen in een flowchart waarop bepaalde betalingen van [H] aan een medewerker schematisch zijn weergegeven (**de Flow Chart**). Deze inzage volgde op een mededeling van het OM aan SBM, dat betalingen zijn aangetroffen van [H] aan een medewerker van [rechtspersoon VV] (het Novum). In het onderzoeksrapport is de AFM tot de conclusie gekomen dat SBM op 27 mei 2014 beschikte over voorwetenschap, namelijk dat SBM, in weerwil van het beeld in de markt dat is ontstaan als gevolg van het persbericht van 2 april 2014, (opnieuw) kennis heeft genomen van bepaalde verkooppraktijken in Brazilië die mogelijk onrechtmatig zijn geweest. Hierna wordt korthedshalve verwezen naar '**de 27 mei Informatie**'. Met deze conclusie kan SBM zich niet verenigen. Hieronder wordt eerst de zienswijze van SBM op dit punt weergegeven (paragraaf 4.1), gevolgd door de beoordeling door de AFM (paragraaf 4.2) en de conclusie ten aanzien van de 27 mei Informatie (paragraaf 4.3).

4.1 Zienswijze van SBM over de 27 mei Informatie

SBM stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat de AFM de verkeerde maatstaf toepast op de kwestie of de informatie op 27 mei 2014 kan worden gekwalificeerd als concreet. De juiste maatstaf is of SBM op deze datum over objectief bewijs beschikte dat omkoping in Brazilië zou aantonen (zie ook hierboven, paragraaf 3.1). Hoe dan ook heeft SBM op 27 mei 2014 als gevolg van de weergave van de Flow Chart niet redelijkerwijs mogen

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	34 van 75

aannemen dat in de toekomst omkoping zou worden vastgesteld in haar verkooppraktijk in Brazilië. De informatie als weergegeven in de Flow Chart is niet meer dan een schematische weergave van de mededeling die het OM op 21 mei 2014 aan de advocaat van SBM heeft gedaan (het Novum) en is evenmin als het Novum voldoende concreet om als voorwetenschap te kwalificeren.

Het Novum bestond uit de mededeling, op strikt vertrouwelijke basis, dat betalingen waren aangetroffen vanaf Zwitserse bankrekeningen van [H] naar Zwitserse bankrekeningen van een medewerker van [rechtspersoon VV]. Over de precieze oorsprong en aard van de betalingen bestond nog weinig duidelijkheid; hooguit kon niet worden uitgesloten dat de betalingen waren gedaan met gelden verkregen van SBM. Gezien de jarenlange vertrouwensrelatie met [rechtspersoon VV] heeft SBM vervolgens gekozen om de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV] met de nodige voorbehouden op de hoogte te brengen van de nieuwe informatie. SBM heeft daarnaast overwogen een persbericht uit te brengen, maar heeft hiervan om de volgende redenen afgezien:

- De mededeling van het OM was op strikt vertrouwelijke basis gedaan, en was gebaseerd op informatie die de FIOD strikt vertrouwelijk mondeling van de Zwitserse autoriteiten had ontvangen;
- De mededeling was onvolledig, zodat zeer wel mogelijk was dat de aangetroffen betalingen geen betrekking hadden op SBM. SBM had niet de mogelijkheid om dit zelf te verifiëren;
- De mededeling ging niet vergezeld van enige schriftelijke bevestiging. Het OM had op dat moment zelf ook nog geen enkel bewijs ontvangen of gezien, terwijl nader onderzoek van het OM weer een ander licht op de informatie kon werpen. SBM merkt in dat kader op dat de aantekening die een FIOD-medewerker op 17 mei 2014 in [...] logboek heeft gemaakt, althans de betekenis die de AFM daaraan hecht, de daadwerkelijke situatie niet juist weergeeft;
- De onderzoeken van SBM en [rechtspersoon VV] hadden geen bewijs van omkoping in Brazilië aan het licht gebracht, terwijl het Interne Onderzoek wel concrete aanwijzingen had opgeleverd van mogelijke omkoping in Equatoriaal-Guinea en Angola. Anders dan de AFM kennelijk veronderstelt, was het zeker niet ondenkbaar dat het onderzoek naar Brazilië vergelijkbare aanwijzingen zou kunnen hebben opgeleverd;
- Het openbaar maken van de nog onvolledige informatie zou snel kunnen leiden tot speculaties op de markt;
- Het was onduidelijk of de aangetroffen betalingen een structureel of incidenteel karakter hadden, zodat het (ook) om die reden niet goed doenlijk was de implicaties van de informatie te beoordelen.

De onvolledigheid van de informatie wordt bevestigd in het aanvangsproces-verbaal van de FIOD, ruim twee maanden na het Novum, waarin wordt opgemerkt dat nader onderzoek moet uitwijzen wie de uiteindelijke ontvangers zijn van de gelden en dat op het rechtshulpverzoek aan de Zwitserse autoriteiten nog geen formele antwoorden zijn verstrekt. SBM wijst daarnaast op een e-mail die zij op 17 december 2014 van het OM heeft ontvangen:

“Due to the fact that the Dutch Public Prosecutor’s Service (Openbaar Ministerie) received this information under strict confidentiality from the foreign authorities, the Dutch Public Prosecutor’s Service (Openbaar Ministerie) did not share the information with SBM Offshore N.V. Therefore SBM

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	35 van 75

Offshore N.V. did not receive any specific information from the Dutch Prosecutor's Office (Openbaar Ministerie) about these payments to Brazilian Government officials."

Volgens SBM meent de AFM ten onrechte dat de Flow Chart meer gedetailleerde informatie verschafte dan het Novum. Nieuw was echter slechts de vermelding van de namen van de vennootschappen van waaruit betalingen zouden zijn verricht en een uitsplitsing van bedragen die zouden zijn betaald. Dit was geen wezenlijk nieuwe informatie ten opzichte van het Novum. Zodoende was ook de informatie in de Flow Chart onvolledig en moest SBM er rekening mee houden dat het nog altijd zeer wel mogelijk was dat de aangetroffen betalingen geen betrekking hadden op SBM.

SBM stelt zich verder op het standpunt dat de AFM onjuiste conclusies lijkt te verbinden aan een verklaring op 27 mei 2014 van de advocaat van SBM, zoals deze althans in het FIOD-logboek is genoteerd. Volgens dat logboek zou de advocaat hebben gezegd dat "[de] kans inderdaad groot [is] dat er foute betalingen zijn gedaan". Het is zeer onwaarschijnlijk dat de advocaat in kwestie dit inderdaad heeft gezegd. Een spontane erkenning van deze aard is in schikkingsonderhandelingen zoals hier aan de orde zeer ongebruikelijk en weersprekt de eveneens genoteerde verklaring dat een erkenning van gemaakte fouten dan zou worden gebaseerd "op beelden en niet op reële feiten". Ook de – niet met enig bewijs onderbouwde – bewering dat 80% van de omzet van [rechtspersoon J] afkomstig was van SBM heeft niet het gewicht dat de AFM daaraan wil toekennen, nu de gevonden betalingen niet afkomstig waren van [rechtspersoon J] maar van andere offshore entiteiten van [H].

SBM voegt hieraan toe dat aan de koersdaling van 7 februari 2014 volgend op de publicatie in het tijdschrift Quote niet de conclusie mag worden verbonden dat openbaarmaking van mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken logischerwijs tot een koersdaling leidt. Het betrokken artikel zag immers niet alleen op de vermeende omkoping in Brazilië, maar bevatte ook beschuldigingen over geïnstitutionaliseerde en wijdverbreide misdaad over een lange periode. Ten slotte kan niet worden geoordeeld dat de op 27 mei 2014 verkregen informatie kon leiden tot een significante invloed op de koers op de grond dat deze informatie in strijd zou zijn met het beeld dat in de markt zou zijn ontstaan. Ten onrechte suggereert de AFM dat de markt er enkel van uit zou gaan dat geen geloofwaardig bewijs was gevonden en dat [H] legitieme diensten voor SBM had verleend. In de markt was bekend dat er voor Brazilië *red flags* waren aangetroffen en dat (vervolg)onderzoek van de autoriteiten verdere informatie zou kunnen opleveren. De situatie op 27 mei 2014 is hier niet mee in strijd; de *red flags* zijn er nog steeds en het onderzoek van het OM is gaande. De onvolledige, informele informatie die op 27 mei 2014 bij SBM bekend was, maakt dit niet anders.

4.2 Beoordeling van de 27 mei Informatie

Op 2 april 2014 heeft SBM openbaar gemaakt dat er ten aanzien van de agent in Brazilië *red flags* bestonden maar dat door SBM geen geloofwaardig bewijs is gevonden voor omkoping in Brazilië. Kort hiervoor, op 31 maart 2014, heeft [rechtspersoon VV] in een persbericht kenbaar gemaakt dat haar eigen interne onderzoek geen bewijzen voor omkoping heeft gevonden. Deze berichten worden in de markt positief ontvangen. Het risico dat

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	36 van 75

omkoping door de Braziliaanse agent van SBM zal worden vastgesteld, lijkt ten opzichte van het beeld dat eind 2013 en begin 2014 volgde uit de artikelen in Quote en Wikipedia⁷⁶ sterk te zijn verminderd.

Op 21 mei 2014 stelt het OM SBM er echter van op de hoogte dat betalingen zijn aangetroffen van [H] aan een medewerker van [rechtspersoon VV] (het Novum). Op 27 mei 2014 krijgt SBM tijdens een bespreking met het OM en de FIOD inzage in een flowchart met een schematische weergave van en aanvullende en meer gedetailleerde informatie over deze betalingen (de Flow Chart). Hieruit blijkt dat [H] in tegenstelling tot [...] eerdere verklaringen wel degelijk gelden heeft betaald aan een medewerker van [rechtspersoon VV]. SBM heeft de als gevolg hiervan bij haar bekende informatie (de 27 mei Informatie) niet gepubliceerd. Het belegend publiek verneemt voor het eerst op 12 november 2014, door een persbericht over de schikking van het OM met SBM, dat er wel sprake is van nieuwe informatie ten opzichte van de eerdere persberichten van SBM en [rechtspersoon VV].

In de volgende paragrafen licht de AFM toe dat SBM, door de 27 mei Informatie niet onverwijld te publiceren, heeft gehandeld in strijd met artikel 5:25i, tweede lid (oud) Wft.

4.2.1 De informatie is concreet

Hierna wordt achtereenvolgens besproken: de perceptie die in de markt bestond als gevolg van het persbericht van 2 april 2014 (de resultaten van het Interne Onderzoek), de ontvangst van nieuwe belastende informatie van het OM op 21 mei 2014 (het Novum), de schematische weergave van en toelichting op deze informatie op 27 mei 2014 (de Flow Chart) en de juridische analyse van de concreetheid van de informatie.

De perceptie in de markt naar aanleiding van het persbericht van 2 april 2014

Op 2 april 2014 heeft SBM een persbericht uitgebracht waarin zij de resultaten van het Interne Onderzoek heeft gedeeld. Uit het persbericht blijkt dat onderzoek is gedaan naar het handelen van agenten in drie landen: Equatoriaal-Guinea, Angola en Brazilië. Ten aanzien van de eerste twee landen is enig bewijs gevonden dat onrechtmatige betalingen zijn gedaan. Ten aanzien van Brazilië wordt vermeld:

“there were certain red flags but the investigation did not find any credible evidence that the Company or the Company’s agent made improper payments to government officials (including state company employees). Rather, the agent provided substantial and legitimate services in a market which is by far the largest for the Company.”⁷⁷

Het persbericht vermeldt verder dat SBM het Interne Onderzoek heeft gemeld bij het OM en het Amerikaanse *Department of Justice (de DoJ)*, dat de beoordeling door het OM en de DoJ kan leiden tot nieuwe informatie en dat SBM geen inschatting kan geven van de uiteindelijke consequenties (financieel of anderszins) van die beoordeling.

⁷⁶ Zie hierover nader paragraaf 3.2.5, ‘Artikelen in Wikipedia (18 oktober 2013) en Quote (7 februari 2014)’.

⁷⁷ Persbericht van SBM van 2 april 2014, ‘SBM Offshore Findings of Internal Investigation’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	37 van 75

De reacties in de markt op het persbericht zijn positief. De koers van het aandeel van SBM stijgt met 4,3%. [rechtspersoon R] verhoogt het koersdoel voor aandelen SBM als gevolg van het, ten aanzien van Brazilië gunstiger dan verwachte bericht en schrijft:

“In our view it is clearly positive that management provides as much information as possible. We decided to lower the estimated fine by USD 150m to max USD 350m because in our view the risks in Brazil seems lower than anticipated. We and lift our price target by Eur. 0.75 to EUR 16.00. Buy reiterated”.⁷⁸

Ook analisten bij [rechtspersoon S] verhogen het koersdoel vanwege het bericht dat in Brazilië geen bewijzen zijn gevonden voor betrokkenheid bij omkoping. De '[naam rapport]' van [rechtspersoon S] vermeldt:

“We are raising our price target to €16. Despite bringing in an explicit discount for potential fines (reduction of €1, and \$300m cash outflow in 14H2), given the lack of improper payments in Brazil and the results of the [rechtspersoon VV] probe we believe it is appropriate to assume some value for SBM’s ability to win awards in the future (increase of €3).”⁷⁹

Op 10 april 2014 publiceert [rechtspersoon P] een uitgebreid rapport over de ontwikkelingen bij SBM. Uit dat rapport blijkt eveneens dat het bericht dat SBM geen bewijzen heeft gevonden voor betrokkenheid bij omkoping in Brazilië, de koers van SBM gunstig heeft beïnvloed:

“US\$139.1m was paid to Brazilian agents, raising red flags, but the company could not find any wrong doing – this was in line with the outcome of [rechtspersoon VV]’s investigation, which also did not find any wrong doing by [rechtspersoon VV] employees. The share price rose, as not everyone had this outcome in mind, in our view.”⁸⁰

Hoewel [rechtspersoon P] nog steeds risico’s ziet als gevolg van het omkopingsonderzoek bij SBM, bestaat naar aanleiding van de resultaten van het onderzoek in Brazilië volgens [rechtspersoon P] aanleiding voor voorzichtig optimisme:

“SBM’s press release, aiming to be transparent by informing shareholders and other stakeholders about the status of the bribery case, gives a short term relief to the market, in our view. In a worst-case scenario, the risk with [rechtspersoon VV] has materially declined. We now also estimate that the worst case comes to US\$600m compared with our previous estimate at c.US\$800m. However, the case is not yet over, and we believe that autonomous reactions by regulators are possible while SBM tries to control the case.”⁸¹

⁷⁸ [rechtspersoon R] Quick Note van 2 april 2014, ‘SBM Offshore. More clarity on investigation, price target lifted’.

⁷⁹ [rechtspersoon S] [naam rapport], 2 april 2014.

⁸⁰ [rechtspersoon P] [naam rapport] 10 april 2014, ‘SBM Offshore. Wait for settlement overshadows performance’.

⁸¹ [rechtspersoon P] [naam rapport] 10 april 2014, ‘SBM Offshore. Wait for settlement overshadows performance’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 38 van 75

Kortom: hoewel analisten beseffen dat er nog risico's bestaan ten aanzien van Brazilië, wordt positief gereageerd op het bericht dat er door SBM (en ook [rechtspersoon VV]) geen geloofwaardig bewijs is aangetroffen voor betrokkenheid bij omkoping in Brazilië.

Ontvangst van nieuwe belastende informatie

Op 17 mei 2014 krijgen medewerkers van de FIOD tijdens een bezoek in Zwitserland inzage in betalingen van [H] aan een medewerker van [rechtspersoon VV]. Hierover maakt een FIOD-medewerker de volgende aantekening:

“Ons bezoek vrijdag aan Zwitserland heeft [...] resultaat opgeleverd. Kan ook de pers halen als dit bekend wordt, explosief denk ik. Ook beurs gevoelig omdat de koers van SBM nog steeds stijgt door de verwachting dat er geen corruptie in Brazilië heeft plaats gevonden. Waar SBM roept dat er geen bewijs is voor corruptie in Brazilië, vonden wij nu een betaling van 10 miljoen aan een ingenieur van [rechtspersoon VV] via de SBM betalingen aan de agent...”⁸²

Op 21 mei 2014 informeert het OM de gemachtigden van SBM over de aangetroffen betalingen (het Novum). Hiermee ontvangt SBM een nieuwe – zeer ernstig te nemen – aanwijzing dat zal worden vastgesteld dat zij betrokken is geweest bij corruptie in Brazilië. Uit de gebeurtenissen die hierop volgen blijkt dat het Novum ook als zodanig wordt opgevat. SBM acht de mededeling van het OM in ieder geval overtuigend en belangrijk genoeg om deze ontwikkeling op 23 mei 2014 te delen met de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV], [J]. [rechtspersoon VV] heeft hierover als volgt verklaard (onofficiële vertaling):

“Op 23/05/2014 ontving [rechtspersoon VV] via een telefoontje van de [(oud)-bestuurder] van SBM informatie dat het Nederlandse Openbaar Ministerie de overdracht van effecten van een rekening van de commerciële vertegenwoordiger van SBM in Brazilië aan een ongeïdentificeerde werknemer of voormalige werknemer van [rechtspersoon VV] had bevestigd.”⁸³

Nog zonder dat harde bewijzen met SBM zijn gedeeld, ziet [rechtspersoon VV] in dit telefoongesprek aanleiding om de informatie te delen met de Braziliaanse autoriteiten (de Controladoria-Geral da União en het federale openbare ministerie van Rio de Janeiro).⁸⁴ Tevens informeert [rechtspersoon VV] SBM daags na het gesprek met [J] dat [rechtspersoon VV] terugkomt op haar besluit om SBM te laten deelnemen aan de Tartaruga Verde Tender.⁸⁵

De vondst van de vanuit de offshore rekeningen van [H] verrichte betalingen geeft ook binnen SBM aanleiding tot grote zorgen. Op 24 mei 2014 schrijft [A] een e-mail aan [D] en [B], waarin [A] [...] zorgen uit over de meest recente ontwikkelingen in het omkopingsonderzoek, dat inmiddels de naam 'FRED' heeft. [A] schrijft:

⁸² E-mail van [medewerker FIOD] aan de AFM van 12 december 2016.

⁸³ Brief van [rechtspersoon VV] van 27 november 2014 met kenmerk [kenmerk].

⁸⁴ Brief van [rechtspersoon VV] van 27 november 2014 met kenmerk [kenmerk].

⁸⁵ Brief van [rechtspersoon VV] van 29 december 2017 met kenmerk [kenmerk].

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 39 van 75

“The latest Fred events put us in a totally impossible position in Brazil. I do not see how [rechtspersoon VV] will allow us back in the bidders list for the foreseeable future and we also run the risk of being excluded from our existing contracts. Given that Brazil is 50% of the world market for FPSO I would say that the survival of the company is at stake and will require a massive restructuring regardless.”⁸⁶

Hieraan voegt [A] toe: “[B] and I need to have a protection from the authorities in Brazil.”⁸⁷

De mogelijke gevolgen van deze ontwikkelingen worden dus uiterst serieus genomen, zo zeer dat zelfs wordt gevreesd voor het voortbestaan van de onderneming. Dit blijkt eveneens uit de reactie van [D], die opmerkt dat de financiering voor een aankomend project (‘[naam project]’) nog niet zeker is. [D] voegt hieraan toe:

“Although [naam project] is clean from any agent involvement, banks may see confirmation of issues in Brazil as a reason to decline. I will need to engage our key banks urgently to assess the situation on [naam project] after our announcements.”⁸⁸

De door het OM met SBM gedeelde informatie over de gevonden bankrekeningen vormt, samen met de brief waarin [rechtspersoon VV] SBM uitsluit van twee tenders, het onderwerp van een telefonische vergadering van de Raad van Commissarissen en de Raad van Bestuur van SBM. Deze vergadering, gehouden op 25 mei 2014, heeft het onderwerp ‘*FRED update*’. Ook uit deze vergadering blijkt dat SBM alle aanleiding ziet om – ook zonder de Flow Chart en bijbehorende toelichting te kennen – uit te gaan van de juistheid van de informatie van het OM, de relevantie daarvan voor haar bedrijfsvoering en de mogelijk verstrekkende gevolgen daarvan. In ieder geval ziet de Raad van Bestuur aanleiding voor een persbericht, zo blijkt uit de notulen van de vergadering:

“Information received from the Openbaar Ministerie (Dutch Public Prosecutor – “O.M.”) was verbal and the O.M. is awaiting written evidence. [A] had two calls with the [rechtspersoon VV] [(oud)-bestuurder] and on Saturday 24 May, a letter was received excluding SBM Offshore from the list of international contractors allowed to bid for the Tartaruga Verde and Libra tenders. [...] Mainly because of this letter, the MB [de Raad van Bestuur, toev. AFM] was of the view that a press-release should be issued.”⁸⁹

Uit de notulen blijkt eveneens dat het voorgenomen persbericht zou moeten benadrukken dat de informatie van het OM nieuw is en dat SBM daartoe geen toegang had. Tevens wordt het voornemen geuit om het persbericht eerst af te stemmen met het OM. Het concept persbericht bevat de volgende tekst:

“SBM OFFSHORE UPDATE ON INVESTIGATION

⁸⁶ E-mail van [A] aan [D] en [B] van 24 mei 2014, ‘Random thoughts after a sleepless night’.

⁸⁷ Uit deze toevoeging volgt dat de zorg van [A] in ieder geval ook is gericht op de uitkomsten van het omkopingsonderzoek. Een dergelijke bescherming zou niet nodig zijn als enkel de uitsluiting van de [rechtspersoon VV] tender aan de orde was (zie over de Uitsluiting hoofdstuk 5).

⁸⁸ E-mail van [D] aan [A] en [B] van 24 mei 2014, ‘Re: Random thoughts after a sleepless night’. Ook hier mag worden aangenomen dat de ontwikkelingen in het omkopingschandaal aan de orde zijn, gelet op de tekst “*clean from any agent involvement*”.

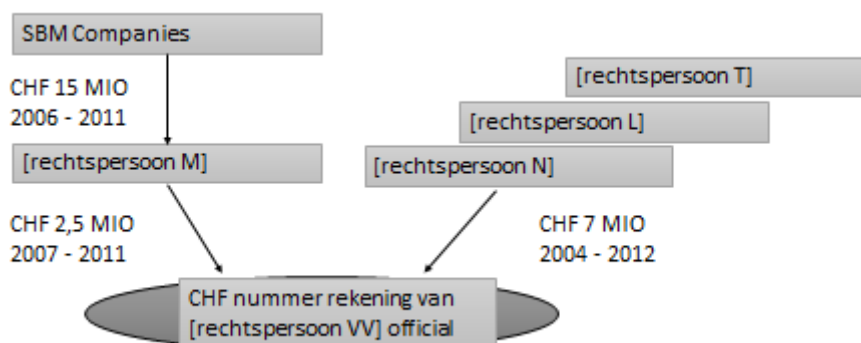
⁸⁹ Notulen van 27 mei 2014, Record note of the telephone conference with the Supervisory Board and the Board of Management held on 25 May at 08.00 P.M. C.E.T.

On 2 April 2014, SBM Offshore reported the findings of its internal investigation into alleged improper sales practices. [...] In its discussions with the Company the Openbaar Ministerie has now informed the Company of new facts which the Company deems relevant to disclose. The Openbaar Ministerie has told the Company that in the context of its own investigation it received information through investigative means not available to the Company and which indicates that in 2004 and in the period from 2006 to 2011 the Company's former primary agent in Brazil may have made improper payments amounting to several millions of dollars. At this time, the Openbaar Ministerie's investigation is ongoing. As no further details have been provided by the Openbaar Ministerie the Company is not in a position to give further comments other than that it continues to lend its full cooperation to this investigation."⁹⁰

Dit (concept)persbericht wordt uiteindelijk niet gepubliceerd.

De Flow Chart: 27 mei 2014

Op 27 mei 2014 vindt opnieuw een bespreking plaats tussen SBM en de FIOD. Tijdens deze bespreking laat de FIOD een Flow Chart zien waarin de op basis van het Zwitserse onderzoek ontdekte geldstromen inzichtelijk worden gemaakt, en geeft zij een nadere toelichting.⁹¹ De Flow Chart bevat de volgende informatie:



Naar aanleiding van de bespreking met SBM waarin de Flow Chart aan SBM is laten zien, maakt een aanwezige medewerker van de FIOD op 27 mei 2014 de volgende aantekening:

"Bespreking met SBM: Flow chart laten zien van de eerste Zwitserse bevindingen, kort toegelicht. [JJ] geeft aan hoe er wat het OM betreft verder gehandeld moet worden. Als we zo doorgaan wordt het een langdurig onderzoek. We prikken even in Zwitserland en er komt wat boven. Dat zal op andere plekken mogelijk ook zo zijn. [...] [II] ([...])⁹² geeft aan dat dit standpunt dan genomen wordt op beelden en niet op reële feiten. De kans is inderdaad groot dat er foute betalingen zijn gedaan dat geeft [II] toe. Maar het is voor SBM een moeilijke stap om iets te bekennen waar ze niet alle feiten van kennen."⁹³

⁹⁰ 2014.05.26 FRED – draft press release v3.

⁹¹ E-mail van [medewerker FIOD] aan de AFM van 12 december 2016, waarin passages zijn opgenomen uit het Journaal van de FIOD-medewerker.

⁹² Verwezen wordt naar mr. [II] van [de gemachtigde van SBM].

⁹³ E-mail van [medewerker FIOD] aan de AFM van 12 december 2016.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 41 van 75

Juridische analyse van de 27 mei Informatie

Uiterlijk op 27 mei 2014 beschikte SBM (opnieuw) over informatie op grond waarvan zij redelijkerwijs moest aannemen dat zou worden vastgesteld dat in haar verkooppraktijk in Brazilië sprake is geweest van omkoping. Anders dan SBM meent, was deze conclusie gerechtvaardigd en genoodzaakt ook voordat zij (of het OM) beschikte over harde bewijzen dat [H] met van SBM afkomstige gelden steekpenningen had betaald aan een of meer medewerkers van [rechtspersoon VV]. De informatie was bovendien specifiek genoeg om er een conclusie aan te kunnen verbinden over de invloed daarvan op de koers. Dit licht de AFM als volgt toe.

In de eerste plaats brengt de AFM in herinnering dat het belegend publiek als gevolg van eerdere berichtgeving van SBM ermee bekend was dat SBM een zeer diepgravend en omvangrijk onderzoek had laten uitvoeren naar mogelijke betrokkenheid van SBM bij corruptie, zij het dat de markt tot de publicatie van het persbericht van 2 april 2014 over de reikwijdte daarvan in het ongewisse was gebleven. Na afronding van de verrichte onderzoeken en de persberichten van SBM (2 april 2014) en [rechtspersoon VV] (31 maart 2014) leek zodoende de ergste kou uit de lucht, nu bekend was gemaakt dat het omkopingsonderzoek weliswaar ook Brazilië betrof, maar dat SBM en [rechtspersoon VV] geen geloofwaardige bewijzen hadden gevonden voor de betrokkenheid van SBM bij omkopingspraktijken in Brazilië. Wel gold dat, zoals SBM terecht in haar persbericht van 2 april 2014 vermeldde, mogelijk bleef dat het OM of de DoJ op basis van andere onderzoeksmethoden nieuwe relevante informatie zouden kunnen vinden.

Tegen deze achtergrond kon bij het belegend publiek het beeld bestaan dat het onwaarschijnlijk was dat (alsnog) zou worden vastgesteld dat SBM zich schuldig had gemaakt aan corruptie in Brazilië, of althans dat het risico hierop sterk was afgenomen. Dit beeld wordt bevestigd door de koersstijging en de positieve analistenrapporten volgend op de publicatie van de resultaten van het Interne Onderzoek. Het spreekt aldus voor zich dat de vondst van nieuwe bewijzen door de autoriteiten voor SBM en voor het belegend publiek van grote betekenis zou zijn. Als gevolg daarvan zou naar alle waarschijnlijkheid het op basis van meer dan twee jaar durende onderzoek ontstane beeld moeten worden bijgesteld, dat immers grotendeels was gebaseerd op de afwezigheid van bewijzen. Daarnaast is evident dat de vondst van dergelijke bewijzen zou leiden tot de aanzienlijke kans dat het OM of de DoJ (dan wel andere autoriteiten) inderdaad tot een andere conclusie zouden komen, zodat alsnog omkoping zou worden vastgesteld in haar grootste afzetmarkt Brazilië.

In de tweede plaats was ook SBM zich bewust van de mogelijkheid dat als gevolg van de nieuwe informatie alsnog betrokkenheid bij omkoping in Brazilië zou worden vastgesteld, en blijkt uit de hierboven weergegeven reacties op het Novum dat zij meende dat deze mogelijkheid werkelijkheid was geworden. In ieder geval hield zij hiermee zeer ernstig rekening. Dit blijkt onder meer uit de hierboven geciteerde e-mails van [A] en [D] van 24 mei 2014. De AFM wijst ook op het in het FIOD-logboek beschreven gesprek dat het OM op [27] mei 2014 voerde met de advocaat van SBM. Hoewel de AFM wil aannemen dat onwaarschijnlijk is dat mr. [II] tijdens dat gesprek namens SBM een spontane bekentenis heeft gedaan over betrokkenheid van SBM bij omkoping in Brazilië, mag uit [...] weergegeven reactie, dat “[de] kans inderdaad groot [is] dat er foute betalingen zijn gedaan”, minimaal worden afgeleid dat de door het OM gedeelde informatie kon worden beschouwd als een zeer serieuze aanwijzing dat van dergelijke betrokkenheid inderdaad sprake is geweest.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 42 van 75

In de derde plaats wijst de AFM erop dat de met de Flow Chart inzichtelijk gemaakte informatie in grote mate correspondeert met verklaringen en aanwijzingen die voorafgaand aan en tijdens het Interne Onderzoek van belang zijn geweest, en waarvoor in dat onderzoek uiteindelijk onvoldoende bewijs is gevonden. Hierbij gaat het om het volgende:

- Bij SBM was bekend dat de betalingen aan [H] op [...] verzoek waren gesplitst tussen [...] onshore bedrijven ([rechtspersoon D] en [rechtspersoon J]) en [...] offshore bedrijven ([rechtspersoon N], [rechtspersoon M], [rechtspersoon L], en [rechtspersoon U]).⁹⁴ Deze splitsing is een van de *red flags* die uit het Interne Onderzoek was gebleken.⁹⁵
- SBM wist dat de *wijze waarop* de hierboven genoemde splitsing plaatsvond (1% naar [rechtspersoon D] en [rechtspersoon J], en 2% naar de andere entiteiten) overeenkwam met de verklaring van [G] op 27 maart 2012,⁹⁶ zij het dat SBM tijdens het Interne Onderzoek geen bewijs had gevonden voor de verklaring van [G] over het *doel* van de splitsing (het betalen van steekpenningen).
- Dergelijk bewijs kon ook niet worden gevonden: volgens SBM had [H] gedurende het onderzoek het gebruik van de offshore accounts verklaard als belastingtechnische constructie en ontkennde [H] deze accounts te hebben gebruikt voor het betalen van steekpenningen. Dit viel voor SBM niet te verifiëren, nu [H] inzage in [...] rekeningen zou hebben geweigerd met een beroep op [...] privacy en SBM niet op andere wijze toegang kon krijgen tot [...] Zwitserse rekeningen.
- De ontkenning door [H] en de ontbrekende toegang tot de Zwitserse bankrekeningen vormden tijdens het Interne Onderzoek de belangrijkste belemmering om de betrokkenheid bij omkoping in Brazilië te kunnen bewijzen of uitsluiten. Aan de omstandigheid dat het OM deze informatie wél had gevonden, moest SBM dan ook bij uitstek de conclusie verbinden dat de kans dat omkoping zou worden vastgesteld, aanzienlijk was toegenomen.

Op basis van de Flow Chart werden de geldstromen via de Zwitserse rekeningen (alsnog) zichtbaar voor SBM. In het bijzonder werd inzichtelijk dat [H] vanuit drie van de vier bij SBM bekende offshore entiteiten betalingen van in totaal 9,5 miljoen Zwitserse Franken (circa € 7,5 miljoen) had verricht aan een medewerker van [rechtspersoon VV]. Alleen de naam '[rechtspersoon T]' bleek bij SBM niet bekend. Hiermee stond vast:

- dat [H] had gelogen over het doel van de splitsing van betalingen tussen [...] onshore en offshore bedrijven;
- dat [G] inderdaad substantiële [gelden] had betaald aan minimaal één medewerker van [rechtspersoon VV]; en
- [...]

⁹⁴ Aanvangsprocesverbaal Belastingdienst/FIOD, dossiernummer [nummer], opgemaakt op 24 juli 2014, p. 5; bijlage bij de e-mail van [R] aan [A] van 4 april 2012, 'RE: Latest updates on Pandora presentation during SB': 'Summary [rechtspersoon D]-[rechtspersoon J] agmts_210312.doc'; Antwoord vraag 10 interview met [rechtspersoon VV] 21 februari 2014 te Rio de Janeiro (kenmerk: [kenmerk]), bijlage 4 bij brief van SBM aan de AFM van 9 juni 2016, 'SBM Offshore N.V. – beantwoording informatieverzoek d.d. 12 mei 2016'.

⁹⁵ Aangifte door SBM Offshore N.V. d.d. 2 mei 2014, randnr. 5.4.13.

⁹⁶ Aanvangsprocesverbaal Belastingdienst/FIOD, dossiernummer [nummer], opgemaakt op 24 juli 2014, p. 4-5. [G] had op 27 maart 2012 verklaard: "[H] story was, I know there was some commission of more than 3% but [H] standard story was there was 1% for [H] and 2% to be disbursed."

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	43 van 75

Tegen deze achtergrond beschikte SBM op 27 mei 2014 over voldoende informatie om daaraan de conclusie te verbinden dat opnieuw een belangrijke tussenstap was gezet in het proces richting de toekomstige vaststelling dat omkoping had plaatsgevonden. Hieraan doet niet af dat de FIOD in het aanvangsprocesverbaal vermeldt dat nog nader onderzoek moest plaatsvinden naar de geldstromen in Zwitserland en dat nog geen formele antwoorden op het rechtshulpverzoek waren ontvangen. Ook zonder harde bewijzen was de bij SBM bekende informatie van dien aard dat zij redelijkerwijs moest aannemen dat omkoping zou worden vastgesteld. Aan de concreetheid van de informatie kan om dezelfde reden niet afdoen dat, zoals SBM betoogt, niet vast zou staan of [H] deze steekpenningen met *van SBM verkregen gelden* had betaald. Deze informatie was kort gezegd niet nodig om de hierboven weergegeven gaten in het Interne Onderzoek te vullen. Bovendien was – anders dan SBM meent – voldoende aannemelijk dat (een deel van) de steekpenningen afkomstig was van gelden verstrekt door SBM. SBM was namelijk verantwoordelijk voor een substantieel deel van de omzet van [rechtspersoon J], een van de onshore bedrijven van [H].⁹⁷ Ook de aan [rechtspersoon J] verrichte betalingen werden zoals gezegd gesplitst met de offshore accounts van [H], zodat de kans groot was dat in ieder geval een deel van de uit deze accounts verrichte betalingen oorspronkelijk van SBM afkomstig was.

In de vierde plaats wijst de AFM erop dat de FIOD op 27 mei 2014 SBM niet alleen de Flow Chart heeft laten zien, maar deze ook heeft toegelicht. De aanwezige FIOD-medewerker heeft hierover opgetekend:

“Bespreking met SBM: Flow chart laten zien van de eerste Zwitserse bevindingen, kort toegelicht. [JJ] geeft aan hoe er wat het OM betreft verder gehandeld moet worden. Als we zo doorgaan wordt het een langdurig onderzoek. We prikken even in Zwitserland en er komt wat boven. Dat zal op andere plekken mogelijk ook zo zijn.”

Ook op basis van deze nadere toelichting moest SBM redelijkerwijs aannemen dat in de toekomst omkoping in Brazilië zou worden vastgesteld, nu ook de FIOD de kans op een dergelijke vaststelling klaarblijkelijk groot achtte.

Kortom: voor zover over de relevantie van de op 21 mei 2014 door de FIOD gedeelde informatie nog twijfel bestond, was deze informatie uiterlijk op 27 mei 2014 van dien aard dat (opnieuw) redelijkerwijs moest worden aangenomen dat in de toekomst betrokkenheid bij omkoping in Brazilië zou worden vastgesteld.

Ten overvloede merkt de AFM op dat de verklaring van het OM, dat SBM geen *“specific information”* had ontvangen, niet tot gevolg heeft dat de informatie niet concreet was. SBM heeft toegelicht dat het OM deze verklaring heeft gedaan tegen de achtergrond van gesprekken tussen SBM met [rechtspersoon VV] en de Braziliaanse autoriteiten, waarin ter discussie stond of SBM de beschikking had over bewijs van (onrechtmatige) betalingen. De bevestiging van het OM moet dus zo worden begrepen dat SBM in mei 2014 niet beschikte over specifieke bewijsstukken. De AFM heeft reeds uiteengezet dat het ontbreken van specifieke bewijsstukken er niet aan in de weg staat dat SBM op 27 mei 2014 beschikte over concrete informatie.

⁹⁷ [KK] (medewerker van SBM) heeft opgetekend dat de zakenpartner van [H] aangaf *“that SBM accounted for at least 80% of their business”*. E-mail van [KK] aan [O] en [B] van 28 september 2012, ‘[rechtspersoon D]/[rechtspersoon J]’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	44 van 75

4.2.2 De 27 mei Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM

De 27 mei Informatie heeft rechtstreeks betrekking op SBM. Immers, de besproken verkooppraktijken betreffen die van SBM.

4.2.3 De 27 mei Informatie is niet openbaar gemaakt

Op 27 mei 2014, het moment van de aanvang van de overtreding, is de 27 mei Informatie niet openbaar gemaakt. SBM heeft daarover voor het eerst in het persbericht van 12 november 2014 het publiek geïnformeerd. De informatie was in de periode van 27 mei 2014 tot 12 november 2014 ook niet op andere wijze voor iedereen kenbaar.

4.2.4 Openbaarmaking van de 27 mei Informatie zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten.

De informatie dat SBM (opnieuw) kennis heeft genomen van bepaalde verkooppraktijken in Brazilië die mogelijk onrechtmatig zijn geweest, zou een significante invloed kunnen hebben gehad op de koers van de aandelen SBM. Informatie over mogelijke omkoping in Brazilië raakte de financiële vooruitzichten van SBM immers in belangrijke mate in negatieve zin. De AFM wijst erop dat de informatie de relatie met klanten negatief kan beïnvloeden, onder wie [rechtspersoon VV], de belangrijkste klant van SBM en verantwoordelijk voor ongeveer 50% van diens omzet.⁹⁸ Ook kan de informatie aanleiding vormen voor kapitaalverstrekkers om hun samenwerking met SBM te staken of te heroverwegen⁹⁹ en leiden tot de vaststelling van omkoping in Brazilië, wat doorgaans resulteert in een boete dan wel schikking met bevoegde autoriteiten. Gezien het bovenstaande mag worden aangenomen dat de redelijk handelende belegger de 27 mei Informatie waarschijnlijk had willen gebruiken om zijn beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren.

Dit geldt temeer nu de 27 mei Informatie strijdig is met het beeld dat in de markt is ontstaan als gevolg van de persberichten van [rechtspersoon VV] van 31 maart 2014, dat geen bewijs is aangetroffen, en van SBM van 2 april 2014, dat ten aanzien van Brazilië geen geloofwaardig bewijs is aangetroffen voor onrechtmatige verkooppraktijken en dat de agent in Brazilië substantiële en legitieme diensten heeft verleend. Deze persberichten doen het (meer positieve) beeld ontstaan (de berichten zijn gevolgd door koersstijgingen van respectievelijk 4,3% en 4,9%) dat er geen sprake is geweest van omkoping in Brazilië, althans dat het risico op vaststelling daarvan sterk is verminderd. Gelet op het voorgaande zou openbaarmaking van het (opnieuw) kennis nemen van een vermoeden van omkoping in Brazilië significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten. SBM heeft reeds waargenomen dat het publiekelijk bekend raken van informatie die ziet op mogelijke omkoping in Brazilië op 7 februari 2014, hoewel deze informatie niet door SBM zelf is bevestigd, een significante invloed op de koers had.

⁹⁸ Zie de analyserapporten volgend op de bekendwording van de Uitsluiting, bijlage bij de e-mail van [NN] aan [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, 'Analyst Reports'.

⁹⁹ Zie e-mailwisseling tussen [X] en [Y] van 7 april 2013, 'RE: [...] Plan – Compliance with Laws and Ethics', waaruit blijkt dat externe partners hun zorgen uiten over het interne onderzoek; e-mailwisseling tussen [Z] en [B] van 7 februari 2014, 'Fwd: MOST CONFIDENTIAL – questions regarding recent media reports'; E-mail van [Z] aan [D], [A] en [B] van 13 december 2012, 'FW: Legacy issues'.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	45 van 75

4.2.5 Duur van de overtreding

Op 12 november 2014 maakt SBM bekend dat zij met het OM een schikking heeft bereikt inzake de betalingen aan agenten in Equatoriaal-Guinea, Angola en Brazilië en beëindigt hiermee de overtreding. Het OM heeft op dezelfde dag een persbericht doen uitgaan. Daarin staat onder meer

“In het onderzoek van de FIOD onder leiding van het Openbaar Ministerie is op grond van een rechtshulpverzoek geconstateerd dat vanuit de offshore vennootschappen van de Braziliaanse handelsagent betalingen zijn verricht aan Braziliaanse overheidsfunctionarissen. Deze bevindingen zijn het resultaat van onderzoeksmethoden die niet ter beschikking staan aan SBM Offshore.”

Tot deze berichten was het belegend publiek er niet mee bekend dat het SBM (opnieuw) kennis had genomen van mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken in Brazilië.

4.2.6 Reactie AFM op overige aspecten zienswijze SBM ten aanzien van de 27 mei Informatie

Ten aanzien van de in paragraaf 4.1 van dit besluit weergegeven zienswijze van SBM, voor zover daarop in het bovenstaande niet al is gereageerd, overweegt de AFM als volgt:

SBM stelt dat de mededeling van het OM op strikt vertrouwelijke basis was gedaan en was gebaseerd op vertrouwelijk ontvangen informatie.

Reactie AFM: Deze omstandigheid doet niet af aan de kwalificatie van de 27 mei Informatie als voorwetenschap. Voor zover SBM hiermee (ook) heeft beoogd om een (subsidiar) beroep te doen op het uitstelrecht, kan een dergelijk beroep niet slagen. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de gestelde vertrouwelijkheid als zodanig een rechtmatig belang vormt op grond waarvan SBM mocht kiezen om de voorwetenschap volledig aan het belegend publiek te onthouden. In het bijzonder is van belang dat SBM in haar persbericht van 2 april 2014 heeft aangegeven dat zij geen geloofwaardige bewijzen voor omkoping in Brazilië had gevonden en dat zij de markt zou informeren over het verdere verloop van de gesprekken met de bevoegde autoriteiten.¹⁰⁰ De plicht om informatie openbaar te maken die betrekking had op deze bewijzen en die met SBM is gedeeld in de context van het onderzoek door de bevoegde autoriteiten, weegt dan ook zwaar. De AFM is ook niet gebleken dat SBM op enige manier (bijvoorbeeld door overleg met de FIOD) heeft onderzocht of en in hoeverre de door haar gestelde vertrouwelijkheid van de informatie aan de (volledige) openbaarmaking daarvan in de weg stond. Evenmin was de vertrouwelijkheid van de informatie gewaarborgd, nu SBM het Novum met [rechtspersoon VV] heeft gedeeld, die de informatie op haar beurt heeft gedeeld met de Braziliaanse autoriteiten. Ten overvloede wijst de AFM op een e-mail van [B] van 2 juni 2014 waaruit blijkt dat SBM rekening houdt met [...] (en zelf van mening lijkt te zijn dat zij op dat moment beschikt over voorwetenschap):

¹⁰⁰ “More information on the progress of our discussions with the relevant authorities will be reported in due course.”

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	46 van 75

“It would be our preference to seek a joint press release on the novum with [rechtspersoon VV]. If we do not get some movement on that by the end of this week we will just prepare a holding statement that we will issue when [...].”¹⁰¹

4.3 Conclusie ten aanzien van de 27 mei Informatie

Op grond van het voorgaande concludeert de AFM dat SBM uiterlijk op 27 mei 2014 over voorwetenschap kwam te beschikken. Deze voorwetenschap betrof de informatie dat SBM (opnieuw) kennis heeft genomen van mogelijk onrechtmatige verkooppraktijken in Brazilië. Die informatie heeft SBM op grond van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft onverwijld algemeen verkrijgbaar moeten stellen. Dit heeft zij echter nagelaten, waarmee zij dit artikel heeft overtreden. Van een recht op uitstel voor SBM van deze plicht is niet gebleken. Pas op 12 november 2014 is de overtreding beëindigd doordat SBM de voorwetenschap algemeen verkrijgbaar heeft gesteld.

5 De Uitsluiting

Op 24 mei 2014 heeft SBM een brief ontvangen van [rechtspersoon VV] waarin zij terugkomt van de acceptatie van SBM als samenwerkingspartner van de Braziliaanse onderneming [rechtspersoon W] in relatie tot twee tenders voor FPSO's voor de Tartaruga Verde en Tartaruga Mestiça olie- en gasvelden en het Libra-veld (**de Tenders**). In het onderzoeksrapport heeft de AFM geconcludeerd dat SBM naar aanleiding van deze brief beschikte over voorwetenschap, te weten de informatie dat [rechtspersoon VV] haar van deelname aan de tenders had uitgesloten (**de Uitsluiting**), en dat deze voorwetenschap ten onrechte niet onverwijld openbaar is gemaakt. Met deze conclusie kan SBM zich niet verenigen. Hieronder wordt eerst de zienswijze van SBM op dit punt weergegeven (paragraaf 5.1), gevolgd door de beoordeling door de AFM (paragraaf 5.2) en de conclusie ten aanzien van de Uitsluiting (paragraaf 5.3).

5.1 Zienswijze van SBM over van de Uitsluiting

SBM stelt zich op het standpunt dat de brief van 24 mei 2014 – alleen of in samenhang met de overige door de AFM genoemde feiten en omstandigheden – niet kwalificeert als voorwetenschap. Uit deze brief blijkt niet dat SBM werd uitgesloten van de Tenders, wat deze Uitsluiting zou betekenen en hoe lang deze Uitsluiting zou voortduren. De informatie was onvoldoende concreet en kwalificeerde dus niet als voorwetenschap. Voor zover de informatie toch zou moeten worden aangemerkt als voorwetenschap, dan had SBM zich (subsidiar) mogen beroepen op het recht tot uitstel van openbaarmaking van die voorwetenschap in verband met het rechtmatig belang van SBM om in vertrouwelijkheid duidelijkheid te verkrijgen van [rechtspersoon VV] over de precieze betekenis en impact van de brief en de uiteindelijke beslissing in overleg te beïnvloeden. Dit standpunt licht SBM als volgt toe.

¹⁰¹ E-mail van [B] aan [Y] en [A] van 2 juni 2014, '[rechtspersoon VV]'.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 47 van 75

Voorwetenschap

SBM zet uiteen wat de achtergrond is van de Tenders. Kort gezegd nodigde [rechtspersoon VV] enkel Braziliaanse partijen uit om te bieden op de projecten. Als een Braziliaanse partij gezamenlijk met een buitenlandse partij op een aanbesteding wilde inschrijven dan moest de Braziliaanse partij een verklaring overleggen waaruit de gevraagde technische ervaring van die buitenlandse partij bleek. De standaard intentieverklaring maakte deel uit van de *'Invitation to Tender'* (ITT) die verder een lijst bevatte met partijen die door [rechtspersoon VV] al waren geaccrediteerd en waarvoor Braziliaanse bedrijven een intentieverklaring tot samenwerking konden indienen. Blijkens de ITT was de samenwerking met andere partijen die niet op de lijst stonden ook mogelijk, maar wel aan goedkeuring van [rechtspersoon VV] onderhevig. Tegen beslissingen van de *'bidding committee'* over de Tenders stond beroep open bij [rechtspersoon VV] en daarna kon nog Hiërarchisch Beroep worden ingesteld bij een hoger geplaatst orgaan, eveneens binnen [rechtspersoon VV].

In januari en februari 2014 was er contact tussen [rechtspersoon VV] en SBM – waaronder een gesprek tussen partijen bij [de gemachtigde van SBM] in [locatie] – en in maart 2014 verschenen er berichten in de media dat SBM 'van de lijst uitgesloten was' en dat SBM niet 'op de lijst stond'. De omstandigheid dat SBM niet op de lijst voorkwam betekende uitdrukkelijk niet dat SBM uitgesloten was van de Tenders. SBM zou hiervoor alleen – in tegenstelling tot de op voorhand geaccrediteerde partijen – moeten aantonen dat ze beschikte over de benodigde technische ervaring en moeten worden goedgekeurd door [rechtspersoon VV] als samenwerkingspartner van een Braziliaanse partij. Op 21 maart 2014 heeft [rechtspersoon VV] een ITT voor de Tenders uitgebracht. In de periode hierna zijn er verschillende contacten geweest tussen SBM, [rechtspersoon W] en [rechtspersoon VV] over het accepteren van SBM als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W]. Op 10 mei 2014 ontvingen SBM en [rechtspersoon W] hiervan een informele bevestiging van [rechtspersoon VV], waarna de formele bevestiging per mail volgde op 14 mei 2014.

SBM ontving op 24 mei 2014 een brief van [rechtspersoon VV] waarin [rechtspersoon VV] te kennen gaf dat zij, mede gezien de *"proximity of the completion of the works by [rechtspersoon VV]' Internal Commission"* de beslissing om SBM te accepteren als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] zou heroverwegen. Uit de bewoordingen van de brief¹⁰² blijkt niet wat de *Internal Commission* precies onderzoekt, wanneer deze werkzaamheden naar verwachting zijn afgerond, wat het betekent dat [rechtspersoon VV] haar beslissing 'heroverweegt' en hoe lang die 'heroverweging' zou duren. De veronderstelling van de AFM, dat uit deze brief zou blijken dat er sprake is van een daadwerkelijke uitsluiting en per wanneer deze uitsluiting zou ingaan hetgeen ten grondslag zou liggen aan de overtreding, is dus onjuist.

SBM is naar aanleiding van de brief van 24 mei 2014 van [rechtspersoon VV] op meerdere niveaus in overleg getreden met [rechtspersoon VV] om een toelichting te ontvangen en daar waar mogelijk te bezien of en hoe SBM als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] kon worden gehandhaafd. Op verzoek van [rechtspersoon VV] heeft SBM op 27 mei 2014 schriftelijk verzocht om haar beslissing te heroverwegen. [...] heeft [J] later op dezelfde dag tijdens een parlementaire hoorzitting van het Braziliaanse *Joint Parliamentary Committee on Inquiry* verklaard dat SBM zou worden geweerd van tenders totdat alle onderzoeken in Brazilië

¹⁰² SBM sluit aan bij de – ook in het onderzoeksrapport gehanteerde – Engelse vertaling van de brief.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	48 van 75

zouden zijn afgerond. In de nacht van 27 op 28 mei 2014 heeft [rechtspersoon VV] in reactie op het verzoek tot heroverweging zonder opgave van redenen laten weten dat SBM geweerd was als mogelijke samenwerkingspartner van een Braziliaanse partij. (Ook) op dat moment was, gezien de mogelijkheid om Hiërarchisch Beroep in te stellen, echter nog geen sprake van een voldongen feit. Niettemin heeft SBM in tegenstelling tot haar algemene beleid om geen commentaar te geven op tenders – gelet op de mogelijke onrust in de markt rondom de uitspraken van de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV] – besloten een persbericht te doen uitgaan en dit heeft op 28 mei 2014 voorbeurs plaatsgehad.

SBM betwist dat uit de brief van 24 mei 2014 blijkt wat de aanleiding was voor de Uitsluiting. De AFM heeft verwezen naar de opening van de brief waaruit zou volgen dat het voor SBM duidelijk was dat schrapping van de lijst met geaccrediteerde partijen in de context geplaatst moet worden van het Novum. Deze duidelijkheid zou volgen uit de bekendheid van SBM met de activiteiten van de onderzoekscommissie van [rechtspersoon VV], het feit dat omkoping het thema was waar de pers over berichtte en de volgtijdelijkheid van de mededeling van de informatie van het OM en de beslissing van [rechtspersoon VV]. Dit is onjuist. De interne onderzoekscommissie van [rechtspersoon VV] had de resultaten van haar onderzoek reeds op 31 maart 2014 gepubliceerd en SBM was niet bekend met andere (nieuwe) onderzoeksactiviteiten in mei 2014, ook niet naar aanleiding van de mededeling van het Novum.

Uitstel van openbaarmaking

Voor zover SBM wel over voorwetenschap zou hebben beschikt, stelt zij zich subsidiair op het standpunt dat zij gerechtigd was om de openbaarmaking uit te stellen. Uitstel van openbaarmaking diende een rechtmatig belang van SBM. Op 24 mei 2014 had SBM van [rechtspersoon VV] slechts begrepen dat [rechtspersoon VV] de beslissing SBM toe te laten als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] bij de Tenders heroverwoog. Partijen waren hierover nog in dialoog. Als SBM de aangekondigde heroverweging van [rechtspersoon VV] openbaar zou maken, zou dit het normale verloop van de dialoog met [rechtspersoon VV] kunnen beïnvloeden en mogelijk de beslissingen van [rechtspersoon VV] kunnen forceren. Openbaarmaking zou invloed kunnen hebben op hoe [rechtspersoon VV] gebruik zou maken van haar discretionaire bevoegdheid om te beslissen over de wijze waarop SBM al dan niet zou worden gehandhaafd als samenwerkingspartner. Een en ander zou onder een vergrootglas komen te liggen wat ook de nadere beoordeling van [rechtspersoon VV] zou kunnen beïnvloeden. Juist dergelijke situaties heeft de Europese wetgever op het oog gehad bij het voorzien in het recht om publicatie uit te stellen.

Door uitstel was geen misleiding te duchten van het publiek. Dit zou mogelijk anders zijn geweest als SBM in andere berichtgeving informatie had verstrekt die strijdig was met de nog niet openbaar gemaakte informatie, maar dergelijke mededelingen zijn niet gedaan door SBM. Evenmin was er sprake van dat de vertrouwelijkheid niet gewaarborgd was. De betreffende informatie werd strikt vertrouwelijk behandeld en de informatie werd alleen gedeeld of besproken met personen voor wie het noodzakelijk was om in het kader van de normale uitoefening van werk, beroep of functie bekend te zijn met deze informatie. SBM had overigens wel een noodpersbericht klaarliggen voor het geval dat de vertrouwelijkheid niet langer gewaarborgd was. Uiteindelijk heeft SBM na de uitlatingen van de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV] waardoor de veranderde positie van [rechtspersoon VV] openbaar werd, de informatie op 28 mei 2014 voorbeurs openbaar gemaakt.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	49 van 75

5.2 Beoordeling van de Uitsluiting

Op zaterdag 24 mei 2014 stuurt [rechtspersoon VV] aan SBM een brief waarin [rechtspersoon VV] aan SBM meedeelt dat zij terugkomt van haar eerdere besluit om SBM te aanvaarden als samenwerkingspartner van de Braziliaanse onderneming [rechtspersoon W] ten behoeve van de Tenders: de Uitsluiting. SBM heeft de informatie over de Uitsluiting door [rechtspersoon VV] voor het eerst kenbaar gemaakt aan de markt op 28 mei 2014.

In de volgende paragrafen beoordeelt de AFM of de Uitsluiting kwalificeert als voorwetenschap als bedoeld in artikel 5:53 (oud) Wft en, zo ja, of SBM een beroep kon doen op uitstel van de openbaarmakingsplicht.

5.2.1 De informatie is concreet

De aanloop naar de Uitsluiting

SBM en [rechtspersoon VV] hebben reeds tientallen jaren een handelsrelatie, die van groot belang is voor de bedrijfsvoering van SBM. De Braziliaanse markt is immers verantwoordelijk voor 50% van de omzet van SBM. Een breuk in een dergelijk belangrijk samenwerkingsverband kan zodoende duidelijk grote gevolgen hebben voor de bedrijfsvoering van SBM.¹⁰³

[rechtspersoon VV] heeft op 21 maart 2014 een uitnodiging tot inschrijving voor de Tenders gepubliceerd. Onder meer gezien het belang van [rechtspersoon VV] als klant van SBM en de grote bedragen die met FPSO's gemoeid zijn, zijn deze Tenders van substantieel belang voor de financiële positie van SBM.¹⁰⁴ SBM stond ten aanzien van de Tenders niet vermeld op de lijst van op voorhand geaccrediteerde partijen.¹⁰⁵ Als zodanig betekende dit nog niet dat SBM niet aan de Tenders zou kunnen deelnemen. De inschrijvingsprocedure voorzag erin dat niet geaccrediteerde partijen door [rechtspersoon VV] alsnog konden worden goedgekeurd als samenwerkingspartner van een Braziliaanse onderneming. Wel leek het ontbreken van SBM op de lijst af te wijken van de verwachtingen.¹⁰⁶ SBM heeft hierover verklaard dat zij zich kon voorstellen dat het feit dat de interne (omkopings)onderzoeken van SBM en [rechtspersoon VV] nog niet waren afgerond, voor [rechtspersoon VV] aanleiding is geweest om SBM ten tijde van de uitnodiging tot inschrijving niet op te nemen op de lijst van op voorhand geaccrediteerde bedrijven voor de Tenders.

¹⁰³ In een brief aan [rechtspersoon VV] van 11 maart 2014 schrijft [A]: “[rechtspersoon VV] is, by far, our most important client and I highly value the partnership and trust displayed by [rechtspersoon VV] throughout the many decades of fruitful cooperation.”

¹⁰⁴ Zie de analyserapporten volgend op de bekendwording van de Uitsluiting, bijlage bij de e-mail van [NN] aan [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, ‘Analyst Reports’.

¹⁰⁵ Reactie op concept-onderzoeksrapport, p. 39.

¹⁰⁶ SBM verwijst in haar zienswijze naar twee berichten in de Braziliaanse media: “SBM is van de lijst uitgesloten totdat onderzoeken naar klachten tegen het bedrijf zijn afgerond.”, bericht van 7 maart 2014 over de Libra Tender; en “SBM staat niet op de lijst”, bericht van 11 maart 2014 over de TVM Tender.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 50 van 75

Op 31 maart 2014 heeft [rechtspersoon VV] haar interne onderzoek afgerond en geconcludeerd dat geen bewijs is aangetroffen voor de betaling van steekpenningen aan medewerkers van [rechtspersoon VV]. Vervolgens heeft zij SBM op 10 mei 2014 informeel geïnformeerd dat SBM zou worden geaccepteerd als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W], als gevolg waarvan SBM alsnog aan de Tenders kon deelnemen.¹⁰⁷ Deze beslissing wordt binnen SBM opgelucht ontvangen.¹⁰⁸

De Uitsluiting van deelname aan de Tenders

Op 23 mei 2014 brengt [A] de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV], [J], telefonisch op de hoogte van het Novum. De volgende ochtend, op zaterdag 24 mei 2014, ontvangt SBM een brief namens [rechtspersoon VV] van [I].¹⁰⁹ Met deze brief informeert [rechtspersoon VV] SBM dat zij terugkomt van haar eerdere besluit om SBM te aanvaarden als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] ten behoeve van de Tenders. De in het Portugees opgestelde brief luidt als volgt:

“Em virtude da proximidade da conclusão dos trabalhos da Comissão Interna de Apuração da [rechtspersoon VV] para averiguar assuntos veiculados na imprensa envolvendo a SBM Offshore e do disposto no item 1.7 do Regulamento anexo ao Decreto n.º 2.745/98 e do disposto no item 5.5 da Solicitação de Envio de Proposta (SEP) N.º [kenmerk] a [rechtspersoon VV], por meio da presente, vêm comunicar que reverte sua decisão de aceitação da SBM Offshore como parceira comercial da Convidada [rechtspersoon W] dos Processos de Afretamento de FPSO para o campo de Tartaruga Verde/Mestica ([kenmerk]) e de Afretamento de FPSO para Teste de Longa Duração (TLD) do Campo de Libra (Solicitação de Envio de Proposta – [kenmerk])” (Onderstreping AFM).¹¹⁰

De door SBM aan de AFM verstrekte onofficiële Engelse vertaling van de brief luidt als volgt:¹¹¹

“Due to the proximity of the completion of the works by [rechtspersoon VV]’ Internal Commission to ascertain conveyed matters in the press involving SBM Offshore and the provisions set forth under [...] [rechtspersoon VV], hereby, announces that is reconsidering its decision of acceptance of SBM Offshore as trading partner [...]”

Op basis van deze brief wordt SBM bekend met de informatie dat zij niet langer is geaccepteerd als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] ten behoeve van de Tenders en als gevolg daarvan is uitgesloten van deelname aan de Tenders. Deze conclusie volgt uit de omstandigheid dat SBM, conform het in de zienswijze van SBM beschreven beleid van [rechtspersoon VV], slechts aan de Tenders kan deelnemen indien zij door [rechtspersoon VV] als samenwerkingspartner van een Braziliaanse onderneming is aanvaard. Uit de brief van

¹⁰⁷ Bijlage bij e-mailwisseling tussen [A] en [N] van 23 mei 2014, ‘FW: MB meeting dd. 12 May: draft minutes’; zienswijze SBM, p. 48.

¹⁰⁸ Zie e-mail van [T] aan [A] van 12 mei 2014, ‘RE: CONFIDENTIAL – [rechtspersoon VV]’, op de mededeling dat SBM weer als samenwerkingspartner is geaccepteerd: “The news below deserve substantially more than congratulations”.

¹⁰⁹ [I] is [functie] [rechtspersoon VV].

¹¹⁰ Brief van 24 mei 2014 van [I] met kenmerk [kenmerk].

¹¹¹ Bijlage 32 bij de brief van 3 november 2017 van de gemachtigden van SBM aan de AFM als reactie op het informatieverzoek van de AFM.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 51 van 75

[rechtspersoon VV] blijkt dat zij op deze aanvaarding is teruggekomen. Anders dan SBM doet voorkomen moet aan het woord *'reconsidering'* in de hierboven weergegeven Engelse vertaling van de brief van [rechtspersoon VV] niet de betekenis worden toegekend dat sprake zou zijn geweest van een heroverweging die nog tot verschillende uitkomsten kon leiden. De originele Portugese term *'reverte'* heeft de specifiekere betekenis van 'terugdraaien', zoals die overigens ook in het onderzoeksrapport is gebruikt.

Als reden voor de Uitsluiting wijst [rechtspersoon VV] in de brief van 24 mei 2014 op de op handen zijnde voltooiing van het onderzoek van de interne commissie naar aanleiding van bepaalde zaken die in de pers zijn weergegeven over SBM. Hieruit valt, anders dan SBM meent, zonder meer af te leiden dat de Uitsluiting het gevolg is van het op de vorige dag met [rechtspersoon VV] gedeelde Novum. Dit volgt uit de volgtijdelijkheid van de mededeling van het Novum en de Uitsluiting, de omstandigheid dat SBM in de pers met omkoping in verband is gebracht en de werkzaamheden van de interne commissie van [rechtspersoon VV]. Deze interne commissie was belast met het omkopingsonderzoek naar SBM en was in eerste instantie tot de conclusie gekomen dat voor omkoping in Brazilië onvoldoende bewijs kon worden gevonden. [rechtspersoon VV] heeft deze conclusie openbaar gemaakt bij persbericht van 31 maart 2014. Hiermee leek het werk van de interne commissie, zoals SBM in haar zienswijze ook aangeeft, volbracht. De verwijzing door [rechtspersoon VV] naar een (blijkbaar nieuw) lopend onderzoek door de interne commissie vormt daarom een duidelijke aanwijzing dat [rechtspersoon VV] beschikte over nieuwe inzichten of informatie die potentieel noopten tot herziening van haar eerdere conclusies over de omkopingsproblematiek. SBM was er daarnaast mee bekend, dan wel moest vermoeden, dat [rechtspersoon VV] aan de vaststelling van omkoping gevolgen zou verbinden voor de deelname van SBM aan de Tenders. Hangende het interne onderzoek van [rechtspersoon VV] naar de mogelijke omkopingspraktijken had [rechtspersoon VV] er immers voor gekozen om SBM niet in de lijst op voorhand geaccrediteerde partijen op te nemen. Naar SBM mocht aannemen, was het tweede een gevolg van het eerste.¹¹² Tegen de achtergrond van de bij SBM bekende feiten en omstandigheden was het voor haar kortom een logische conclusie dat [rechtspersoon VV] haar van deelname aan de Tenders had uitgesloten en dat deze beslissing van [rechtspersoon VV] het rechtstreekse gevolg was van de mededeling van het Novum – zoals ook blijkt uit de hierna te bespreken reacties op de brief binnen SBM. Overigens heeft [rechtspersoon VV] nadien ook herhaaldelijk, ook aan SBM, bevestigd dat de bekendwording met de inhoud van het Novum de reden was voor haar brief van 24 mei 2014.¹¹³

Eerste reacties op de Uitsluiting binnen SBM

Het bericht over de Uitsluiting van 24 mei 2014 slaat in als een bom. De e-mail wordt nagenoeg onmiddellijk door [Y] doorgestuurd naar [A], met de opmerking:

“Very bad news.
We are pulled off TVM and Libra.”

[A] stuurt dit bericht door naar [B] en [D] met de toevoeging:

¹¹² Zoals bevestigd in de schriftelijke zienswijze van SBM van 23 november 2018.

¹¹³ E-mailwisseling tussen [B] en [Y] van 26 mei 2014, 'Re: Meeting with [rechtspersoon VV] – Notes': “[...] what triggers the letter is [A]’s call [...]”; Reactie van [rechtspersoon VV] van 29 december 2017 op het informatieverzoek van de AFM, met kenmerk [kenmerk].

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 52 van 75

“If I were French I would say et merde....”

[B] vraagt:

“Direct consequence of your conversation with [J]?”

[A] antwoordt: “Yes”.¹¹⁴

Kort hierna stuurt [A] een e-mail naar [D] en [B] met de volgende tekst:

“The latest Fred events put us in a totally impossible situation in Brazil. I do not see how [rechtspersoon VV] will allow us back in the bidders list for the foreseeable future and we also run the risk of being excluded from our existing contracts. Given that Brazil is 50% of the world market for FPSO I would say that the survival of the company is at stake and will require a massive restructuring regardless. Here few points which I think are relevant.

[...]

4. For TVM and Libra we need to have [rechtspersoon W] take the lead and we will subcontract with them not sure of the form but will ask [Y] to review that with [KK].

[...]

6. Need to do the press release ASAP before rumors spread”.¹¹⁵

Deze reacties bevestigen dat er op 24 mei 2014 binnen SBM op het hoogste niveau geen twijfel over bestaat dat [rechtspersoon VV] SBM heeft uitgesloten van deelname aan de twee Tenders, dat deze uitsluiting rechtstreeks verband houdt met de mededeling van het Novum aan [rechtspersoon VV] en dat deze ontwikkeling dermate ernstig is dat zelfs het voortbestaan van SBM op het spel staat. Ook is duidelijk wanneer de Uitsluiting van kracht is (per direct).

Gebeurtenissen volgend op de Uitsluiting

SBM heeft zich op het standpunt gesteld dat over de aanleiding en de strekking van de brief van 24 mei 2014 nog twijfel mogelijk was, zodat zij op die datum niet beschikte over concrete informatie. [...] Daarnaast zou de brief nog niet nopen tot de conclusie dat SBM was uitgesloten, maar zou een nadere dialoog met [rechtspersoon VV] hierover duidelijkheid moeten bieden. Hoewel de AFM reeds hierboven heeft gemotiveerd dat voor dergelijke twijfel geen ruimte bestond, zij opgemerkt dat ook de gebeurtenissen na 24 mei 2014 bevestigen dat SBM met de brief van 24 mei 2014 over concrete informatie beschikte. Zij worden voor zover relevant hieronder weergegeven.

¹¹⁴ E-mail van [A] aan [B] van 24 mei 2014, ‘Re: [kenmerk] – SBM’.

¹¹⁵ E-mail van [A] aan [D] en [B] van 24 mei 2014, ‘Random thoughts after a sleepless night’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 53 van 75

Tijdens een telefonische vergadering van de Raad van Bestuur en de Raad van Commissarissen in de avond van zondag 25 mei 2014 wordt de brief van [rechtspersoon VV] besproken. De notulen van de vergadering vermelden:

“[A] had two calls with the [rechtspersoon VV] [(oud)-bestuurder] and on Saturday 24 May, a letter was received excluding SBM Offshore from the list of international contractors allowed to bid for the Tartaruga Verde and Libra tenders. A meeting with [rechtspersoon VV] is planned for Monday 26 May. Mainly because of this letter, the MB was of the view that a press-release should be issued. [RR] invited questions. Questions for clarification were asked and answered by the MB and text amendments were proposed. [RR] concluded that the SB [Raad van Commissarissen, toev. AFM] had full understanding of the note and that the SB was in favor of a proactive approach and agreed with the MB’s conclusion that a press release should be issued.”¹¹⁶

Deze bespreking is geheel in lijn met de hierboven weergegeven reacties op de brief op 24 mei 2014 en bevestigt daarmee dat SBM begrijpt dat zij van deelname aan de Tenders is uitgesloten. Bovendien vinden zowel de Raad van Bestuur als de Raad van Commissarissen het noodzakelijk om over de Uitsluiting, samen met de op 21 mei 2014 van het OM ontvangen informatie (het Novum), een persbericht te publiceren. In de ochtend van 26 mei 2014 wordt het concept persbericht rondgestuurd.¹¹⁷ Het concept persbericht vermeldt ten aanzien van de ontwikkelingen rondom de Tenders het volgende:

“The Company and [rechtspersoon VV] have discussed this new information and judged it prudent in order not to encumber the long term relationship between them that the Company abstain from participating as an international contractor in current tenders in Brazil until such a time as there is more clarity on the outcome of the investigation by the *Openbaar Ministerie*.”¹¹⁸

De voorkeur gaat uit naar een gezamenlijk persbericht met [rechtspersoon VV]; die mogelijkheid moet worden verkend tijdens een gesprek dat eveneens op maandag 26 mei 2014 met [rechtspersoon VV] zal plaatsvinden. Dit gesprek, zo blijkt uit een e-mail van [B] van 26 mei 2014, heeft tot doel:

“First to try to have [rechtspersoon VV] retract its Friday night letter¹¹⁹ providing further details on what we heard from the OM and if that does not work to go for a joint press release or the fall back indicated herein.” (onderstreping AFM).¹²⁰

¹¹⁶ 2014.05.27 Draft Record Note SB Telephone Conference dd 25 May 2014 re FRED.

¹¹⁷ E-mailwisseling tussen [A] en [B] van 26 mei 2014, ‘Re: Privileged and confidential – Draft press release’.

¹¹⁸ 2014.05.26 FRED – draft press release_v3_[Y] ONLY, bijlage bij de e-mail van [B] aan [Y] van 26 mei 2014, ‘Privileged and confidential – Draft press release’.

¹¹⁹ Gedoeld wordt op de brief van [rechtspersoon VV] van 24 mei 2014. Deze brief is gestuurd op zaterdag 24 mei om 00:20:35 Braziliaanse tijd.

¹²⁰ E-mail van [A] aan [B] van 26 mei 2014, ‘Re: Privileged and confidential – Draft press release’. Met de ‘fall back’ wordt geduid op het bij de e-mail gevoegde concept persbericht.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 54 van 75

De insteek van het gesprek is kortom niet het verkrijgen van duidelijkheid over een op verschillende manieren te interpreteren mededeling, maar het overtuigen van [rechtspersoon VV] om op haar – volkomen duidelijke – beslissing terug te komen. Dit blijkt ook uit een andere e-mail waarin [B] [Y] informeert over de te nemen stappen *“In case you have a negative response from [rechtspersoon VV] to the reversal of the May 24 tender letter”* (onderstreping AFM).¹²¹

Op 26 mei 2014 vindt het gesprek plaats tussen [Y] namens SBM en [FF] namens [rechtspersoon VV]. Tijdens dit gesprek geeft [Y] een nadere toelichting op het Novum en geeft [Y] aan dat de brief van 24 mei 2014 koersgevoelig is. [Y] licht toe dat SBM zich genoodzaakt ziet om een persbericht te publiceren en stelt een gezamenlijke communicatiestrategie met [rechtspersoon VV] voor, waarbij SBM de eer aan zichzelf zal houden door aan te kondigen dat zij voorlopig niet aan tenders van [rechtspersoon VV] zal deelnemen. [FF] bevestigt de koersgevoeligheid van de brief en duidt de brief als een tijdelijke uitsluiting:

“Before we jointly communicate or not, [...] you should respond to [rechtspersoon VV] letter in a way that eradicates the price-sensitive problem you do have. I agree about the measure to suspend yourself from current tenders [...]. I would be cautious with the wording of the communication as one could interpret that you are banned by [rechtspersoon VV]. This is not the case, our letter is a temporary measure for Tartaruga and Libra only.”¹²²

Voor het eerst tijdens de vergadering van de Raad van Bestuur van 26 mei 2014 lijkt SBM ten aanzien van de brief van [rechtspersoon VV] een andere houding aan te nemen dan hierboven weergegeven. De uit de bovenstaande reacties blijkende zekerheid maakt op enig moment plaats voor een meer terughoudende opstelling. De notulen van de vergadering van 26 mei 2014 vermelden:

“The MB contemplated the issue of the [rechtspersoon VV] letter and the conversations that were taking place on that letter with [rechtspersoon VV] in Rio de Janeiro between [Y] and senior [rechtspersoon VV] officials. [...]

Considering the lack of detail of the letter it was deemed necessary to seek clarification from [rechtspersoon VV] and to the extent the letter from [rechtspersoon VV] would be share price sensitive, to postpone immediate publication of a press release, relying on the exceptions provided under Dutch Insider trading legislation being (i) that postponing a communication is in the rightful interest of the Company, (ii) does not raise concern of misleading investors and (iii) that confidentiality can be guaranteed by the Company.

It was decided accordingly to postpone the publication of a press release until further notice”.¹²³

¹²¹ E-mail van [B] aan [Y] van 26 mei 014, ‘Privileged and confidential’. Dat [rechtspersoon VV] in haar bief van 24 mei 2014 heeft beoogd om de samenwerking met SBM in ieder geval voorlopig stop te zetten, vindt overigens bevestiging in de latere mededeling van [rechtspersoon VV] dat de wekelijkse vergadering met SBM en [rechtspersoon W] over de Libra tender voorlopig wordt stopgezet. Dit bericht wordt in de loop van maandag 26 mei binnen SBM gecirculeerd. E-mail van [KK] aan [HH], [A], [B] en [D] van 26 mei 2014, ‘FW: TLD LIBRA – [rechtspersoon W]/SBM weekly meeting’.

¹²² E-mailwisseling tussen [Y] en [B] van 26 mei 2014, ‘RE: Meeting with [rechtspersoon VV] – Notes’. [FF] geeft tijdens het gesprek ook aan te willen meedenken over een *“joint-communication to suspend you for Tartaruga and Libra, and maybe not all tenders.”*

¹²³ 2014 05 27 draft MB minutes dd 26 May 2014 – Extract FRED.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 55 van 75

De notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur op 26 mei 2014 maken niet dat moet worden aangenomen dat de daadwerkelijke betekenis van de brief (bij nader inzien) onduidelijk was. Zoals gezegd blijkt al uit de eerste reacties binnen SBM op de brief van [rechtspersoon VV] dat er geen twijfel over bestond dat [rechtspersoon VV] had besloten om SBM van deelname aan de Tenders uit te sluiten en dat een persbericht noodzakelijk was, zij het dat SBM bij nader inzien hoopte [rechtspersoon VV] alsnog te kunnen bewegen om op dit besluit terug te komen. Ook na de vergadering van 26 mei 2014 blijft dit uitgangspunt staan. In een e-mail op 27 mei 2014 schrijft [B]:

“The Vice-Chairman of the Board will give us another day to get the letter from [rechtspersoon VV] retracted but then insists on us going out with a release” (onderstrepingen AFM).¹²⁴

Ook het besef dat de brief van [rechtspersoon VV] een rechtstreeks resultaat is van de mededeling van het Novum aan [rechtspersoon VV] blijft na de vergadering bestaan. Zo schrijft [A] op 27 mei 2014 een brief aan [rechtspersoon VV], die als volgt begint:

“We refer to your letter of 24 May 2014 in the above matter which was in response to a call between [J] and [A]”.¹²⁵

In deze brief verzoekt [A] [rechtspersoon VV] namens SBM om de Uitsluiting te heroverwegen. Op deze brief wordt nog op dezelfde dag gereageerd. [I] geeft aan dat [rechtspersoon VV] de brief van [A] uit ‘good faith’ tussen beide partijen interpreteert als een beroep tegen de Uitsluiting. Tegelijkertijd geeft [rechtspersoon VV] aan dat zij dat beroep heeft afgewezen, waarmee de Uitsluiting in stand blijft.

Gevolgen van de bekendwording van de Uitsluiting

SBM wordt ingehaald door de feiten. In de avond van 27 mei 2014 (Nederlandse tijd) wordt voor het eerst bekend dat SBM is uitgesloten van deelname aan de voor haar zo belangrijke tenders van [rechtspersoon VV]. [J], [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV], verklaart in een parlementaire hoorzitting dat SBM niet mee mag dingen naar tenders totdat alle onderzoeken in Brazilië zijn afgerond.¹²⁶ De koers van het aandeel SBM daalt met 8,85%. [LL], medewerker van SBM, stuurt een Engelse vertaling van de Braziliaanse berichtgeving naar [Y] en [KK] met de opmerking: “Now, it is out.”¹²⁷ Op 28 mei 2014 publiceert SBM voorbeurs een persbericht waaruit blijkt dat zij met [rechtspersoon VV] in gesprek is over de deelname aan de Tenders. Het persbericht luidt:

¹²⁴ E-mail van [B] aan [A], [D] en [Y] van 27 mei 2014, ‘[rechtspersoon VV] letter – response’.

¹²⁵ Brief van 27 mei, ‘Your letter ([kenmerk]) of 24 May 2014 on the Participation in Processo Licitatorio – Campos de Tartaruga Verde / Mestica e Libra’.

¹²⁶ Brief van [rechtspersoon VV] van 27 mei 2014 met kenmerk [kenmerk] en e-mailwisseling tussen [D] en [KK] van 27 mei 2014, ‘Re: [J] na CPI’.

¹²⁷ E-mail van [LL] aan [Y] en [KK] van 27 mei 2014, ‘FW: [J] na CPI’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 56 van 75

“SBM Offshore confirms that it is in dialogue with [rechtspersoon VV] regarding participation in the upcoming Tartaruga Verde and Libra tenders. The Company has deployed significant resources on bidding activities to date and as such is seeking clarification, legal and otherwise, for the potential exclusion from both tenders. SBM Offshore will inform the market when a conclusion is reached.”¹²⁸

In combinatie met de uitlatingen van [J] trekt de markt de conclusie dat [rechtspersoon VV] SBM van deelname aan de Tenders uitsluit. De reacties in de markt op deze ontwikkeling zijn negatief. De Uitsluiting komt niet overeen met het beeld dat inmiddels over SBM heerst en komt dus voor een deel van het beleggend publiek als een verrassing. [DD] stuurt binnen SBM reacties van analisten op het persbericht door en beschrijft daarbij het volgende:

“Some initial confusion in the market as some people we have spoken to were unaware of [J]’s comments to the Senate yesterday. They would have appreciated some reference to it in this morning’s release.

We’ve been asked several times why [rechtspersoon VV] would make such a comment given the recent publication of not only the findings of our internal investigation but also their announcement that their investigation came up with nothing.

A good portion of investors/analysts are asking what amount we’ve sunk into these two bids and whether or not we will be able to recuperate any of costs.

A few questions around any possible legal avenue that can be pursued by the Company against [rechtspersoon VV] for excluding us until the investigations are completed.

A few angry investors given our recent statements that the relationship with [rechtspersoon VV] was unchanged. One analyst has downgraded us from a buy to a sell on today’s announcement. Stock down around 8% at the moment. More to follow.”¹²⁹

Investor comments vanuit [rechtspersoon P], die eveneens binnen SBM worden gedeeld, bevestigen dit beeld.¹³⁰ Meerdere analisten verlagen hun koersdoel.¹³¹ Uit hun reacties blijkt dat de Uitsluiting voor een belangrijk deel de markt als een verrassing komt en dat de ontwikkeling voor SBM als zeer negatief wordt geduid. Over het nieuws van de Uitsluiting schrijft [rechtspersoon P]: “*This conflicts with [rechtspersoon VV]’ own investigation from February that it did not find any wrong doing by SBM and it is the reason for SBM to look for this clarification*”.¹³² De kop van het bericht luidt: “*SBMO: [rechtspersoon VV] not taking bids is a blow for SBM.*” [rechtspersoon R] merkt op: “*Actually, hopes were on the rise that SBM was back in the FPSO tender game after [rechtspersoon VV] cleared the company after an internal investigation*”.¹³³ Een analist van [rechtspersoon Q] schrijft:

¹²⁸ SBM persbericht van 28 mei 2014, ‘Update on SBM Offshore Tenders in Brazil’.

¹²⁹ E-mail van [D] aan [DD] van 28 mei 2014, ‘Re: Initial Investor Feedback’.

¹³⁰ Bijlage bij de e-mail van [D] aan [B], [Q], [Z] en [GG] van 29 mei 2014, ‘Fwd: [rechtspersoon P] Investor Comments SBMO – Update on Tenders’.

¹³¹ Analyst Reports, bijlage bij de e-mail van [DD] aan [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, ‘Analyst Reports’.

¹³² Bijlage bij e-mailwisseling tussen [DD], [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, ‘Analyst Reports’.

¹³³ Bijlage bij e-mailwisseling tussen [DD], [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, ‘Analyst Reports’.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 57 van 75

“Our view: Very bad news, risk of underutilization in 2015

- This is very bad news. With the recent confirmations of [rechtspersoon VV] and SBM that no evidence of bribery was found in Brazil, the risk of exclusion from tenders appeared very small. It comes as a surprise that [rechtspersoon VV] now announces that SBM will be excluded anyway.
- Until now, SBM has always indicated that its relationship with [rechtspersoon VV] was progressing normally, and that it was working on the tenders for the upcoming projects. This was despite rumors in the press that it was excluded from these tenders. The [...] confirmed to us that until last week, the company had no indication it would be excluded [...].”¹³⁴

Ook [rechtspersoon Q] benadrukt het belang van de Tenders voor de perspectieven van SBM en voegt daaraan toe: *“Unless [rechtspersoon VV]’ clarification means SBM can participate in the tenders anyway, there is a significant risk that SBM will have low utilization in 2015 when the current projects are nearing completion.”* De kans is ook nog eens groot dat SBM de significante kosten van de voorbereiding van de Tenders ([rechtspersoon S] schat ze in op \$ 25 miljoen) tevergeefs zal hebben gemaakt.

Juridische analyse van de Uitsluiting

De informatie over de Uitsluiting heeft betrekking op een situatie die reeds bestaat. Zoals hierboven uiteengezet, blijkt uit de brief van 24 mei 2014 dat SBM wordt uitgesloten, wat de aanleiding is voor de Uitsluiting, voor welke specifieke tenders SBM wordt uitgesloten en per wanneer de Uitsluiting van kracht is. Voorts is de informatie over de Uitsluiting specifiek genoeg om een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van de Uitsluiting op de koers. De Uitsluiting zorgt immers voor verlies van (potentiële) omzet gerelateerd aan de Braziliaanse markt, zeker omdat het tenders van de grootste klant van SBM betreft, die voor de bedrijfsvoering van SBM van wezenlijk belang is.¹³⁵

Aangezien het verlies van mogelijke omzet door een beursgenoteerde onderneming gewoonlijk door de markt verrekend wordt in de aandelenprijs door een koersdaling, is de informatie over de Uitsluiting specifiek genoeg om een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van de Uitsluiting op de koers van financiële instrumenten of van daarvan afgeleide instrumenten in SBM.

De omstandigheid dat voor SBM nog een beroepsmogelijkheid openstond op grond waarvan zij [rechtspersoon VV] eventueel zou kunnen overtuigen om van de Uitsluiting terug te komen, staat er niet aan in de weg dat de Uitsluiting zelf al concrete informatie is. Als dat anders zou zijn, dan zou immers elke gebeurtenis die in een breder proces kan worden geplaatst buiten de openbaarmakingsplicht kunnen worden gebracht, ook wanneer alle wezenlijke bestanddelen van voorwetenschap aanwezig zijn.¹³⁶ Hooguit zou als gevolg van een beslissing van [rechtspersoon VV] om de Uitsluiting terug te draaien de voorwetenschap kunnen komen te vervallen, hetgeen

¹³⁴ Bijlage bij e-mailwisseling tussen [DD], [D], [B] en [A] van 28 mei 2014, ‘Analyst Reports.

¹³⁵ Zoals ook door [A] benadrukt in [...] brief van 11 maart 2012 aan [rechtspersoon VV].

¹³⁶ HvJ EU 28 juni 2012, nr. C-19/11, *Gelt/Daimler*, r.o. 35-37.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	58 van 75

niet zou hebben afgedaan aan de initiële verplichting om de informatie over de Uitsluiting openbaar te maken.¹³⁷ Wat betreft de vraag of de mogelijkheid dat [rechtspersoon VV] de Uitsluiting nog zou terugdraaien een reden zou kunnen zijn om openbaarmaking van de informatie uit te stellen, verwijst de AFM naar haar beoordeling in paragraaf 5.2.6.

5.2.2 De Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM

De Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM. De Uitsluiting raakt direct de (potentiële) omzet van SBM.

5.2.3 De Uitsluiting is niet openbaar gemaakt

Op het moment van de aanvang van de overtreding op 24 mei 2014 is de Uitsluiting niet openbaar gemaakt. SBM heeft daarover voor het eerst in het persbericht van 28 mei 2014 het publiek geïnformeerd. In de avond van 27 mei 2014 heeft Reuters bericht over de verklaring van [J], dat SBM niet aan tenders van [rechtspersoon VV] mag deelnemen zolang het corruptieonderzoek loopt. Tot dat moment was de informatie ook niet op andere wijze voor iedereen kenbaar.

5.2.4 Openbaarmaking van de Uitsluiting zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten

De openbaarmaking van de Uitsluiting zou een significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten van SBM of daarvan afgeleide financiële instrumenten. De Tenders hebben betrekking op twee opdrachten van [rechtspersoon VV]. Als gevolg van de Uitsluiting loopt SBM de omzet mis die gerealiseerd had kunnen worden uit het binnenhalen van die Tenders. [Rechtspersoon V] heeft al in haar [naam rapport] van 10 maart 2014 aangegeven dat uitsluiting van een van de Tenders slecht nieuws zou zijn voor SBM, zeker nu SBM slechts op vier projecten biedingen zou hebben uitstaan.¹³⁸ Bovendien is, in meer algemene zin, het belang van de relatie met [rechtspersoon VV], de grootste klant van SBM in haar grootste afzetmarkt, voor SBM aanzienlijk en betekent de Uitsluiting op 24 mei 2014 een belangrijke breuk in dat samenwerkingsverband. Ook binnen SBM wordt dit belang onderkend. SBM heeft bijvoorbeeld per brief op 11 maart 2014 aan [rechtspersoon VV] het belang van deelname aan tenders van [rechtspersoon VV] benadrukt, en daarbij vermeld dat [rechtspersoon VV] veruit de belangrijkste klant van SBM is.

5.2.5 Conclusie ten aanzien van de kwalificatie als voorwetenschap

Op grond van het bovenstaande komt de AFM tot de conclusie dat SBM op 24 mei 2014 beschikte over voorwetenschap, te weten de informatie dat zij was uitgesloten aan deelname van de Tenders.

5.2.6 Uitstel van openbaarmaking

SBM heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat publicatie van de Uitsluiting mocht uitstellen. Hiermee miskent SBM in de eerste plaats dat door dergelijk uitstel misleiding van het publiek te duchten viel. Het mag zo zijn dat SBM geen mededelingen heeft gedaan waarin zij uitdrukkelijk te kennen gaf dat zij aan de Tenders zou (mogen) deelnemen, zodat uitstel op zichzelf niet strijdig is met eerdere berichtgeving van SBM *over de Tenders*.

¹³⁷ Handboek Marktmissbruik, p. 270-1.

¹³⁸ [rechtspersoon V], [naam rapport] – Monday, 10 March 2014.

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 59 van 75

Uit de hierboven in paragraaf 5.2.1 weergegeven analistenrapporten blijkt echter dat een belangrijk deel van de beleggers tot de bekendwording van de Uitsluiting uitging van de reële kans dat SBM omzet zou binnenhalen uit de Tenders. Deze verwachting was in het bijzonder gebaseerd op de door [rechtspersoon VV] op 31 maart 2014 en door SBM op 2 april 2014 gepubliceerde persberichten, dat zij op basis van langdurig onderzoek geen bewijzen hadden gevonden voor omkoping in Brazilië.¹³⁹ SBM diende zich ervan bewust te zijn dat de Uitsluiting het beeld weersprak dat als gevolg van haar eigen berichtgeving (logischerwijs) was ontstaan. Anders dan SBM meent, doelt ESMA in haar *Guidelines* uit 2016 zeker ook op dit soort situaties wanneer zij voorbeelden geeft van situaties waarin misleiding te duchten is.¹⁴⁰ Nu de informatie ten aanzien waarvan uitstel zou zijn genomen strijdig is met het beeld dat mede naar aanleiding van de berichtgeving van SBM zelf in de markt was ontstaan, valt niet in te zien dat van dergelijk uitstel geen misleiding te duchten was.

De AFM ziet bovendien niet in dat de vertrouwelijkheid van de informatie gewaarborgd was. SBM stelt dat de kring van personen binnen SBM die op de hoogte waren van de informatie zo klein mogelijk is gehouden en dat zij zich daarbij aan de voorgeschreven regels heeft gehouden. Echter, de informatie was niet alleen bekend bij SBM. Ook [rechtspersoon VV] was hiervan op de hoogte, terwijl niet is gebleken van enige maatregel om de vertrouwelijkheid van deze informatie te waarborgen. Het hierbij behorende risico werd verwezenlijkt toen zowel SBM als het belegend publiek op 27 mei 2014 werd overvallen door de verklaring van [J] over de Uitsluiting.

Ook als dit anders was geweest, was de vertrouwelijkheid van de informatie in ieder geval vanaf (uiterlijk) 26 mei 2014 niet meer gewaarborgd. Op deze dag kreeg SBM bericht van [MM] van [rechtspersoon VV] dat het wekelijkse overleg tussen [rechtspersoon W] en SBM over de Libra tender was geannuleerd. Deze informatie was niet alleen bij [rechtspersoon VV] en SBM bekend, maar ook bij [rechtspersoon W].¹⁴¹ In ieder geval SBM bracht de annulering in verband met de Uitsluiting.¹⁴² Bovendien schrijft [Y] in een e-mail aan [B] op 26 mei 2014:

“I would need some orientations on what I can/can’t say to [rechtspersoon W]. They are looking for explanations for the Friday letter + Libra email they also received from [rechtspersoon VV]”.¹⁴³

De ‘*Libra email*’ verwijst naar het bericht over de annulering van het wekelijkse overleg over de Libra tender, terwijl met de ‘*Friday letter*’ klaarblijkelijk wordt bedoeld op de brief van 24 mei 2014 waarin SBM op de hoogte wordt gebracht van de Uitsluiting. Zodoende moet worden aangenomen dat ook [rechtspersoon W] van de

¹³⁹ Expliciet: [rechtspersoon S] [naam rapport], 2 april 2014: “[...] given the lack of improper payments in Brazil and the results of the [rechtspersoon VV] probe we believe it is appropriate to assume some value for SBM’s ability to win awards in the future (increase of €3).”

¹⁴⁰ ESMA wijst op voorwetenschap die strijdig is met de marktverwachtingen, waarbij die verwachtingen zijn gebaseerd op signalen die de uitgevende instelling eerder aan de markt heeft gecommuniceerd, bijvoorbeeld in interviews, roadshows of enig ander soort door of met goedkeuring van de uitgevende instelling georganiseerde communicatie. ESMA 2016/1478 par. 9.

¹⁴¹ E-mail van [KK] aan [HH], [A], [B] en [D] van 26 mei 2014, ‘FW: TLD LIBRA – [rechtspersoon W]/SBM weekly meeting’.

¹⁴² E-mail van [B] aan [Y] van 27 mei 2014, ‘Fwd: [rechtspersoon VV] letter – response’: “We need a letter from [rechtspersoon VV] in which they respond to this letter, saying: in view of our letter they will let us back into the weekly meetings”.

¹⁴³ E-mailwisseling tussen [Y] en [B] van 26 mei 2014, ‘RE: Meeting with [rechtspersoon VV] – Notes’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	60 van 75

Uitsluiting op de hoogte was, terwijl ook hier niet is gebleken van enige maatregel om de vertrouwelijkheid te garanderen. Ook hierdoor was de vertrouwelijkheid niet langer te waarborgen.

Uit de notulen van de overleggen binnen SBM blijkt dat SBM meende uitstel te mogen nemen, maar niet op welke grond zulk uitstel gerechtvaardigd werd geacht.¹⁴⁴ SBM voert in haar zienswijze aan dat openbaarmaking van de aangekondigde heroverweging van [rechtspersoon VV] het normale verloop van de dialoog met [rechtspersoon VV] zou beïnvloeden en mogelijk een definitieve beslissing van [rechtspersoon VV] zou forceren. Dat SBM als gevolg hiervan een rechtmatig belang zou hebben is niet aannemelijk en volgt overigens ook niet uit de notulen van de overleggen binnen SBM. Gegeven de bekendheid van [rechtspersoon VV] met het Novum en de uiterst gevoelige aard van deze informatie, ook tegen de achtergrond van de start van *Lava Jato*, het politiek sterk geladen omkopingsonderzoek in Brazilië waarin ook [rechtspersoon VV] in een negatief daglicht was komen te staan, en mede blijkend uit de omstandigheid dat eerdere vermoedens van omkoping hadden geleid tot het schrappen van SBM van de lijst geaccrediteerde partijen,¹⁴⁵ kon SBM redelijkerwijs niet hopen op een positieve uitkomst van de dialoog met [rechtspersoon VV]. Als gevolg hiervan kon die dialoog niet *als gevolg van publicatie* op glad ijs komen te staan. Gezien deze feiten en omstandigheden mocht SBM publicatie van de bij haar bekende informatie niet uitstellen.

5.2.7 Beëindiging van de overtreding

In de avond van 27 mei 2014 bericht Reuters over de verklaring van [J], dat SBM niet aan tenders van [rechtspersoon VV] mag deelnemen zolang het corruptieonderzoek loopt. Als gevolg van dit bericht, gebaseerd op de verklaring van de [(oud)-bestuurder] van [rechtspersoon VV], wordt de Uitsluiting openbaar gemaakt en houdt deze op, voorwetenschap te zijn. Hiermee eindigt de overtreding.

Op 28 mei 2014 publiceert SBM voorbeurs een persbericht met de volgende tekst maakt daarmee alsnog de bij haar bekende voorwetenschap openbaar:

“SBM Offshore confirms that it is in dialogue with [rechtspersoon VV] regarding participation in the upcoming Tartaruga Verde and Libra tenders. The Company has deployed significant resources on bidding activities to date and as such is seeking clarification, legal and otherwise, for the potential exclusion from both tenders. SBM Offshore will inform the market when a conclusion is reached.”¹⁴⁶

5.3 Conclusie ten aanzien van de Uitsluiting

Op grond van het voorgaande concludeert de AFM dat SBM op 24 mei 2014 over voorwetenschap kwam te beschikken. Vanaf deze dag was het SBM bekend dat zij van deelname van de Tenders was uitgesloten. Die

¹⁴⁴ Notulen van de vergadering van de Raad van Bestuur van 26 mei 2014, ‘2014 05 27 draft MB minutes dd 26 May 2014 – Extract FRED’.

¹⁴⁵ SBM heeft in haar zienswijze opgemerkt dat zij zich kan voorstellen dat de interne onderzoeken van SBM en [rechtspersoon VV] nog niet waren afgerond, voor [rechtspersoon VV] aanleiding is geweest om SBM ten tijde van de uitnodiging tot inschrijving niet op te nemen op de lijst van op voorhand geaccrediteerde bedrijven voor de Tenders.

¹⁴⁶ SBM persbericht van 28 mei 2014, ‘Update on SBM Offshore Tenders in Brazil’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	61 van 75

informatie had SBM op grond van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft onverwijld algemeen verkrijgbaar moeten stellen. Dit heeft zij echter nagelaten, waarmee zij dit artikel heeft overtreden. Van een recht op uitstel voor SBM van deze plicht was geen sprake, nu SBM niet heeft voldaan aan de in artikel 5:25i, derde lid, (oud) Wft neergelegde voorwaarden voor uitstel van openbaarmaking. Pas op 27 mei 2014 is de overtreding beëindigd doordat de voorwetenschap openbaar is gemaakt.

6 De Definitieve Uitsluiting

Op 27 mei 2014 heeft [A] namens SBM [rechtspersoon VV] verzocht om de Uitsluiting terug te draaien, welk verzoek op dezelfde dag is afgewezen. Op 29 mei 2014 heeft SBM bij [rechtspersoon VV] een tweede beroep ingesteld tegen de Uitsluiting (het Hiërarchisch Beroep). Het Hiërarchisch Beroep wordt op 4 juni 2014 afgewezen. De AFM heeft onderzocht of SBM op 4 juni 2014 beschikte over voorwetenschap, te weten de informatie dat [rechtspersoon VV] definitief heeft besloten om haar van deelname aan de Tenders uit te sluiten, en of SBM deze voorwetenschap ten onrechte niet heeft gepubliceerd. Ten aanzien van deze vragen is de AFM in het onderzoeksrapport tot een bevestigend antwoord gekomen, waarmee SBM zich niet kan verenigen. Hieronder wordt eerst de zienswijze van SBM op dit punt weergegeven (paragraaf 6.1), gevolgd door de beoordeling door de AFM (paragraaf 6.2) en de conclusie ten aanzien van de Uitsluiting (paragraaf 6.3).

6.1 Zienswijze van SBM over de Definitieve Uitsluiting

Voorwetenschap

In de nacht van 4 op 5 juni 2014 heeft SBM een brief van [rechtspersoon VV] ontvangen waarin wordt meegedeeld dat het Hiërarchisch Beroep is afgewezen. Deze informatie vormde voor SBM geen reden om tot het oordeel te komen dat SBM op 4 juni 2014 over voorwetenschap beschikte, omdat het Hiërarchisch Beroep nog vatbaar was voor beroep bij de federale kortgedingrechter die de werking van het besluit had kunnen schorsen waarover SBM in de dagen volgend op de brief van 4 juni 2014 met [rechtspersoon VV] in gesprek is getreden. De uitsluiting was derhalve niet definitief en mitsdien onvoldoende concreet om als voorwetenschap te kwalificeren. In de periode van 4 tot en met 11 juni 2014 was SBM intern in beraad en tevens in overleg met [rechtspersoon VV]. Op 12 juni 2014 heeft SBM voorbeurs een persbericht uitgebracht waarin zij aangeeft dat zij niet meedingt naar de Tenders. De aanleiding voor dit persbericht was dat SBM in haar persbericht van 28 mei 2014 had vermeld dat zij de markt zou informeren als een afronding zou worden bereikt van de gesprekken met [rechtspersoon VV] over de mogelijke uitsluiting van de Tenders hetgeen SBM gedaan heeft met het persbericht van 12 juni 2014. Het is voor SBM onduidelijk waar de AFM haar standpunt op baseert dat SBM op 4 juni 2014 nog meer informatie zou hebben ontvangen waaruit bleek waarom [rechtspersoon VV] de Uitsluiting gegrond achtte. SBM verwijst in dat kader naar een brief waarin een en ander gezegd zou zijn over de rol van SBM hetgeen volgens SBM een andere strekking zou hebben en niets meer zou zijn dan een verduidelijking van de geldende Braziliaanse aanbestedingsregels waarmee SBM bekend was die inhielden dat op grond van de geldende aanbestedingsregels enkel Braziliaanse partijen konden kwalificeren als bieder voor de Tenders.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	62 van 75

De stelling van de AFM dat in de dagen volgend op 24 mei 2014 op meerdere manieren duidelijk werd dat de Uitsluiting al van kracht was en dat terugdraaien van het besluit niet waarschijnlijk zou zijn is volgens SBM dan ook onjuist. De AFM gaat eraan voorbij dat [rechtspersoon VV] op 26 mei 2014 een dringend verzoek deed aan SBM om een brief te sturen in reactie op de brief van [rechtspersoon VV] van 24 mei 2014. Bovendien heeft SBM in de dagen hierop volgend Hiërarchisch Beroep ingesteld en had zij ook nog de mogelijkheid beroep in te stellen bij de Braziliaanse federale kortgedingrechter. Al met al was het voor SBM niet zonder meer duidelijk dat het terugdraaien van het besluit van 24 mei 2014 niet waarschijnlijk zou zijn. Dit wordt bevestigd door het feit dat er op 9 juni 2014 een bespreking heeft plaatsgevonden met [Y] en [rechtspersoon VV] tijdens welke bespreking de mogelijkheden werden verkend voor verschillende beschikbare rechtsmiddelen en wijzen waarop SBM als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] in de aanbestedingsprocedure kon worden gehandhaafd. De opmerking van de AFM dat SBM door de afwijzing van het Hiërarchisch Beroep zou zijn geweerd van haar belangrijkste afnemer en inkomstenbron is onjuist voor zover daarmee wordt bedoeld dat destijds al bekend zou zijn dat SBM voor langere tijd niet zou mogen participeren in tenders van [rechtspersoon VV].

SBM staat ook hier primair op het standpunt dat er geen sprake is van voorwetenschap, maar voor zover SBM wel over voorwetenschap zou hebben beschikt, stelt SBM zich subsidiair op het standpunt dat zij gerechtigd was om de openbaarmaking uit te stellen.

Uitstel van openbaarmaking

Uitstel van de openbaarmaking over de uitkomst van het Hiërarchisch Beroep diende een rechtmatig belang van SBM, omdat er nog beroep openstond bij de Braziliaanse voorzieningenrechter, waarmee de beslissing van [rechtspersoon VV] op het Hiërarchische Beroep nog niet tot definitieve uitsluiting van de Tenders had geleid. SBM heeft zo snel mogelijk en binnen één week hierover een beslissing genomen. Deze tijd had SBM nodig om advies in te winnen en een zorgvuldige afweging te kunnen maken. Eerdere openbaarmaking over een definitieve beslissing van SBM had niet alleen deze afweging in de weg gestaan, maar ook een onbevooroordeelde rechtsgang voor het geval het zover mocht komen. Zodra de beslissing was genomen om geen gerechtelijke procedure te starten, kwam het rechtmatig belang te vervallen en heeft SBM de informatie openbaar gemaakt.

Door het uitstel was geen misleiding te duchten, want SBM heeft geen andere mededelingen gedaan waardoor een verkeerde voorstelling van zaken teweeg zou worden gebracht. Het tegendeel is het geval. SBM had de markt geïnformeerd in haar persbericht van 28 mei 2014 dat zij de markt weer zou informeren zodra er definitief uitsluitsel was over de toelating tot de tenders. Tot slot was de vertrouwelijkheid gewaarborgd doordat het strikt vertrouwelijk werd behandeld en de informatie alleen werd gedeeld of besproken met personen voor wie het noodzakelijk was om in het kader van de normale uitoefening van werk, beroep of functie bekend te zijn met deze informatie.

6.2 Beoordeling van de Definitieve Uitsluiting

Op 27 mei 2014 heeft SBM een brief gestuurd aan [rechtspersoon VV] waarin zij haar heeft verzocht de Uitsluiting te heroverwegen. [rechtspersoon VV] heeft deze brief behandeld als beroep, dat zij op dezelfde dag

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	63 van 75

heeft afgewezen. SBM gaat vervolgens op 29 mei 2014 nogmaals in beroep bij [rechtspersoon VV] tegen de Uitsluiting (het Hiërarchisch Beroep). Het Hiërarchisch Beroep wordt door [rechtspersoon VV] op 4 juni 2014 afgewezen. Deze beslissing (de Definitieve Uitsluiting) wordt uiterlijk op 5 juni 2014 bij SBM bekend.¹⁴⁷ SBM informeert het publiek voor het eerst op 12 juni 2014 over de uitslag van het Hiërarchisch Beroep.

In de volgende paragrafen beoordeelt de AFM of de Definitieve Uitsluiting kwalificeert als voorwetenschap als bedoeld in artikel 5:53 (oud) Wft en, zo ja, of SBM een beroep kon doen op uitstel van de openbaarmakingsplicht.

6.2.1 De informatie is concreet

De Definitieve Uitsluiting is opgenomen in twee brieven van 4 juni 2014, ondertekend door [I]. In deze brieven informeert [rechtspersoon VV] SBM dat zij het Hiërarchisch Beroep afwijst en haar besluit om SBM uit te sluiten van de Tenders, handhaaft.¹⁴⁸ [rechtspersoon VV] komt tot de volgende conclusie:

“Having said this, after the analysis of the Hierarchic Appeal, lodged on May 29, 2014 it is appropriate to notify SBM of its rejection, upholding the decision for the exclusion of the appellant from the list of possible associates of the company invited by [rechtspersoon VV] for the procurement for the Charter of the FPSO for the Tartaruga Verde/Mestiga Field.”¹⁴⁹

Van deze beslissing brengt [rechtspersoon VV] SBM ook telefonisch op de hoogte.¹⁵⁰ Uiterlijk op 5 juni 2014 is SBM met deze beslissing bekend.¹⁵¹ Op dat moment beschikt SBM over de informatie dat [rechtspersoon VV] heeft besloten om definitief niet terug te komen van haar beslissing om SBM ten behoeve van de Tenders te weigeren als mogelijke samenwerkingspartner van [rechtspersoon W]. Na deze afwijzing kan een andersluidende beslissing hooguit nog via een gerechtelijke procedure worden afgedwongen. Hierover zijn [Y] en [B] geïnformeerd door [HH], de [functie] van SBM, die op 4 juni 2014 heeft geschreven: “*this is the last internal [rechtspersoon VV] appeal – any further action will be in open court.*”¹⁵²

Op grond van de bovenstaande feiten en omstandigheden stelt de AFM vast dat SBM als gevolg van de Definitieve Uitsluiting beschikte over concrete informatie. De informatie betrof een bestaande situatie, te weten dat [rechtspersoon VV], ook na het beroep van 27 mei 2014 en het Hiërarchisch Beroep, SBM blijft uitsluiten van deelname aan de Tenders. Over het bestaan van deze situatie bestaat geen enkele twijfel, zij het dat SBM zich nog beraadt op mogelijkheden om de gevolgen daarvan via een gerechtelijke procedure om te draaien. De informatie is tevens specifiek genoeg om er een conclusie uit te trekken over de mogelijke invloed daarvan op de koers van SBM. Hiertoe brengt de AFM in herinnering dat SBM een aanzienlijk belang had bij een goede relatie

¹⁴⁷ [...].

¹⁴⁸ Brieven van 4 juni 2014 met kenmerken [kenmerk] en [kenmerk].

¹⁴⁹ Brief van [rechtspersoon VV] van 4 juni 2014 met kenmerk [kenmerk]. Een vergelijkbare conclusie staat in de brief met kenmerk [kenmerk], met betrekking tot de Libra Tender.

¹⁵⁰ [...].

¹⁵¹ [...].

¹⁵² E-mail van [HH] aan [B] en [Y] van 4 juni 2014, ‘RE: Appeal’.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	64 van 75

met [rechtspersoon VV], haar grootste klant in de grootste afzetmarkt, en dat de beslissing van [rechtspersoon VV] om SBM van deelname aan de Tenders uit te sluiten een belangrijke breuk in dat samenwerkingsverband betekende. Uit de hierboven in paragraaf 5.2.1 weergegeven reacties in de markt op de bekendwording van de Uitsluiting blijkt bovendien dat beleggers informatie die betrekking heeft op de Uitsluiting daadwerkelijk hebben gebruikt om er hun beleggingsbeslissingen ten dele op te baseren. Uit deze reacties blijkt dat de informatie over de Uitsluiting specifiek genoeg was om een grondslag te vormen voor de beoordeling of deze informatie van invloed kon zijn op de koers van de aandelen SBM. Het bovenstaande geldt *a fortiori* voor de Definitieve Uitsluiting, als gevolg waarvan immers definitief vaststaat dat [rechtspersoon VV] niet wenste om SBM als samenwerkingspartner te accepteren in twee voor haar bedrijfsvoering wezenlijke tenders.

Aan de omstandigheid dat SBM op 5 juni 2014 beschikte over concrete informatie over de Definitieve Uitsluiting doet niet af dat, naar SBM stelt, zij mocht menen de beslissing van [rechtspersoon VV] via een gerechtelijke procedure nog te kunnen doen terugdraaien. Zodoende kan niet met SBM worden geconcludeerd dat de informatie pas concreet kan zijn geworden door haar keuze, op 11 juni 2014, om uiteindelijk geen rechtsmiddelen tegen de Definitieve Uitsluiting aan te wenden. Ook tussenstappen in een geleidelijk proces kunnen immers concrete informatie betreffen die in voorkomend geval openbaar moet worden gemaakt. Zodoende doet de omstandigheid dat een situatie mogelijk nog zal wijzigen op zichzelf nog geen afbreuk aan de kwalificatie van die situatie als een situatie die bestaat. Evenmin maakt de mogelijkheid van een gerechtelijke procedure dat de informatie geen grondslag kan vormen voor een beoordeling van de invloed op de koers, nu de markt zelf een inschatting kan maken van de kans van slagen van die procedure en de mogelijke effecten daarvan op de winstgevendheid van SBM.

Ook als dit anders zou zijn, valt niet in te zien dat SBM zou hebben mogen menen de gevolgen van de Definitieve Uitsluiting nog te kunnen doen terugdraaien. [...]

SBM heeft zich op het standpunt gesteld dat uit een e-mailwisseling van 9 juni 2014 tussen [Y] en [B] zou blijken dat SBM is bekend geworden met een andere voorziening ('*injunction*') op grond waarvan zij (wel) zou kunnen afdwingen dat [rechtspersoon VV] SBM als samenwerkingspartner van [rechtspersoon W] moest accepteren.¹⁵³ In dit kader heeft SBM verwezen naar geprivilegieerde correspondentie met haar advocaten waarover de AFM niet beschikt. Wat hier verder ook van zij: de AFM ziet niet in dat SBM op uiterlijk 5 juni 2014 niet over concrete informatie zou hebben beschikt als gevolg van de door haar gestelde omstandigheid dat zij op een later moment meende een rechterlijke uitspraak in haar voordeel te kunnen bewerkstelligen.

6.2.2 De Definitieve Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM

De Uitsluiting heeft rechtstreeks betrekking op SBM. De Uitsluiting raakt direct de (potentiële) omzet van SBM.

6.2.3 De Definitieve Uitsluiting is niet openbaar gemaakt

Op 5 juni 2014 is de informatie over de Definitieve Uitsluiting niet openbaar gemaakt. De informatie was in de periode van 5 juni 2014 tot 12 juni 2014 ook niet op andere wijze voor iedereen kenbaar.

¹⁵³ Schriftelijke zienswijze van SBM, randnr. 167.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	65 van 75

6.2.4 Openbaarmaking van de Definitieve Uitsluiting zou significante invloed kunnen hebben op de koers van de financiële instrumenten of op de koers van daarvan afgeleide financiële instrumenten

Openbaarmaking van de Definitieve Uitsluiting zou een significante invloed kunnen hebben gehad op de koers. Ten aanzien van de Uitsluiting zelf is dit reeds toegelicht in paragraaf 5.2.1. Dit geldt *mutatis mutandis* voor de handhaving van de Uitsluiting. Nu het persbericht van 28 mei 2014 nog melding maakte van een dialoog met [rechtspersoon VV] en een '*potential exclusion*', is de informatie dat de dialoog is beëindigd en [rechtspersoon VV] SBM definitief van deelname aan de Tenders heeft uitgesloten nog niet in de koers verwerkt.

6.2.5 Conclusie ten aanzien van de kwalificatie als voorwetenschap

Op grond van het bovenstaande oordeelt de AFM dat SBM uiterlijk op 5 juni 2014 beschikte over voorwetenschap, te weten dat [rechtspersoon VV] de Uitsluiting in stand heeft gelaten. Deze voorwetenschap heeft SBM niet onverwijld bekend gemaakt.

6.2.6 Uitstel van openbaarmaking

SBM heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat zij gerechtigd was om publicatie van de informatie over de Definitieve Uitsluiting uit te stellen. Eerdere openbaarmaking van de informatie zou in de weg hebben gestaan aan de door haar te maken afweging om de beslissing al dan niet in een gerechtelijke procedure aan te vechten, maar ook aan een onbevooroordeelde rechtsgang, mocht het zover komen. Daarnaast zou openbaarmaking van de Definitieve Uitsluiting, zo lang deze nog kon worden aangetast, aan een correcte beoordeling van de informatie door beleggers in de weg staan.

De AFM ziet geen grond voor uitstel van openbaarmaking aangezien er geen sprake was van een rechtmatig belang voor SBM. Niet valt in te zien dat de interne afweging van volgende stappen een rechtmatig belang zou kunnen vormen voor uitstel van openbaarmaking. Deze afweging betrof de vraag of het besluit tot uitsluiting door [rechtspersoon VV] van 24 mei 2014 ongedaan kon worden gemaakt door het aanhangig maken van een gerechtelijke procedure bij de federale rechtbank in Brazilië. Niet valt in te zien dat publicatie van de voorwetenschap over de Definitieve Uitsluiting aan het instellen en vervolgens slagen van een gerechtelijke procedure in de weg zou hebben gestaan, dan wel anderszins het succesvol doorlopen van de gerechtelijke procedure zou hebben geschaad. Bovendien ziet de AFM niet in dat [...], zoals hierboven in paragraaf 6.2.1 uiteengezet.

Dat onverwijld openbaarmaking een correcte beoordeling van de informatie door beleggers in de weg zou hebben gestaan, zoals SBM stelt, acht de AFM niet reëel. Zoals hierboven weergegeven was de informatie over de Definitieve Uitsluiting voldoende specifiek om er een conclusie uit te trekken over de mogelijke invloed daarvan op de koers van SBM. Bovendien stond het SBM vrij om te vermelden dat zij zich beraadde op vervolgstappen en eventueel welke vervolgstappen dat (konden) zijn.

Nu het persbericht van 28 mei 2014 nog melding maakte van een dialoog met [rechtspersoon VV], en deze dialoog als gevolg van de Definitieve Uitsluiting voor SBM in negatieve zin geëindigd was, viel van uitstel van publicatie daarnaast misleiding te duchten. Ten slotte was naar het oordeel van de AFM de vertrouwelijkheid van

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	66 van 75

de informatie gedurende het uitstel onvoldoende gewaarborgd. Ook als juist is dat SBM voldoende maatregelen heeft getroffen om binnen SBM de vertrouwelijkheid van de informatie te waarborgen, heeft te gelden dat de informatie ook bekend was bij [rechtspersoon VV]. Er bestaat geen enkele aanwijzing dat het [rechtspersoon VV] niet vrij zou hebben gestaan om over haar eigen beslissing extern te communiceren.

6.2.7 Beëindiging van de overtreding

Pas op 12 juni 2014 publiceert SBM voorbeurs een persbericht met de volgende tekst en beëindigt daarmee de overtreding:

“On May 28, 2014 SBM Offshore confirmed that it was in dialogue with [rechtspersoon VV] regarding participation in the upcoming Tartaruga Verde and Libra tenders. Based on those discussions, the Company will not participate as an international contractor in the current tenders for the Tartaruga Verde and Libra fields.”

6.3 Conclusie ten aanzien van de Definitieve Uitsluiting

Op grond van het bovenstaande stelt de AFM vast dat SBM uiterlijk op 5 juni 2014 over voorwetenschap kwam te beschikken. Op dit moment beschikte SBM over de informatie dat [rechtspersoon VV] de Uitsluiting in stand had gelaten. Die informatie had SBM op grond van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft onverwijld algemeen verkrijgbaar moeten stellen. Dit heeft zij echter nagelaten, waarmee zij dit artikel heeft overtreden. Van een recht op uitstel voor SBM van deze plicht is geen sprake, nu SBM niet heeft voldaan aan de in artikel 5:25i, derde lid, (oud) Wft neergelegde voorwaarden voor uitstel van openbaarmaking. Pas op 12 juni 2014 is de overtreding beëindigd doordat SBM de voorwetenschap algemeen verkrijgbaar heeft gesteld.

7 Resterende aspecten zienswijze

Zienswijze SBM

Naast de in de paragrafen 3.1, 4.1, 5.1 en 6.1 weergegeven aspecten van de zienswijze heeft SBM nog het volgende naar voren gebracht.

SBM zou door een bestuurlijke boete onevenredig in haar belangen worden geschaad, nu zij in relatie tot dezelfde omstandigheden reeds zwaar is gesanctioneerd door het OM, de DoJ en de Braziliaanse autoriteiten. Daar komt bij dat het nieuwe management sinds 2012-2013 ingrijpende wijzingen heeft doorgevoerd in de organisatie en acties die zijn ondernomen met betrekking tot al degenen die eerder bij mogelijke omkoping betrokken zijn geweest.

[...]

SBM heeft ten slotte enkele opmerkingen gemaakt over de informatie zoals opgenomen in de bijlagen bij het finale onderzoeksrapport van de AFM. Het betreft:

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	67 van 75

- voorstellen tot aanpassing van (de beschrijving van) enkele in bijlagen vermelde feiten en (rechts)personen;
- voorstellen tot aanvulling van bepaalde feiten die volgens SBM relevant zijn voor het onderzoek, met het verzoek om deze in het feitenoverzicht op te nemen;
- een verzoek tot verwijdering van de namen en omschrijving van acht in Bijlage 2 van het finale onderzoeksrapport vermelde (rechts)personen omdat de relevantie van deze gegevens voor het onderzoek van de AFM onduidelijk is;
- een verzoek tot verwijdering van feiten en omstandigheden die vallen buiten de onderzoeksperiode van januari 2012 tot december 2014.

Reactie AFM

Voor de reactie op de zienswijze ten aanzien van de publicatie wordt verwezen naar de bespreking hierna in paragraaf 8.3.1.

SBM heeft een beroep gedaan op het evenredigheidsbeginsel en in dat kader gesteld dat zij in relatie tot dezelfde omstandigheden reeds zwaar is gesanctioneerd door het OM, de DoJ en de Braziliaanse autoriteiten, terwijl zij sinds 2012 ingrijpende wijzigingen in haar bedrijfsvoering heeft doorgevoerd. Hiermee gaat SBM er echter aan voorbij dat zowel de door haar genoemde sancties als de wijzigingen in de organisatie betrekking hebben op het hebben plaatsgevonden van omkoping. De AFM vermeldt uitdrukkelijk dat de door haar geconstateerde overtredingen niet zien op het al dan niet hebben plaatsgevonden van omkoping, hetgeen zij ook niet heeft onderzocht. Het verwijt dat SBM door de AFM wordt gemaakt, betreft de wijze waarop zij over de mogelijke omkopingspraktijken heeft gecommuniceerd. Hierdoor is het belegend publiek onvoldoende in staat geweest om op basis van volledige en juiste informatie haar beleggingsbeslissingen te nemen, waar bij hoort dat beleggers zelf de nodige risico-inschatting moesten kunnen nemen ten aanzien van de vraag of omkoping zou worden vastgesteld – en dus ook of rekening moest worden gehouden met de uiteindelijk door het OM, de DoJ en de Braziliaanse autoriteiten opgelegde sancties. Voor het afzien van boeteoplegging op grond van de door SBM gestelde omstandigheden bestaat aldus geen aanleiding. Wel ziet de AFM aanleiding om het bedrag van de boete op grond van de evenredigheid lager vast te stellen, zoals hierna wordt toegelicht in paragraaf 8.2.

Ten aanzien van de door SBM gemaakte opmerkingen over de bijlagen bij het finale onderzoeksrapport stelt de AFM voorop dat zij, voor zover SBM hierom verzoekt, geen aanleiding ziet om het definitieve onderzoeksrapport te wijzigen. Het onderzoeksrapport maakt geen deel uit van het onderhavige besluit en wordt niet geraakt door de publicatieplicht die op grond van artikel 1:97 Wft op de AFM rust. Overigens overweegt de AFM als volgt:

- De AFM heeft de door SBM voorgestelde aanvullingen en wijzigingen in het beoordeeld en, waar gerechtvaardigd, in dit besluit en de bijlagen overgenomen;
- De AFM heeft aanleiding gezien om de door SBM aanvullend genoemde feiten over te nemen voor zover het gaat om de gebeurtenissen op 6 april 2012, 21 februari 2014 en 26 februari 2014 tot 28 februari 2014. Deze feiten zijn opgenomen in bijlage 3 bij dit besluit. SBM verwijst ook naar een e-mail van [F] aan SBM van 17 oktober 2013 en de reactie daarop door [HH] op 18 oktober 2013. SBM heeft aangegeven dat zij eraan hecht dat deze e-mails in het feitenoverzicht worden opgenomen omdat deze context relevant is voor het moment waarop [F] [...] artikel op Wikipedia heeft gepubliceerd, op 18

oktober 2013. De AFM verbindt in haar besluit geen conclusies aan het moment waarop [F] het bewuste artikel heeft gepubliceerd en ziet daarom niet de relevantie van het citeren van de twee e-mails in het onderhavige besluit. Hiermee kan verder ook geen belang van SBM zijn gediend, nu zij zelf over de documenten beschikt en het haar vrij staat om deze in haar (verdere) verdediging te betrekken.

- De AFM heeft in het onderhavige besluit de namen en beschrijvingen van de door SBM genoemde (rechts)personen niet opgenomen waar deze niet relevant zijn voor de beoordeling van de overtreding. De ondernemingen [rechtspersoon E] en [rechtspersoon G] vervulden een prominente rol in (het begin van) het interne onderzoek en worden daarom in het besluit wel bij naam genoemd. De AFM merkt op dat zij de openbare versie van het boetebesluit heeft geschoond van vertrouwelijke en/of concurrentiegevoelige informatie, zodat de belangen van deze (rechts)personen worden gewaarborgd.
- Feiten en omstandigheden die vallen buiten de onderzoeksperiode – buiten de door SBM na ontvangst van het finale onderzoeksrapport vermelde feiten en omstandigheden – worden niet in het onderhavige besluit betrokken.

8 Besluit

8.1 Besluit tot boeteoplegging

De AFM heeft in de paragrafen 3.3, 4.3, 5.3 en 6.3 vastgesteld dat SBM tussen 27 maart 2012 tot 12 november 2014 viermaal heeft nagelaten voorwetenschap onverwijd algemeen verkrijgbaar te stellen. Dit is een overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft. De overtredingen hebben plaatsgevonden in de periodes van 27 maart 2012 tot 2 april 2014, 27 mei 2014 tot 12 november 2014, 24 mei 2014 tot 27 mei 2014 en 5 juni 2014 tot 12 juni 2014.

De overtredingen waarop het onderhavige besluit ziet hebben telkens betrekking op het nalaten door SBM om het belegend publiek te informeren over de mogelijke toekomstige vaststelling van omkoping (de eerste twee overtredingen) en over de gevolgen van deze mogelijke vaststelling voor de samenwerking met haar belangrijkste klant [rechtspersoon VV] (de laatste twee overtredingen). De duur van de eerste twee overtredingen is aanzienlijk: respectievelijk ruim twee jaar en bijna een half jaar. Gedurende de vier periodes van overtreding hebben beleggers hun beleggingsbeslissingen ten aanzien van SBM niet kunnen baseren op volledige en juiste informatie. Dit, terwijl het belang van de op de verschillende momenten bij SBM bekende informatie voor haar financiële positie nauwelijks kan worden onderschat. Dat geldt voor alle overtredingen, maar blijkt nog het duidelijkst in de dagen na 21 mei 2014, wanneer als gevolg van het bekend worden met het Novum, de Flow Chart en de Uitsluiting binnen SBM serieus wordt gevreesd voor het voortbestaan van de onderneming. Nu beleggers tot viermaal toe over dermate belangrijke informatie in het duister hebben moeten tasten, acht de AFM boeteoplegging zonder meer opportuun.

Meer in het algemeen merkt de AFM op dat het achterhouden van cruciale informatie door individuele beursfondsen, zeker als het een AEX-fonds betreft, het vertrouwen onder beleggers in de markt als geheel schaadt. In het geval dat de informatie ziet op de communicatie over mogelijke omkoping in de grootste markt

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	69 van 75

van een uitgevende instelling, zou dit vragen kunnen oproepen bij beleggers over de integriteit van een bepaalde bedrijfssector als geheel. Beleggers vertrouwen er op dat dergelijke informatie tijdig met hen wordt gedeeld, zodat zij een gedegen risico-inschatting kunnen maken bij hun beleggingsbeslissingen.

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan SBM een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft.¹⁵⁴

8.2 Hoogte van de boete

Wettelijk systeem: basisbedrag van € 2.000.000

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

De AFM kan het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de ernst en/of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.¹⁵⁵ De AFM kan daarnaast het basisbedrag verlagen of verhogen met ten hoogste 50 procent indien de verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt.¹⁵⁶ De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder¹⁵⁷ en – voor zover van toepassing – met de mate van medewerking aan het onderzoek door de AFM en/of getroffen maatregelen om herhaling van de overtreding te voorkomen (hierna ook: opstelling van de overtreder).¹⁵⁸

Ernst en duur van de overtredingen

De AFM heeft hierboven reeds gewezen op het grote belang van onverwijld publicatie van de bij SBM bekende informatie voor de belegger, nu die informatie gezien haar inhoud immers een groot effect kon hebben op (de aandelenkoers van) SBM, zodanig dat zelfs op een bepaald moment voor het voortbestaan van de onderneming moest worden gevreesd. Het achterhouden van informatie over mogelijke omkoping en over de gevolgen daarvan door een grote beursgenoteerde onderneming als SBM schaadt daarnaast het vertrouwen in de markt als geheel.

Meer specifiek draagt aan de ernst en duur van de overtredingen bij dat SBM tot viermaal toe heeft nagelaten om voorwetenschap openbaar te maken, waarbij in het eerste geval (ten aanzien van de 27 maart Informatie) de beleggers ruim twee jaar in het ongewisse zijn gelaten. De AFM onderkent ten aanzien van de 27 maart Informatie dat SBM de markt enkele weken na het bekend worden van de aanwijzingen van omkoping over het Interne Onderzoek heeft geïnformeerd en hierover vervolgens nog met enige regelmaat heeft gepubliceerd,

¹⁵⁴ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, eerste lid, Wft. Dit besluit tot boeteoplegging is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een plaatsvervangend en assistent boetefunctionaris.

¹⁵⁵ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

¹⁵⁶ Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

¹⁵⁷ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

¹⁵⁸ Artikel 1b, eerste lid, juncto artikel 4, tweede lid, Bbbfs.

Datum	28 maart 2019
Ons kenmerk	[...]
Pagina	70 van 75

zodat de belegger vanaf april 2012 niet volledig in het duister tastte. Daar staat echter tegenover dat deze berichtgeving telkens de reikwijdte van de problematiek heeft gebagatelliseerd door te verhullen dat de aanwijzingen voor omkoping ook betrekking hadden op de verkooppraktijken in Brazilië, de veruit belangrijkste afzetmarkt van SBM. Juist deze informatie zullen beleggers aan hun beleggingsbeslissingen ten grondslag hebben willen (kunnen) leggen, zoals ook blijkt uit de geschrokken reacties toen het bredere publiek gaandeweg bekend werd met de betrokkenheid van Brazilië als gevolg van publicaties op Wikipedia (eind 2013) en in de Quote (begin 2014), waarvan SBM zich overigens onmiddellijk distantieerde. Zodoende heeft SBM een cruciaal deel van de bij haar bekende informatie alsnog gedurende langere tijd aan de belegger onthouden. Kort nadat SBM de eerste overtreding had beëindigd door de voorwetenschap alsnog te publiceren, beging zij dezelfde fout door een nieuwe aanwijzing van omkoping (het Novum) niet onverwijld te publiceren.

Van de laatste twee overtredingen (ten aanzien van de Uitsluiting en de Definitieve Uitsluiting) is met name de eerste ernstig te noemen, omdat toen intern zelfs werd gevreesd voor het voortbestaan van SBM, maar de belegger daarvan niet op de hoogte werd gesteld.

Mate van verwijtbaarheid

In ieder geval bij de eerste drie overtredingen heeft SBM bewust het risico genomen deze te begaan. Telkens is de mogelijke koersgevoeligheid van de informatie besproken en is ervoor gekozen om geen persbericht uit te brengen. Hoewel de AFM kan begrijpen dat SBM zowel vanuit commercieel als uit juridisch perspectief wilde voorkomen dat zij de 27 maart Informatie en de 27 mei Informatie prematuur zou publiceren, moest SBM zeer wel beseft hebben dat zij beschikte over informatie die aan alle bestanddelen van voorwetenschap voldeed en dus behoudens het recht op uitstel gehouden was om de informatie te publiceren. Dat heeft de AFM in de hoofdstukken 3 tot 6 uitvoerig toegelicht. In het bijzonder valt het SBM aan te rekenen dat zij zich in de dagen volgend op 21 mei 2014 evident bewust was van de koersgevoeligheid van de bij haar als gevolg van het Novum, de Flow Chart en de Uitsluiting bekende informatie, zoals herhaaldelijk blijkt uit de notulen en e-mailwisselingen uit die periode, en desondanks heeft gekozen om de informatie niet openbaar te maken. Dit, terwijl binnen SBM in deze periode voor het voortbestaan van de onderneming werd gevreesd en het belang van deze informatie voor het belegend publiek dus nauwelijks te onderschatten viel. Gedurende de periodes van overtreding heeft SBM bovendien op meerdere momenten over mogelijke voorwetenschap met de AFM contact gehad. Gedurende al deze contactmomenten had SBM kunnen verifiëren of zij inderdaad over voorwetenschap beschikte en, waar relevant, of zij uitstel kon nemen. Van deze mogelijkheid heeft SBM echter geen gebruik gemaakt.

Zoals gezegd heeft SBM ten aanzien van de 27 maart Informatie weliswaar na korte tijd enige openheid van zaken gegeven, maar heeft zij de ware reikwijdte van de problematiek verbloemd. Dit lijkt ook juist de bedoeling van SBM te zijn geweest. Zij was zich terdege bewust van de negatieve gevolgen voor haar bedrijfsvoering als de betrokkenheid van Brazilië in het omkopingsonderzoek bekend zou worden of zou worden geëxpliciteerd, en zodoende was er haar kennelijk veel aan gelegen om deze betrokkenheid zo veel mogelijk in het midden te

Datum 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 71 van 75

laten.¹⁵⁹ Gezien het evidente belang van deze informatie voor de redelijk handelend belegger acht de AFM dit zonder meer verwijtbaar.

Conclusie ten aanzien van ernst, duur en verwijtbaarheid

Al met al ziet de AFM in de ernst en duur van de overtredingen, en de mate van verwijtbaarheid aanleiding om het basisbedrag van € 2.000.000 met 25% te verhogen tot € 2.500.000.

Evenredigheid algemeen

Hoewel de onderhavige overtreding betrekking heeft op de *communicatie* over mogelijke omkoping door SBM en de gevolgen daarvan voor haar bedrijfsvoering, wil de AFM er niet aan voorbij gaan dat SBM ten aanzien van de omkopingsproblematiek zelf reeds zwaar is geraakt door sancties van het OM, de DoJ en de Braziliaanse autoriteiten en de hierop volgende negatieve publiciteit. [...] De AFM is zich ervan bewust dat ook het opleggen (en publiceren) van de onderhavige boete, betrekkelijk lang na de verschillende periodes van overtreding, SBM opnieuw in verband kan brengen met verkooppraktijken waarmee zij zich al geruime tijd niet meer wil vereenzelvigen. Hoewel de AFM hierin, zoals hierboven in hoofdstuk 7 toegelicht, geen reden ziet om van boeteoplegging af te zien, acht zij het wel passend om het boetebedrag op deze gronden te verlagen tot € 2.000.000.

De boete voor overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft bedraagt op grond hiervan € 2.000.000. SBM moet worden geacht dit bedrag te kunnen betalen.

Het bedrag dient binnen zes weken te worden overgemaakt op bankrekening [bankrekening] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [...]. SBM ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.¹⁶⁰ Als SBM bezwaar maakt tegen dit besluit wordt de verplichting om de boete te betalen geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Die verplichting wordt ook geschorst als SBM na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.¹⁶¹ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, dient SBM wel wettelijke rente te betalen.¹⁶²

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld e-mail van [B] aan [A] en [D] van 5 februari 2014, 'FRED': "For your roadshows I suggest you stick to the following messages/ answers when FRED comes up: 1. The investigation is focused on two countries in West Africa and one major county outside Africa (do not mention countries by name as that might draw unwelcome attention to our clients and partners in those countries; the analysts already have concluded which countries they are so it is sufficient to reiterate the message in the abstract". En ook: e-mail van [B] aan [A] van 7 februari 2014, 'Re: question – From [FF]'. "Pff. We will tell [FF] in confidence it is Brazil but assure [FF] we will at no time share that with anyone except the authorities."

¹⁶⁰ Dit volgt uit artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

¹⁶¹ Dit volgt uit artikel 1:85, eerste lid, Wft.

¹⁶² Dit volgt uit artikel 1:85, tweede lid, Wft.

8.3 Openbaarmaking van de boete

Omdat de AFM aan SBM een boete oplegt voor de overtreding van artikel 5:25i, tweede lid, (oud) Wft, moet de AFM het boetebesluit zo spoedig mogelijk openbaar maken, maar niet eerder dan vijf werkdagen nadat dit aan SBM is toegestuurd.¹⁶³ Ook moet de AFM, indien van toepassing, zo spoedig mogelijk de indiening van een bezwaar door SBM tegen de bestuurlijke boete openbaar maken.¹⁶⁴

8.3.1 Uitzonderingsmogelijkheden

De wetgever heeft het openbaarmaken 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 financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.¹⁶⁵ Met de publicatieverplichtingen als opgenomen in art. 1:97, derde en vijfde lid, Wft wordt zo spoedig mogelijk inzicht verschaft in de actuele stand van de boeteprocédure. Onder bepaalde omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:98, eerste lid, Wft uitgesteld te worden of anoniem plaats te vinden. Dit is het geval voor zover:

- de openbaar te maken gegevens herleidbaar zijn tot een natuurlijk persoon en bekendmaking van zijn persoonsgegevens onevenredig zou zijn;
- betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
- een lopend strafrechtelijk onderzoek of een lopend onderzoek door de toezichthouder naar mogelijke overtredingen zou worden ondermijnd; of
- de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

Als ook een uitgestelde of anonieme publicatie de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou brengen, blijft op grond van artikel 1:98, tweede lid, Wft de openbaarmaking achterwege.

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

De beoogde publicatie is getoetst aan de feiten en omstandigheden die bij de AFM bekend zijn, waaronder de feiten en omstandigheden die door SBM in haar zienswijze en nadien zijn kenbaar gemaakt. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat SBM of eventuele andere betrokken partijen door directe en niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. Publicatie dient het maatschappelijk belang om de markt te informeren of te waarschuwen. Er kan niet worden vastgesteld dat in dit geval sprake is van een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door SBM of eventuele andere betrokken partijen als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is, dat het belang van de

¹⁶³ Dit volgt uit artikel 1:97, derde lid jo. artikel 1:100, eerste lid, Wft.

¹⁶⁴ Dit volgt uit artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

¹⁶⁵ *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 301-303, p. 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

bescherming van de markt daarvoor moet wijken.¹⁶⁶ Daarbij komt dat eventuele schade door de openbaarmaking veeleer valt toe te schrijven aan de overtreding van de norm door SBM dan aan de genoemde openbaarmaking.

[...]

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

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 kan een Engelse vertaling worden opgenomen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst¹⁶⁷ en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed¹⁶⁸ en een news-alert¹⁶⁹. Bij het persbericht zal een hyperlink worden opgenomen naar een eventuele uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl.

De volgende basistekst wordt in het te publiceren persbericht opgenomen:

AFM beboet SBM Offshore voor niet tijdig openbaar maken voorwetenschap

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft op 28 maart 2019 een bestuurlijke boete van € 2.000.000 opgelegd aan SBM Offshore N.V. De boete is opgelegd omdat SBM Offshore in de periode tussen maart 2012 en november 2014 viermaal heeft nagelaten om voorwetenschap (voorheen aangeduid als koersgevoelige informatie) tijdig openbaar te maken.

De overtredingen

SBM Offshore is een beursgenoteerde onderneming die wereldwijd installaties levert voor de productie en opslag van olie- en gasproducten. De AFM heeft geconstateerd dat SBM Offshore heeft verzuimd om de volgende informatie (voorwetenschap) tijdig openbaar te maken:

1. In 2012 heeft SBM Offshore kennis genomen van mogelijke omkopingspraktijken in Brazilië, waar zij ongeveer de helft van haar omzet behaalde;
2. In 2014 heeft SBM Offshore opnieuw kennis genomen van mogelijke omkoping in Brazilië, nadat zij van de FIOD nadere informatie over de omkopingsproblematiek had ontvangen;
3. De belangrijkste klant van SBM Offshore heeft in 2014 het besluit genomen haar uit te sluiten van deelname aan twee tenders; en
4. Deze klant heeft vervolgens besloten om de uitsluiting in stand te laten.

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 24 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6173; Rb Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759 en Rb Rotterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9420.

¹⁶⁷ Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

¹⁶⁸ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

¹⁶⁹ Persbureaus en andere personen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via zogenaamde 'news-alerts'.

Door de overtredingen van SBM Offshore konden beleggers niet op basis van de juiste informatie hun beleggingsbeslissingen nemen. Daarmee is het vertrouwen in de markt geschaad. De AFM maakt zich sterk voor eerlijke en transparante financiële markten en acht een boete daarom in dit geval gepast. Daarnaast draagt deze boete bij aan het bewustzijn over het belang van een tijdige informatievoorziening aan beleggers over aanwijzingen van corruptie of omkoping en de gevolgen daarvan.

Hoogte van de boete

De boete van € 2.000.000 die de AFM oplegt, heeft alleen betrekking op de manier waarop SBM Offshore haar beleggers tussen 2012 en 2014 heeft geïnformeerd over de ontwikkelingen in de omkopingszaak. Naar die zaak zelf heeft de AFM geen onderzoek gedaan. Het basisbedrag van de boete in deze zaak is € 2.000.000 en de AFM vindt in dit geval dat bedrag ook passend. De AFM acht de overtredingen ernstig en verwijtbaar, maar weegt ook mee dat SBM Offshore door dit boetebesluit opnieuw negatief in verband kan worden gebracht met de (vermeende) omkoping zelf, ten aanzien waarvan zij reeds schikkingen heeft getroffen met het Openbaar Ministerie en de Amerikaanse en Braziliaanse autoriteiten.

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]					

Bijlage 1 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 28 maart 2019
Ons kenmerk [...]
Pagina 75 van 75

Publicatie vindt niet eerder plaats dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit tot boeteoplegging aan SBM bekend is gemaakt.¹⁷⁰ De publicatie wordt opgeschort als SBM 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 of het verzoek is ingetrokken.

Als SBM om een voorlopige voorziening vraagt, verzoekt de AFM dit per e-mail (boetefunctionaris@afm.nl) aan haar door te geven. Als u hiertoe niet overgaat zal de AFM de boete openbaar maken op de wijze als hiervoor toegelicht.

8.3.2 Nadere publicatiemomenten

De AFM is op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft verplicht om zo spoedig mogelijk inzicht te geven in de actuele stand van de procedure. De AFM dient de uitkomst van een bezwaarprocedure bekend te maken, alsmede dat (hoger) beroep is ingesteld en de uitkomst daarvan, tenzij het besluit op grond van artikel 1:98 Wft niet openbaar is gemaakt. Deze brief ziet niet op genoemde latere publicaties op grond van artikel 1:97, vijfde lid, Wft. In een later stadium zult u over nadere publicaties worden geïnformeerd.

9. 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) of per e-mail (e-mailadres bezwarenbox@afm.nl) worden ingediend. Aan deze elektronische verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht (www.afm.nl/bezwaar). 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

Was getekend

Assistent boetefunctionaris

Plaatsvervangend boetefunctionaris

¹⁷⁰ Dit laat onverlet de mogelijkheid van de AFM om onverwijld over te gaan tot openbaarmaking, als de bescherming van de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaat (zie artikel 1:100a Wft).